

**IIPEC**

---

Institut International  
Pour les Etudes Comparatives

**DARES – Appel à Projets de recherche 2005  
– L’analyse économique du droit du travail –**

**L’ÉVALUATION DU DROIT  
DU TRAVAIL :  
PROBLÈMES ET MÉTHODES**

**– Convention n° CV 05000070 –**

**RAPPORT FINAL**

**– VOLUME I –**

**RAPPORT DE SYNTHÈSE**

**11 Avril 2008**

# **L'ÉVALUATION DU DROIT DU TRAVAIL : PROBLÈMES ET MÉTHODES**

## **Responsabilité scientifique :**

**Antoine LYON-CAEN**, Professeur à l'Université de Paris X,  
Directeur d'Études à l'EHESS

## **Coordination du programme :**

**Joëlle AFFICHARD**, Administratrice Hors-Classe de l'INSEE,  
Directrice de l'IIPEC

# SOMMAIRE

<b>I. INTRODUCTION .....</b>	<b>4</b>
<b>II. DÉROULEMENT DU PROGRAMME DE RECHERCHE.....</b>	<b>8</b>
II.1. Organisation du travail .....	8
II.2. Participants .....	9
II.3. Confrontations avec les praticiens.....	9
II.4. Publications .....	9
<b>III. CRITIQUES DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT APPLIQUÉE AU DROIT DU TRAVAIL.....</b>	<b>12</b>
<b>III.1. Critique du mode de coordination des actions.....</b>	<b>14</b>
<b>III.2. Rationalité utilitariste et incitations.....</b>	<b>15</b>
<b>III.3. Le statut des règles de droit dans les modèles microéconomiques du marché du travail.....</b>	<b>17</b>
<b>III.4. L'analyse des relations entre systèmes juridiques et performances économiques .....</b>	<b>22</b>
<b>III.5. Le droit du travail et le modèle de flexicurité.....</b>	<b>24</b>
III.5.1. Le Livre vert de la Commission européenne « Moderniser le droit du travail » .....	24
III.5.2. Le modèle danois.....	27
<b>IV. ÉVALUATION ET PLURALISME DU DROIT DU TRAVAIL .....</b>	<b>30</b>
<b>IV.1. Pluralisme des visées du droit du travail.....</b>	<b>30</b>
IV.1.1. Pluralisme des finalités.....	30
IV.1.2. Pluralisme des fonctions.....	32
<b>IV.2. Pluralité des outils du droit du travail.....</b>	<b>33</b>
IV.2.1. Les règles du droit du travail comme cadre pour l'action .....	33
IV.2.2. Variété des sources .....	35
IV.2.3. Pertinence de l'évaluation des dispositifs.....	36
<b>IV.3. Pluralisme des voies de réalisation du droit.....</b>	<b>37</b>

<b>V. LE JUGEMENT D'EFFICACITÉ APPLIQUÉ AU DROIT DU TRAVAIL .....</b>	<b>41</b>
<b>V.1. Effectivité et efficacité du droit du travail.....</b>	<b>41</b>
V.1.1. Le jugement d'effectivité.....	41
V.1.2. Le jugement d'efficacité.....	42
<b>V.2. Les critères d'efficacité économique du droit du travail .....</b>	<b>45</b>
V.2.1. Elaboration d'une conception économique de la règle de droit.....	45
V.2.2. Les conceptions de l'efficacité économique.....	46
<b>V.3. Le jugement d'efficacité appliqué au régime de l'emploi .....</b>	<b>47</b>
V.3.1. L'évaluation du droit du licenciement à l'épreuve de l'objectif d'emploi.....	47
V.3.2. Le paramétrage de l'évaluation du régime de l'emploi.....	49
<b>V.4. Le jugement d'efficacité appliqué aux politiques antidiscriminatoires.....</b>	<b>50</b>
V.4.1. La discrimination dans les modèles microéconomiques .....	50
V.4.2. Discrimination indirecte, action positive : les enjeux du droit européen.....	52
V.4.3. La réalisation du droit antidiscriminatoire.....	54
<b>VI. L'ÉVALUATION DU DROIT DU TRAVAIL À LA LUMIÈRE DE SON CONTENTIEUX : COMPARAISON DES DROITS ET DES PROCEDURES, MESURE DES ACTIONS .....</b>	<b>57</b>
<b>Introduction : Le contentieux en droit du travail comme objet de recherche.....</b>	<b>57</b>
<b>VI.1. La comparaison des droits : indicateurs et schémas procéduraux .....</b>	<b>66</b>
VI.1.1. La mesure de la protection de l'emploi par des indicateurs .....	66
VI.1.2. La comparaison des procédures relatives à la rupture du contrat de travail .....	75
<b>VI.2. La mesure des actions.....</b>	<b>80</b>
VI.2.1. Le contentieux du CNE : une étude empirique.....	80
VI.2.2. Deux questions empiriques : comment expliquer la baisse du taux de recours aux prud'hommes en cas de licenciement pour motif personnel et les évolutions des motifs de licenciement ? .....	86
<b>Conclusion du chapitre VI : Ce qu'apporte la perspective contentieuse à l'évaluation du droit du travail .....</b>	<b>104</b>

<b>ANNEXES .....</b>	<b>57</b>
<b>Annexe 1. Liste des séminaires, programmes et participants .....</b>	<b>109</b>
<b>Annexe 2. Liste des travaux réalisés dans le cadre du projet.....</b>	<b>116</b>
<b>Annexe 3. Liste des travaux ayant fait l'objet de discussions dans le cadre du projet.....</b>	<b>119</b>

# I. INTRODUCTION

---

Le programme de recherche lancé par la DARES en 2005 invitait à une réflexion sur l'analyse économique du droit du travail. Cette orientation était soutenue par l'actualité de la publication de rapports d'économistes portant, à partir des fondements de l'analyse économique du droit, un jugement critique sur l'efficacité du droit du travail français.

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 qu'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 sont très peu explicites sur certaines étapes essentielles de l'évaluation à laquelle elles procèdent. Appuyées sur un outillage mathématique qui étaye leur neutralité, médiatisées par les conclusions iconoclastes auxquelles elles aboutissent, elles sont peu explicites quant à leurs hypothèses concernant la place qu'elles assignent au droit dans leurs 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 et quelles conséquences elle a sur la compréhension des dispositifs juridiques et de leur fonctionnement.

À l'initiative des responsables de l'Institut International Pour les Études Comparatives <sup>1</sup>, le projet de recherche soumis en réponse à l'appel d'offres de la DARES a donc pris comme orientation centrale la question de l'**évaluation du droit du travail**. 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 la saisie des acteurs qui y sont impliqués, sur les mesures auxquelles il peut donner lieu.

Le programme de recherche s'est donc fixé comme objectifs :

- de mettre en lumière les prémisses et les outils avec lesquels l'analyse économique procède à une évaluation du droit du travail ;
- de montrer en quoi cette évaluation économique manque toute une série de dimensions du droit du travail ;
- de tracer des pistes pour des modes d'évaluation qui évitent de trop forts réductionnismes et affichent un meilleur réalisme.

\*\*\*

---

<sup>1</sup> L'Institut International de Paris La Défense est devenu en janvier 2007 l'Institut International Pour les Études Comparatives (IIEC), pour entériner son départ du quartier de La Défense dans les Hauts-de-Seine. Il est désormais installé à Paris.

L'un des fils directeurs suivis pour ordonner la réflexion sur l'évaluation du droit du travail est une réflexion sur les **opérations de jugement** qui sont au principe de toute évaluation.

La recherche s'est ainsi intéressée :

- au jugement interprétatif, portant sur le sens ou le but d'une règle dont il s'agit d'évaluer les effets ;
- au travail des juges, que les économistes présentent comme source d'insécurité juridique, tandis qu'on s'est attaché à en étudier la rationalité ;
- aux formes et à l'intensité des recours contentieux auxquels donnent lieu les litiges du travail ;
- aux méthodes qui permettent de caractériser les systèmes juridiques pour juger de leurs performances respectives ;
- à l'utilisation de la preuve statistique pour juger de la mise en œuvre d'une mesure ;
- à la compréhension élargie du jugement d'efficacité qui peut être porté sur une règle de droit ;
- à la réalisation du droit en élaborant un cadre d'interprétation qui intègre les jugements que les acteurs portent sur leurs actions.

Dans l'ensemble, les recherches montrent l'extrême diversité de ces opérations de jugement, non réductibles à l'interprétation qu'en fournit l'analyse économique.

\*\*\*

L'autre piste suivie est celle d'un approfondissement de la compréhension des **relations entre droit et économie**. Le droit et l'économie constituent deux langues, deux manières de voir le monde. Chacune des deux disciplines véhicule une ou, sans doute, plusieurs conceptions propres de ce qui constitue une règle.

Dans une perspective économique néoclassique, les règles sont considérées comme des prix auxquels réagissent les agents. Le droit est conçu comme une « pricing machine » : il évalue les actions sociales et fixe un prix pour la rupture des contrats, les délits, les licenciements, etc. Le marché est considéré comme un ordre spontané. Le droit constitue le plus souvent un obstacle à son efficience.

Dans une perspective conventionnaliste, les règles sont des ressources pour les agents, elles aident à la coordination. Dans ce cadre, les règles constituent l'un des fondements du marché, à tel point qu'il n'est pas possible de concevoir le marché sans règles de droit. Le droit est une pré-condition d'une économie moderne complexe.

Dans la tradition positiviste, les juristes considèrent que les règles sont des commandements pour les agents appelés sujets. La jurisprudence, dans les systèmes de droit civil, intervient pour produire des interprétations stabilisées des règles, en satisfaisant au besoin de sécurité juridique. De ce point de vue, la tradition positiviste nourrit le point de vue néoclassique.

Quelques juristes proposent une vision concurrente de la règle : la règle comme modèle pour l'action. Dans une perspective critique, il est nécessaire de travailler sur la diversité des instruments juridiques du droit du travail. Il est nécessaire aussi de considérer le contentieux comme source d'informations sur la mobilisation des droits.

Le développement des travaux dans le cours du programme a permis de spécifier plusieurs « modèles » des relations entre droit (du travail) et économie.

Dans les **modèles de l'analyse économique standard**, la règle de droit est toujours incorporée dans le système de prix. Mais les développements de la théorie des incitations ont permis de dépasser la seule vision du droit comme contrainte exogène. Il intervient pour pallier les défaillances du marché, en internalisant les externalités et en modifiant les comportements stratégiques des agents.

L'**approche institutionnaliste et conventionnaliste** a donné lieu à plusieurs développements. Un cadre affiné de la modélisation du mode d'efficacité de la règle en économie non standard a été proposé par O. Favereau, appliqué à la législation de protection de l'emploi. L'accent a été mis sur l'importance des articulations qui s'effectuent à des niveaux « intermédiaires » entre catégories juridiques et économiques, par exemple dans les opérations de recrutement (F. Eymard-Duvernay), dans l'élaboration de guides de « bonnes pratiques » (J. Stavo-Debaugé), dans des dispositifs composites comme la sous-traitance (N. Thévenot et J. Valentin) ou le modèle américain du « trust » (S. Montagne).

La composition de la **pluralité des justifications** par le juge (S. Leader), lorsqu'entrent en tension plusieurs modes de légitimation des décisions de l'entreprise, nécessite de délaissier les catégories juridiques formelles pour rechercher comment, à travers elles, s'opère une combinaison de plusieurs systèmes d'évaluation des règles.

Le cadre conceptuel du **judgement dans l'action** élaboré par L. Thévenot propose une explicitation des relations entre droit et sciences sociales, afin d'éclairer la nature des évaluations que ces sciences sont amenées à produire sur le droit. Il repose sur une exploration systématique des opérations de mise en valeur et d'évaluation réalisées par les acteurs dans leurs jugements.

A été également développé un **point de vue systémique** (S. Deakin). Dans cette optique, le droit constitue un système pour la préservation et la transmission de la connaissance codée dans les termes du droit. La complexité systémique exige que le sous-système juridique ne soit pas colonisé par le codage propre au sous-système économique (exemple des définitions juridique et comptable de la sous-traitance). Se pose alors la question de savoir comment le droit (le législateur, la jurisprudence) construit une image de l'économie, et quelle est-elle.

Enfin, E. Serverin et T. Kirat se sont attachés à redéfinir la **relation entre procès et contrat de travail**. Ils proposent un cadre pour donner un sens au procès du travail, plaçant le tribunal au cœur des relations économiques, dans un modèle wébérien où le droit d'accès aux tribunaux garantit des attentes de comportement et où le recours est conçu comme moyen d'activation des droits.

\*\*\*

La recherche s'est plus particulièrement attachée à trois **terrains empiriques**.

Le premier est celui des travaux quantitatifs sur le contentieux du droit du travail, avec des extensions vers les comparaisons internationales d'indicateurs d'efficacité économique.

Le deuxième est celui des mesures anti-discriminatoires.

Le troisième est celui du régime de l'emploi et plus particulièrement du droit du licenciement.

Le régime de la rémunération, annoncé également dans le projet, n'a pu être traité, en raison de l'indisponibilité des chercheurs du réseau qu'il avait été envisagé d'associer au programme.

\*\*\*

Plusieurs **résultats** importants peuvent être mis en valeur.

D'une part, une réflexion critique approfondie a couvert l'ensemble des questions soulevées dans la proposition de recherche. Elle a donné lieu à des confrontations conceptuelles entre les principaux cadres d'analyse mobilisés par les chercheurs, sans viser nécessairement à produire une approche unique, ce qui aurait été d'ailleurs incompatible avec le déploiement des pluralismes auquel s'emploie le programme.

Trois importantes **contributions originales** peuvent être mises à l'actif du programme.

1. La première est l'enrichissement des **critères d'efficacité économique du droit du travail** proposé par O. Favereau à partir d'une modélisation de l'efficacité de la règle en économie non standard.

2. La deuxième est le cadre analytique proposé par L. Thévenot pour une **mise en relation des sciences sociales et du droit**, qui ouvre à une compréhension de la réalisation du droit en intégrant les conditions de la réalisation de la norme dans des situations particulières.

3. La troisième est le travail sur l'apport de l'**analyse du contentieux** à l'évaluation du droit du travail, incluant une réflexion sur les comparaisons d'indicateurs de protection de l'emploi, réalisé par T. Kirat et E. Serverin avec J. Valentin, R. Dalmaso et D. Sauze.

Durant le séminaire s'est posée la question de savoir si le programme devait avoir pour perspective de proposer des instruments de mesure alternatifs. La réponse est nuancée. Le travail statistique réalisé sous la responsabilité de T. Kirat et E. Serverin produit des comparaisons quantitatives argumentées. L'analyse critique des mesures de performance suggère des pistes d'amélioration. Cependant l'objectif principal de la recherche, tel qu'affirmé dans son projet, était conceptuel, et les travaux quantitatifs présentés démontrent la difficulté de l'élaboration et de l'interprétation de mesures simplifiées.

\*\*\*

Le programme de la recherche a donc englobé un champ très large, et a donné lieu à un ensemble de travaux foisonnants.

Le choix a été fait de produire un rapport de synthèse [Volume I] qui présente et ordonne l'ensemble des contributions et des discussions qui ont eu lieu dans le cadre des séminaires, sans avoir l'ambition de les intégrer dans une problématique unifiée.

Les contributions originales réalisées dans le cadre du programme sont présentées dans le Volume II du rapport.

\*\*\*

## II. DÉROULEMENT DU PROGRAMME DE RECHERCHE

---

### II.1. ORGANISATION DU TRAVAIL

Le programme de recherche s'est déroulé en menant en parallèle :

- un **séminaire international**, réunissant l'ensemble des chercheurs du réseau, pour confronter les problématiques, présenter les travaux originaux <sup>1</sup>, organiser des discussions sur des travaux existants <sup>2</sup> ;
- la réalisation de **travaux originaux**, dont certains dans le cadre de **groupes de travail thématiques**.

#### Le séminaire

Cinq séances du séminaire ont été organisées sur la durée du programme <sup>3</sup>.

Grâce à l'appui du MATISSE, les quatre réunions parisiennes ont eu lieu dans les locaux de la Maison des Sciences Économiques de l'Université de Paris I.

Un séminaire d'une semaine, consacré à l'efficacité du droit du travail, a eu lieu à Venise, dans les locaux de l'Université Ca' Foscari, avec l'appui de l'Université de Paris X-Nanterre (École doctorale de sciences juridiques et politiques).

#### Les groupes de travail

Deux groupes de travail ont été le cadre de l'élaboration de travaux thématiques spécifiques :

- l'un consacré aux indicateurs de comparaisons internationales d'efficacité ;
- l'autre consacré aux discriminations.

#### Les jeunes chercheurs

Quatre jeunes chercheurs ont été rémunérés dans le cadre du programme :

- Joan Stavo-Debauge (Institut Marcel Mauss, GSPM, EHESS), qui a coordonné le groupe de travail sur les discriminations, rédigé une contribution sur la catégorisation ethnique et raciale au Royaume-Uni et en France, et réalisé la synthèse du groupe de travail « Le droit et la pensée de la réalisation du droit » du séminaire de Venise ;
- Raphaël Dalmaso (IRERP, Paris X Nanterre), qui a réalisé avec E. Serverin l'étude comparative des procédures de rupture du contrat de travail ;
- Damien Sauze (LEG, Université de Bourgogne), qui a réalisé avec J. Valentin les études empiriques sur la baisse du taux de recours aux prud'hommes en cas de licenciement pour motif personnel et les évolutions des motifs de licenciement ;

---

<sup>1</sup> Cf. Annexe 2 et Volume II.

<sup>2</sup> Cf. Annexe 3.

<sup>3</sup> Cf. Annexe 1.

- Stéphane Vernac (IRERP, Paris X Nanterre et IIPEC), qui a participé à l'élaboration du Rapport final.

## II.2. PARTICIPANTS

Au total, 46 chercheurs ont été associés au programme <sup>4</sup>. Ils sont issus de plusieurs disciplines et de plusieurs pays européens :

- 33 juristes, 9 économistes et 4 sociologues ;
- 35 chercheurs français, 5 italiens, 2 britanniques, 2 espagnols, 1 belge, 1 danois.

Le programme a systématiquement intégré des chercheurs confirmés et de jeunes chercheurs (23), y compris des doctorants – tant dans le séminaire que dans la réalisation des travaux originaux.

## II.3. CONFRONTATIONS AVEC LES PRATICIENS

La confrontation avec les praticiens a eu lieu dans le cadre de l'Association Française de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale le 9 mars 2007.

Plusieurs chercheurs du programme y ont présenté les travaux en cours :

- A. Jeammaud a introduit et animé la discussion,
- A. Lyon-Caen a présenté le contexte, les enjeux et les problématiques du programme,
- O. Favereau a présenté son travail sur les critères d'efficacité économique du droit du travail,
- T. Kirat a présenté son analyse critique des indicateurs de protection de l'emploi.

## II.4. PUBLICATIONS

On trouvera en Annexe 2 une liste complète des travaux originaux réalisés dans le cadre du programme, qui sont repris dans le Volume II. Parmi ceux-ci, plusieurs ont déjà fait l'objet de publications dans des revues.

Plusieurs **articles** pourront être présentés pour publication dans *Travail et emploi*. Le choix sera fait dans l'ensemble des travaux présentés dans le présent rapport, en fonction des priorités exprimées par le ministère.

Il faut ajouter que deux **ouvrages collectifs** sont en préparation.

### EFFICACIA E DIRITTO DEL LAVORO

a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam

- « Évaluer le droit du travail, Sommaire d'un programme » di Antoine Lyon-Caen
- « Efficacia e diritto del lavoro » di Adalberto Perulli
- « Economic Approaches to the Evaluation of Labour Law: Comparing Coase, Hayek and Sen » di Simon Deakin
- « Les sciences économiques et sociales et le droit : quels biens reconnus, pour quelles évaluations ? » di Laurent Thévenot

---

<sup>4</sup> Cf. Annexe 1.

- « Critères d’efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée » di Olivier Favereau
- « Work in the American System: Health Insurance as A Source of Job Insecurity » di Barry R. Furrow

*LABORATORI DI RICERCA :*

- « Come il diritto del lavoro concepisce la sua realizzazione? », I° gruppo
- « La lutte contre les discriminations : un champ de renouvellement de la réflexion du droit sur sa propre réalisation » di Laurène Joly – Morgan Sweeney
- « 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 » di Joan Stavo-Debauge
- « La garantía de indemnidad: una nueva referencia en la realización del derecho del trabajo » di Juan Carlos García Quinones
- « La norma imperativa come strumento per la realizzazione del diritto nell’ordinamento italiano » di Paolo Cro
- « Promuovere l’effettività del diritto del lavoro tra finalità sociali e vincoli di sistema di Vania BrinoSome observations on Sanctions and Community Labour Law » di Zsuzsanna Nagy
- « Capabilities and Employee Voice: The Role of the 2002/14/EC Framework Directive on Information and Consultation of Employees » di Aristeia Koukiadaki
- « Razionalità e diritto del lavoro », II° gruppo
- « Effettività della norma e controllo della razionalità dell’esercizio del potere datoriale » di Manuela Salvalaio
- « Rationalité économique et efficacité du droit du travail » di Ariane Ghirardello
- « La recherche du but d’une mesure par le juge » di Carole Dahan
- « Emploi et contrôle des décisions de gestion en droit des sociétés » di Stéphane Vernac
- « Les limites apportées par l’employeur aux droits fondamentaux des salariés. Etude du principe de proportionnalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle espagnole » di Adoración Guamán Hernández
- « Efficacité du droit du licenciement économique ; brève approche comparée » di Raphaël Dalmasso
- « L’uso degli indici OECD come giustificazione della norma lavoristica:le cifre sono veramente neutrali? » di Federico Martelloni
- « L’emploi à la croisée des discours juridique et économique » di Tatiana Sachs
- « Occupabilità ed occupazione delle persona con disabilità » di Sara Marcuzzo
- « Le Contrat ‘Nouvelles Embauches’ ou l’ambition d’un droit du licenciement sans intervention judiciaire » di Thomas Pasquier
- « Le droit de l’emploi en quête de mesure », III° gruppo

**L’EVALUATION DU DROIT DU TRAVAIL :  
LA PLURALITE DES CADRES D’ANALYSE,**  
Joëlle Affichard et Antoine Lyon-Caen eds., Dalloz

- S. Deakin : Approches économiques de l’évaluation du droit du travail: Coase, Hayek et Sen
- F. Eymard-Duvernay : L’évaluation de l’équité des recrutements
- O. Favereau : Critères d’efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée
- A. Jeammaud : Efficacité et texture des règles
- T. Kirat : (titre à préciser)
- S. Leader : Rationalité de l’entrepreneur et diversité des modes d’évaluation
- A. Lyon-Caen : (titre à préciser)
- A. Perulli : Efficacité et droit du travail
- E. Serverin : (titre à préciser)
- L. Thévenot : Les sciences économiques et sociales et le droit : quels biens reconnus, pour quelles évaluations ?

\*\*\*

### III. CRITIQUES DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT APPLIQUÉE AU DROIT DU TRAVAIL<sup>1</sup>

---

Venue des Etats-Unis, l'analyse économique du droit connaît une audience croissante en France, chez les économistes comme chez les juristes. Ainsi, le droit de la responsabilité<sup>2</sup>, le droit des contrats privés<sup>3</sup> et administratifs<sup>4</sup>, le droit bancaire<sup>5</sup>, le droit de la concurrence<sup>6</sup>, entre autres, ont fait l'objet de travaux menés dans cette perspective par des économistes et des juristes. Plus généralement, l'institution judiciaire et le droit privé français ont été passés au crible des instruments de la *Law and Economics*<sup>7</sup>.

Jusqu'à une période récente, le droit du travail était, quant à lui, resté en dehors du champ de l'analyse économique du droit, du moins en ce qui concerne les recherches académiques menées en France<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Les chapitres III, IV et V ont été rédigés par Joëlle AFFICHARD et Stéphane VERNAC, à partir des contributions des participants à la recherche et des discussions auxquelles elles ont donné lieu lors des séminaires. Des renvois sont faits à ces contributions regroupées dans le Volume II [V. Volume II, suivi du numéro d'ordre dans le sommaire du Volume].

<sup>2</sup> DEFFAINS B., « L'évaluation des règles de droit : un bilan de l'analyse économique du droit de la responsabilité », *Revue d'économie politique*, 110 (6), pp. 751-782, nov.-déc. 2002 ; KIRAT T., (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité. Regards sur le droit en action*, LGDJ. coll. Droit et société - Recherches et travaux, 2003 ; MAÎTRE G., *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005.

<sup>3</sup> FARES M., SAUSSIÉ S., « Coûts de transaction et contrats incomplets », *Revue française d'économie*, n° 3, vol. XVI, pp. 193-230, 2002 ; MAUREIRA N. U., « Introduction du concept américain des contrats incomplets en droit civil français », *Global Jurist Topics*: Vol. 4: No. 3, Article 3, 2004.

<sup>4</sup> AUBY J.-B., KIRAT T., MARTY F., VIDAL L., Economie et droit du contrat administratif : l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public, La Documentation française, août 2005 ; KIRAT T., « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », *Rev. Intern. Dr. Eco.*, n° 1, pp. 11-46, 2003.

<sup>5</sup> DEFFAINS B., GUIGOU J.-D., VILANOVA L., « L'analyse économique du droit bancaire : soutien abusif et rupture fautive », in Deffains B., (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Editions Cujas, 2002.

<sup>6</sup> MENARD C., « The Inadequacy of Competition Policies: A New Institutional Approach », in Oppenheimer M., Mercurio N., (eds.), *Law and Economics: Alternative Economic Approaches to Legal and Regulatory Issues*, M. E. Sharpe, 2005.

<sup>7</sup> FAURE M., OGUS A., *Economie du droit : le cas français*, Editions Panthéon-Assas, 2002 ; DEFFAINS B., (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Editions Cujas, 2002 ; DEFFAINS B., « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue française d'économie*, n° 3, 1997, pp. 57-99 ; DELOCHE R., CHOPARD B., « Règlement amiable et (suppression de la) suspension provisoire des poursuites : une étude d'impact à l'aide de la théorie des jeux », in Chapat Y., (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Presses de la Sorbonne, 2002.

<sup>8</sup> Plusieurs travaux de langue anglaise portent sur l'analyse économique du droit du travail. Ex. EPSTEIN R. A., PAUL J., *Labor Law and the Employment Market: Foundations and Applications*, Transaction Publ, 1985 ; DEAKIN S., « Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy », in Davies P., Lyon-Caen A., Sciarra S., Simitis S., (eds.), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, 1996, pp. 63-93 ; VAN DEN BERGH R., DE GEEST G., SIEGERS J., *Law and Economics in the Labour Market*, Edward Elgar Publ., 2000 ; BARNARD C., DEAKIN S., « Corporate governance, European governance and social rights », in Hepple B., (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*.

Depuis 2003, une série de rapports et d'articles d'économistes se sont attachés à un point spécifique du droit du travail français : le droit du licenciement et la protection de l'emploi<sup>9</sup>. Ces rapports ont pour point commun de mettre en cause le système français de protection de l'emploi et le droit du licenciement, que ce soit sur le fondement d'études microéconométriques du marché du travail ou à la lumière d'indicateurs de comparaison internationale. Si les instruments d'évaluation diffèrent quelque peu d'un rapport à l'autre, tous convergent vers un diagnostic d'inefficacité du dispositif juridique français dans ce domaine. Ce diagnostic d'inefficacité du droit du travail est partagé par certains juristes<sup>10</sup>.

Reposant sur des « évidences empiriques » peu soumises à la critique, il est devenu la base commune de plusieurs rapports d'experts rendus publics ces dernières années et jusqu'à tout récemment<sup>11</sup>. Il est repris par la Commission européenne, par exemple dans son Livre vert sur la « modernisation du droit du travail », qui postule que « la modernisation du droit du travail est l'une des principales conditions d'adaptation des travailleurs et des entreprises »<sup>12</sup>.

Ces analyses ont encouragé le gouvernement et les partenaires sociaux à engager une réforme du droit du travail afin d'améliorer les performances que les acteurs économiques peuvent en attendre. Plusieurs initiatives ont été prises en ce sens. En premier lieu, une ordonnance de simplification du droit du travail a été promulguée en juin 2004. Le « triple objectif de favoriser le dialogue social, de rendre le droit plus effectif et d'alléger les contraintes pesant sur les entreprises » amène le gouvernement à promouvoir une législation du travail « plus accessible et plus intelligible pour les salariés, les représentants du personnel et les employeurs dans l'ensemble des entreprises, particulièrement les plus petites d'entre elles ». En second lieu, une commission de recodification du Code du travail a été instituée le 15 février 2005 par le Ministre délégué aux Relations du travail, dans le cadre de la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004. Un nouveau Code du Travail a ainsi été établi par une ordonnance du 12 mars 2007 ratifiée par une loi du 21 janvier 2008.

---

*International and comparative perspectives*, Cambridge University Press, 2002, pp. 122-150 ; DEAKIN S., WILKINSON F., *Law of the Labour Market: Legal Evolution and British Industrialization*, Oxford University Press, 2005.

<sup>9</sup> BLANCHARD O., TIROLE J., *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du CAE, La Documentation française, Paris, 2003 ; CAHUC P., *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 ; CAHUC P., KRAMARZ F., *De la précarité à la mobilité : Vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, décembre 2004.

<sup>10</sup> LANGLOIS P., *Réflexions sur la simplification du droit du travail*, Rapport pour l'Institut de l'entreprise, janvier 2004 ; Direction des relations sociales du MEDEF, *Moderniser le Code du travail. Les 44 propositions du MEDEF*, mars 2004.

<sup>11</sup> VIRVILLE (de) M., *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des affaires sociales du travail et de la solidarité, La Documentation française, 2004 ; CAMDESSUS M. (sous la présidence de), *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La Documentation française, Paris, 2004 ; ATTALI J. (sous la présidence de), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Paris, janvier 2008.

<sup>12</sup> Commission européenne, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle*, COM (2006) 708 final.

Tout récemment, l'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail prévoit la mise en place d'une rupture conventionnelle du contrat de travail, homologuée par l'administration, ouvrant droit à l'attribution des allocations-chômage. Il témoigne, comme avant lui les dispositions du CPE et du CNE, de la volonté de réduire le rôle du juge dans le contrôle des contrats de travail et de leur rupture.

Le programme s'est donc tout d'abord attaché à clarifier les hypothèses et les méthodes sur lesquelles reposent les études économiques qui attribuent aux règles juridiques des effets sur les performances économiques. Les conceptions, implicites ou explicites, des règles et de leur efficacité dans les analyses micro- et macroéconomiques sont ici au cœur du sujet. Dans cette perspective la flexicurité, promue comme horizon de la réforme du droit du travail, se prête particulièrement bien à l'analyse.

### III.1. CRITIQUE DU MODE DE COORDINATION DES ACTIONS

Les catégories fondamentales de l'économie, envisagée comme discipline, accueillent difficilement celles du droit du travail. La construction par les sciences économiques de la coordination, c'est-à-dire du processus d'interaction entre les agents économiques, porte en elle les facteurs d'extériorisation de la règle.

Depuis Adam Smith et sa métaphore de la « Main Invisible », le marché – ou dans les théories modernes, le contrat – est le seul mode rationnel et optimal d'allocation des ressources et de coordination des actions. Même corrigée par la prise en compte des externalités, cette logique conduit à envisager l'action individuelle sous la forme d'un calcul rationnel optimal. Or une mise en valeur marchande, commune aux théories économiques, reste souvent masquée par une naturalisation, telle que l'opère notamment Walras qui sous-tend nombre d'arguments contemporains sur les « mécanismes » ou les « lois » du marché.

Ce mode de coordination a été rattaché à une rationalité de l'action individuelle qui suppose la capacité calculatoire de l'individu de prendre la meilleure décision, celle qui maximise son utilité. Même l'action collective, dimension inhérente à l'organisation des rapports professionnels, est envisagée au regard d'un arbitrage individuel et intéressé du salarié <sup>13</sup>.

L'économie classique de marché et, plus récemment, l'économie des contrats réduisent le pluralisme des coordinations à une seule d'entre elles, la coordination par le marché. Les modes de coordination autres que le marché n'apparaissent pas de manière directe, mais sont absorbés dans le traitement des externalités au marché.

Le jugement de la rationalité de l'action porte alors exclusivement sur le résultat de l'action. L'évaluation du droit à partir de cette approche de la science économique prend appui sur un agent entrepreneur dont il s'agit de faciliter la stabilité du cadre de choix parmi des plans optionnels, quitte à ajouter des taxes pour tenir compte d'externalités. La règle de droit n'est qu'une contrainte exogène à la toute puissance de l'action individuelle. Les conceptions de la rationalité mobilisées par les approches économiques dominantes ne peuvent qu'aboutir au constat d'inefficacité du droit du travail <sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> FAVEREAU O., « Le droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté », *Le droit du travail confronté à l'économie*, dir. A. Jeammaud, Dalloz, pp. 39-51, 2005.

<sup>14</sup> GHIRARDELLO A., « Rationalité économique et efficacité du droit du travail » [V. Volume II, IX].

L'identification d'une pluralité de modes de coordination enrichit le cadre d'analyse. Ces approches sont apparues dans les années 1970 lorsque des économistes, orthodoxes<sup>15</sup>, néo-institutionnalistes<sup>16</sup> ou conventionnalistes<sup>17</sup>, ont commencé à concevoir l'existence de modes de coordination alternatifs au marché, notamment l'organisation hiérarchique c'est-à-dire l'entreprise capitaliste. Ces théories mobilisent *à la fois* des organisations et des marchés comme modes de coordination des actions. Les organisations peuvent alors être comprises comme des dispositifs de compromis entre des modes de coordination différents, dispositifs dont la dynamique implique des jugements conjoignant plusieurs de ces modes et leurs biens communs respectifs.

L'existence même des organisations en tant que modes de coordination doit conduire à réviser la notion de rationalité et interdit de réduire le droit à une contrainte. Loin d'une telle réduction l'arène du droit, prolongée par l'office du juge, doit être évaluée pour sa capacité au réexamen et à la révision des compromis de l'organisation<sup>18</sup>.

### III.2. RATIONALITE UTILITARISTE ET INCITATIONS

Les théories économiques sur lesquelles est fondée l'analyse économique du droit supposent toutes des agents au comportement rationnel optimisateur. Face à un marché supposé s'autoréguler correctement dans le sens du bien-être collectif, le droit du travail est suspecté par les économistes néoclassiques de perturber son fonctionnement efficace<sup>19</sup>. Ceci vaut non seulement pour les règles juridiques, en particulier les normes protectrices de l'emploi, mais aussi pour l'intervention des juges dans le contentieux des licenciements.

Le rapport *Pour un code du travail plus efficace*, rendu au Ministre des Affaires sociales en février 2004, se donne pour ambition de conjurer « les facteurs d'instabilité et d'insécurité » qui traversent le droit du travail. Selon ses auteurs, « cette insécurité est en effet apparue comme la première cause de l'insatisfaction des utilisateurs »<sup>20</sup>.

L'invocation de l'instabilité et de l'insécurité n'a de sens que si l'on postule que certains acteurs, en l'occurrence les juges ou l'administration dotée d'un pouvoir de contrôle, n'agissent pas de façon conforme à la rationalité supposée des acteurs économiques, et plus particulièrement des employeurs. Leur immixtion dans les décisions des employeurs conduirait ainsi à des situations sous-optimales.

---

<sup>15</sup> ARROW K.J., *The limits of organization*, Norton, New-York, 1974.

<sup>16</sup> WILLIAMSON O.E., *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*, The Free Press, New-York, 1975.

<sup>17</sup> V. par exemple SALAIS R., THEVENOT L. (eds), *Le Travail : marchés, règles, conventions*, INSEE, Paris, Economica., 1986 ; DUPUY J.-P., EYMARD-DUVERNAY F., FAVEREAU O., SALAIS R., THEVENOT L., « Économie des conventions », *Revue économique* vol 40, n°2, mars 1989 ; EYMARD-DUVERNAY F., *Economie politique de l'entreprise*, Paris, La Découverte, collection Repères, 2004.

<sup>18</sup> THEVENOT L., « Les sciences économiques et sociales et le droit : quels biens reconnus, pour quelles évaluations ? », [V. Volume II, XXV].

<sup>19</sup> EYMARD-DUVERNAY F., « Le droit est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'Analyse Economique sur les procédures de licenciement », *Droit Social*, n°9-10, pp. 812-816, 2004.

<sup>20</sup> VIRVILLE (de), M., *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 2004.

Dans cette logique a pu être préconisée l'introduction d'une taxe sur le licenciement, en contrepartie d'une suppression du contrôle, judiciaire ou administratif, de la justification du licenciement pour motif économique<sup>21</sup>. Le montant de la taxe étant proportionnel au coût social du licenciement, l'entreprise n'opterait que pour des choix socialement justes. On peut remarquer tout d'abord que ce choix suppose implicitement l'imputation d'une part de responsabilité du chômage aux entreprises, plutôt qu'au marché ou aux évolutions technologiques comme c'est le cas lorsque les mécanismes d'indemnisation reposent sur une mutualisation du financement.

D'autre part, le bien-être collectif est supposé pouvoir être atteint par un réglage approprié des incitations, indépendamment de tout recours au droit. La protection de l'emploi est ramenée à la perception d'allocations-chômage et à la taxation des licenciements. Mais « les systèmes d'incitations fuient de toutes part »<sup>22</sup>. On peut douter de l'opérationnalité de ces mécanismes, tant en raison de la complexité de leur mise en œuvre que parce qu'il faut constamment en imaginer de nouveaux pour pallier leurs effets pervers (par exemple, la taxation des licenciements peut induire une discrimination à l'encontre des salariés qui présentent les plus forts risques de chômage).

Enfin, de telles propositions sont grosses de malentendus sur l'office du juge du travail et, plus largement, sur les fonctions du recours contentieux. L'analyse économique du droit postule que le juge n'est pas apte à évaluer les choix économiques de l'employeur (contrôle de nécessité), encore moins la pertinence, la *raisonnabilité* de ses décisions. Pourtant, la discussion contentieuse est un espace d'appréciation de la qualité d'une décision. De plus le droit du travail, par exemple le droit du licenciement pour motif économique, n'est pas hermétique dans ses propres catégories aux justifications économiques. Un rapide regard sur la jurisprudence relative au motif économique de licenciement l'atteste<sup>23</sup>. Il est par ailleurs difficile d'envisager que les juges eux-mêmes ne statuent pas sur les bornes tracées à leurs compétences. Par exemple, le contentieux du contrat nouvelles embauches signale un retour en force du pouvoir d'interprétation du juge, qui pourtant, devait être évincé du contrôle des motifs de la rupture pendant la période de consolidation<sup>24</sup>.

Ainsi, les dispositifs incitatifs sont-ils aveugles à la cohérence interne des règles. L'hypothèse de comportement rationnel qui les fonde s'en tient, au mieux, à leur substance sans porter attention à leur mode de production et d'effectivité<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> BLANCHARD O. ET TIROLE J., *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du C.A.E n° La Documentation française, Paris, 2003 ; CAHUC P., *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 ; CAHUC P., KRAMARZ F., *De la précarité à la mobilité : Vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, décembre 2004.

<sup>22</sup> EYMARD-DUVERNAY F. (2004), « Le droit est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'Analyse Economique sur les procédures de licenciement », op. cit.

<sup>23</sup> Il y a là une invitation à ne pas résumer le droit à ses seuls énoncés législatifs mais à tenir compte de l'ensemble des dispositifs normatifs, cf. *infra*, § IV.2.

<sup>24</sup> Ce point sera développé de façons plus détaillée, cf. *infra*, § VI.2.1.

<sup>25</sup> SACHS T., « Droit du travail et rhétorique libérale : la règle de droit à l'épreuve du jugement d'efficacité », in Lyon-Caen Antoine, Perulli, Adalberto (dir.), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Padova, CEDAM. 2005.

### III.3. LE STATUT DES REGLES DE DROIT DANS LES MODELES MICROECONOMIQUES DU MARCHE DU TRAVAIL

Olivier FAVEREAU a procédé à une étude originale du statut de la règle de droit dans les évaluations récentes du droit du travail, telles que proposées par des économistes français pratiquant des analyses microéconomiques du marché du travail<sup>26</sup>.

#### A) Le modèle sur lequel reposent les analyses des économistes

Les rapports se fondent de façon explicite, quoique simplifiée, sur les modélisations développées dans les années 70 par Mortensen et Pissarides<sup>27</sup>. Aussi convient-il d'explicitier ces modélisations (A), d'en cerner les origines (B), pour pouvoir établir un commentaire critique (C), au sein duquel le statut du chômage tient une place de choix (D).

##### 1) Explicitation du modèle

Les modélisations qui sous-tendent l'argumentation des études microéconomiques relèvent d'une même structure générale constituée de deux positions : celles d'actifs et de chômeurs. Ces deux positions correspondent à deux stocks (d'actifs et de chômeurs). Entre ces deux positions s'établissent des flux. Une telle modélisation fait partie de la catégorie générale des approches stock-flux du marché du travail.

Le flux des chômeurs vers la position d'actif est fonction du nombre de créations d'emplois. Le flux des actifs vers les chômeurs est égal à la destruction d'emplois, variable exogène (malgré quelques tentatives d'endogénéisation). Le modèle postule que les flux sont équilibrés. Le nombre des chômeurs est donc une constante : il y a du chômage à l'équilibre.

Le chômeur, homo œconomicus rationnel, sait qu'il lui faut du temps pour trouver du travail. La stratégie optimale est d'accepter une offre d'emploi si le salaire proposé est supérieur au salaire de réserve que s'est fixé le chômeur calculateur.

Quant aux actifs, leur salaire est fixé par une négociation entre salariés et employeurs (schéma de négociation de Nash). Salariés et employeurs ont un pouvoir de négociation inversement proportionnel au taux de chômage pour les premiers, et au taux de vacance d'emploi pour les seconds.

Dans ce modèle existent trois inconnues : le taux de chômage, le taux de vacance d'emploi et le taux de salaire. Ces inconnues peuvent être déterminées par un système de trois équations, construites autour de quatre « fonctions de valeur » :

- la valeur de la position de salarié,
- la valeur pour une entreprise d'avoir un poste occupé,
- la valeur d'ouvrir une vacance d'emploi,
- la valeur associée au fait d'être au chômage.

Ces fonctions de valeur sont le résultat d'un calcul d'optimisation intertemporelle de zéro à l'infini, ceci afin de simplifier les formulations.

---

<sup>26</sup> BLANCHARD O., TIROLE J., *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du CAE, La Documentation française, Paris, 2003 ; CAHUC P., KRAMARZ F., *De la précarité à la mobilité : Vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, décembre 2004.

<sup>27</sup> MORTENSEN D., PISSARIDES C., « Job reallocation, employment fluctuations and unemployment », chap.18, *Handbook of macroeconomics*, vol.1, North-Holland, 1999, pp. 1171-1228 ; PISSARIDES C., *Equilibrium unemployment theory*, 2nd edition, MIT press, 2000.

La représentation de l'économie à travers ces équations est celle d'une situation de longue période, avec des flux d'entrée au chômage égaux aux flux de sortie, dans un système de marchés parfaitement concurrentiels à l'exception du marché du travail.

Le taux de chômage est un taux de chômage d'équilibre, où les chômeurs maximisent leur utilité intertemporelle comme le font les autres agents. Si le chômage n'est pas nul, c'est parce qu'il faut du temps aux chômeurs pour trouver un emploi, et du temps aux firmes pour pourvoir un emploi vacant.

## 2) *Origine du modèle*

Ces modèles ont été développés dans les années 70, à l'époque où les anticipations faisaient leur entrée dans la modélisation de l'économie. Dans cette perspective, le chômeur est un individu rationnel dont le comportement de recherche d'emploi résulte d'une optimisation intertemporelle, alors que dans les théories antérieures, le chômage était considéré comme un résidu macroéconomique. En simplifiant, on pourrait dire qu'est ainsi introduit du choix *dans* le chômage, ce qui menace toujours de dégénérer en choix *du* chômage.

À cette première perspective, il convient d'adjoindre une seconde qui s'ouvre au même moment, quoiqu'elle soit passée relativement inaperçue : l'apparition d'une nouvelle conception du marché du travail, représentée précisément par le modèle stock-flux. À l'ancienne représentation du marché du travail comme une « bourse de valeurs » où se confrontent une offre et une demande agrégées, s'oppose une représentation en forme de « hall de gare » où les agents économiques ne cessent de se déplacer entre trois positions-types : actifs employés, inactifs, chômeurs, et à l'intérieur de ces positions-types.

Dans ce schéma intrinsèquement dynamique, un élément attire tout particulièrement l'attention. Alors que les flux bruts entre positions sont très importants, les flux nets (solde de deux flux bruts opposés) sont en regard très faibles. Par exemple, le nombre de chômeurs qui retrouvent un emploi pendant une année est élevé tout comme l'est le nombre d'actifs qui se retrouvent au chômage sur la même période. De ce fait, la différence nette entre ces deux flux (qui va donner la variation du chômage) apparaît faible, eu égard à l'importance des flux bruts.

Ce cadre cognitif du « hall de gare » est particulièrement attractif pour des économistes hétérodoxes, qui entendent critiquer l'explication libérale traditionnelle du chômage par le coût excessif du travail. La relative proximité des flux de sortie du chômage et des flux d'entrée implique que la rémunération du travail salarié n'est pas totalement inappropriée, et donc que le taux de salaire relève d'une autre logique que celle des prix ajustant l'offre d'emploi et la demande. L'attention se tourne alors vers d'autres variables, telles que la durée du chômage ou la création d'emplois.

## 3) *Commentaires*

### • La conception de l'individu

Dans ce modèle l'individu a une rationalité parfaite (de type calculatoire) et une durée de vie infinie qu'il transforme en une trajectoire optimale de maximisation de son utilité, sachant que toute portion de cette trajectoire intertemporelle est optimale, au même titre que la trajectoire dans son ensemble (équation dite de Bellman). Cette approche s'inscrit dans la filiation de la théorie du capital humain : l'homo œconomicus se réduit à un capital dont il convient de maximiser la valeur (celle-ci égale à la somme actualisée des revenus qu'il procure).

- L'entreprise

Elle est considérée comme un individu rationnel du type ci-dessus. On retrouve ce trait constant des modèles économiques néoclassiques consistant à symétriser l'individu-entreprise et l'individu-salarié. Cette symétrisation permet de considérer comme des objets formellement équivalents le chômeur et l'emploi vacant, défi au sens commun.

À cette représentation de l'entreprise, trois critiques peuvent être adressées.

- Pauvreté : l'entreprise n'est même pas considérée comme un mode de coordination, ou un ensemble de contrats comme il apparaît dans d'autres parties de la littérature économique orthodoxe.
- Réductionnisme : en général l'entreprise ne comporte qu'un seul poste de travail ; si on lève cette hypothèse, on le fait de telle sorte que la gestion de l'entreprise reste décentralisable au niveau de chaque poste de travail.
- Cynisme : la durée de chômage est mise sur le même plan que la durée de vacance d'emploi.

- Le marché

Cette représentation de l'individu et de l'entreprise est plongée dans un univers de concurrence parfaite. Une première manifestation en est la libre entrée sur le marché des biens, qui explique que la valeur de la vacance d'emploi tende vers 0.

Une autre conséquence du cadre de concurrence parfaite est que ces modèles postulent l'égalisation de tous les rendements : tous les actifs (y compris humains) ont le même taux d'intérêt. On doit comprendre que la financiarisation de l'économie a été poussée à son terme.

En somme, ces modèles réinventent le « marché universel » de Walras avec une exception, le marché du travail, qui est le seul sur lequel le temps doit être pris en compte (pour trouver un emploi ou pour combler une vacance). La question reste alors entière de savoir qui joue le rôle de « commissaire-priseur » sur le marché du travail, pour mettre en rapport entreprises et chômeurs. On peut penser que ce rôle est joué par ce qui s'appelle la fonction d'appariement, qui est toujours donnée de l'extérieur.

#### *4) Statut du chômage dans ce modèle*

Cette théorie du chômage d'équilibre ne laisse pas prise pour l'intervention publique.

La distinction entre chômage volontaire et involontaire n'a pas lieu d'être.

Les applications de la modélisation neutralisent les effets potentiellement hétérodoxes de l'analyse stock-flux. Le salaire est réintroduit dans le modèle grâce à l'égalité entre le flux d'entrée au chômage et le flux de sortie ; plus le salaire est élevé, moins le flux de sortie est important. Le flux d'entrée au chômage (la destruction d'emploi) dépend de chocs exogènes : c'est la nature qui détruit des emplois.

Une certaine responsabilité est réimputée au salaire réel, car s'il est vrai que le flux d'entrée en chômage dépend de chocs exogènes (c'est la nature qui détruit des emplois), le flux de sortie est d'autant moins important que le salaire est élevé.

En conclusion de ce premier point, on peut se demander ce qui autorise à faire subir à l'économie réelle une telle simplification. À aucun moment n'est posée la question de l'irréalisme des hypothèses. Pour ajuster la critique, il n'est pas inutile de rappeler la posture épistémologique de Keynes où est perceptible la trace de ses discussions avec Witt-

genstein. Partant de la question des rapports entre un langage formel et le langage ordinaire, Keynes proposait une méthode en deux temps : dans un premier temps, il est nécessaire d'emprunter les outils mathématiques pour raisonner sur une réalité simplifiée ; dans un second temps, les hypothèses de la modélisation doivent être confrontées à la réalité par la mise en œuvre d'un art du jugement. Ce second temps de la démarche est totalement absent des travaux ici analysés.

Faire la théorie économique du chômage exige donc un double mouvement : d'abord un transfert des énoncés du langage ordinaire vers un langage formel, puis la confrontation des résultats du calcul avec la représentation ordinaire. Il est patent que la figure du chômeur qui ressort des modèles utilisés n'a pas été mise à l'épreuve de la représentation ordinaire du chômeur.

## **B) Statut du droit, du normatif et du politique dans le modèle**

### *1) Par quel canal s'exerce l'influence des règles de droit ?*

Les règles de droit n'apparaissent pas en tant que telles ; elles entrent dans le modèle à travers des (modifications de) prix ou coûts. Si la règle de droit ne modifie aucun prix ni aucun coût (qui apparaissent dans les quatre fonctions de valeur), elle est inintelligible pour l'économiste. Ainsi la discipline économique force-t-elle le droit pour l'attirer dans sa sphère d'intelligibilité. Cette première « violence » devrait au minimum être explicitée comme une des hypothèses du modèle.

Si on l'accepte, il est intéressant d'en analyser les conséquences sur deux exemples : l'instauration / la variation des allocations chômage (qui vont modifier le calcul de la valeur associée au fait d'être chômeur) ; l'instauration / la variation du coût du licenciement (qui vont intervenir sur la rentabilité des emplois). Dans cette logique, Blanchard et Portugal<sup>28</sup> démontrent que si le coût du licenciement augmente, il y a une baisse du nombre des personnes licenciées mais une augmentation de la durée du chômage. Cependant, rien de général ne peut être démontré sur l'effet net de ces deux impacts contradictoires sur le taux de chômage. Et il n'y a pas davantage de résultats empiriques catégoriques, au-delà de la mise en évidence d'une relation inverse entre les flux d'entrée en chômage et la durée du chômage.

De surcroît, des travaux empiriques mettent à mal cette réduction. Si on accepte la réduction des règles de droit à l'effet qu'elles exercent sur le système de prix relatifs, cet effet devrait être le même sur l'ensemble du territoire national où les règles s'appliquent. Or, une étude statistique italienne<sup>29</sup> vient de montrer que la relation considérée ne présente aucune stabilité entre les grandes régions du territoire (les différences structurelles entre les régions ayant été neutralisées par les techniques économétriques appropriées).

Il faut donc s'interroger sur la pertinence de ce traitement économique des règles de droit et revenir sur la « violence » de la réduction à l'état de (modification de) prix, c'est-à-dire de contraintes. Si l'on y renonçait en traitant le droit (par exemple) comme une ressource plutôt que comme une contrainte, il serait possible d'admettre que la rentabilité de cette ressource varie fortement selon le lieu ou le contexte d'application. Il n'est certainement pas complètement erroné de faire transiter l'effet des règles de droit par les modifications de prix relatifs, mais il ne faut pas se limiter à ce seul canal.

---

<sup>28</sup> BLANCHARD O., PORTUGAL P., « What hides behind an unemployment rate: Comparing Portuguese and U.S. labor markets », *American Economic Review*, mars 2001, pp. 187-207.

<sup>29</sup> NATICCHIONI P., RUSTICHELLI E., SCALA A., « Employment protection and regional worker flows in Italy: an assessment of the theoretical predictions », 24 p, 2006.

## 2) *Quelle place pour le normatif et le politique ?*

La notion-clé pour rouvrir un espace d'intervention au politique est celle d'externalité. Certes le marché est le meilleur mode de coordination, mais il ne contrôle pas tout. La situation peut être améliorée, c'est précisément la mission assignée à l'État : compléter l'œuvre du marché par d'autres moyens que le marché.

Dans le modèle Mortensen-Pissarides, la défaillance du marché se repère au fait que l'équilibre décentralisé (obtenu spontanément par le libre jeu des marchés) est inférieur à l'optimum social qu'aurait choisi un planificateur omniscient. L'explication technique repose sur les comportements de recherche des firmes et des salariés : le libre jeu du marché n'en génère pas suffisamment.

Dans les rapports Blanchard-Tirole et Cahuc-Kramarz, la défaillance du marché prend une tournure plus concrète. Le chômage produit deux types d'externalités négatives : d'une part les chômeurs payent moins d'impôt, ce qui déséquilibre les finances publiques ; d'autre part, le coût de l'indemnisation du chômage est reporté par les entreprises sur les contribuables. Logiquement, les études se concluent en recommandant d'imputer aux entreprises une partie au moins des coûts qu'elles infligent à la société, de façon à que le calcul privé, intégrant ces coûts sociaux, comble la distance entre l'équilibre décentralisé et l'optimum collectif. Cette démarche appelle plusieurs commentaires.

- Le chômage n'est pas vu comme un mal qui appelle une indemnisation ou une manifestation de solidarité nationale, ce sont seulement ses conséquences financières qui intéressent ici. Il est révélateur que Blanchard et Tirole se réfèrent à la métaphore du déménagement. Le chômage est en quelque sorte assimilé à une pollution : il convient d'obliger les agents privés à en internaliser les coûts sociaux. L'idée n'est pas absurde<sup>30</sup> ; ce qui est contestable, c'est la définition tellement limitative des coûts sociaux retenus.
- Le remède proposé (la taxation des entreprises qui licencient) est une seconde illustration de l'assimilation des règles de droit à une modification du système de prix, cette fois dans le sens d'une amélioration du fonctionnement du marché. Dans ce cas, le droit a bien pour fonction de faire ce que le marché ne peut pas faire, mais son intervention se limite à réaliser ce qu'aurait dû permettre le fonctionnement d'un marché parfait : il n'a donc aucune mission ni légitimité propre.
- Concernant plus particulièrement le droit du travail, ces modèles nient les principes qui le fondent. En traitant l'entreprise comme un individu-entreprise négociant avec un 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 (c'est-à-dire, observons-le au passage, entre des personnes physiques et des personnes morales).

La vision du monde économique que ces modèles mettent en œuvre n'est pas sans incertitude, mais il n'en est que plus remarquable de noter qu'elle est sans apprentissage. Qu'est-ce que le droit, sinon une technique d'apprentissage collectif dans un monde incertain (où l'incertitude est même aggravée par la pluralité de valeurs et l'antagonisme des intérêts) ? Dans la mesure où l'apprentissage collectif s'appuie (de façon complexe) sur des règles, on ne peut que déplorer que cette dimension de l'efficacité propre aux règles de droit soit totalement absente de ces modèles.

---

<sup>30</sup> ROBE J.-P., « L'entreprise en droit », *Droit et société*, p. 117-136, 29-1995.

### III.4. L'ANALYSE DES RELATIONS ENTRE SYSTEMES JURIDIQUES ET PERFORMANCES ECONOMIQUES

Dans une contribution originale, **Thierry KIRAT** a effectué un « Survey » de la littérature économique qui s'est développée depuis la fin des années 90 sur les relations entre systèmes juridiques et performances économiques<sup>31</sup>. Ces travaux se sont développés à l'origine selon deux orientations : la Nouvelle économie comparative, et les approches macroéconomiques de la contribution des institutions politiques et juridiques à la croissance.

Selon T. Kirat, les études se différencient du courant Law and Economics de trois façons :

- par une perspective macroéconomique qui se substitue à la problématique de Law and Economics d'évaluation microéconomique de l'efficacité des règles juridiques,
- par la réalisation systématique d'analyses comparatives,
- par la conduite d'études empiriques et pragmatiques qui ne sont pas fondées sur un modèle théorique explicite a priori.

La problématique est également nouvelle parce qu'elle opère une déconnexion entre le politique et le juridique : les enjeux macroéconomiques se jouent directement dans la sphère des institutions juridiques, ce qui implique que les traditions juridiques des nations (common law ou droit civil) ne sont pas neutres, notamment au regard des perspectives de développement.

#### A) La « Nouvelle économie comparative »

L'article fondateur de Djankov, Glaeser, La Porta, Lopez-de-Silanes et Shleifer<sup>32</sup> définit le programme de ce courant. Prenant acte de la disparition des systèmes d'économie planifiée en Europe, la comparaison des économies capitalistes doit prendre en compte la diversité des systèmes institutionnels des pays capitalistes – développés ou en développement – pour interpréter la variété des performances macroéconomiques. Les auteurs identifient quatre mécanismes institutionnels dont la combinaison permet de réaliser un équilibre entre la garantie de l'ordre économique et social et la prévention de la dictature :

- la régulation privée, qui renvoie aux mécanismes du marché,
- les juges indépendants, dont l'intervention est considérée en règle générale comme préférable à l'intervention publique,
- la régulation étatique,
- la propriété publique.

L'efficacité des choix institutionnels n'est pas évaluée à partir d'un jugement normatif *a priori*.

#### B) Common law et croissance

L'étude de P.G. Mahoney<sup>33</sup> est une étude économétrique du lien entre le taux de croissance du PIB par tête et une variable explicative qui différencie les pays selon qu'ils ap-

---

<sup>31</sup> KIRAT T., « Systèmes juridiques et performances économiques. Un survol de la littérature », Programme de recherche DARES *L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes* [V. Volume II, XIII].

<sup>32</sup> DJANKOV S., LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SHLEIFER A., « The new comparative economics », *Journal of Comparative Economics*, (31) 2003, pp. 595-619.

<sup>33</sup> MAHONEY P.G., « The Common Law and Economic Growth: Hayek Might be Right », *Journal of Legal Studies*, vol. 30, n° 2; juin 2001, pp. 503-525.

partiennent à un système de common law ou de droit civil. Mahoney distingue de façon sommaire les systèmes juridiques : les pays de common law accordent au pouvoir judiciaire une plus grande indépendance du judiciaire, tandis que dans les pays de droit civil le système judiciaire offre à l'Etat de plus grandes possibilités d'interférer avec la propriété et les droits contractuels.

La conclusion de l'étude quantitative est que la common law est davantage compatible avec la croissance que le droit civil.

### **C) Formalisme procédural et réglementation du marché du travail**

Le point de départ des inspirateurs du programme Doing Business de la Banque Mondiale <sup>34</sup> (ci-après DLLS) est une mise en cause de la façon dont est traité le fonctionnement des tribunaux dans la théorie du développement (qui postule que les tribunaux sont plus efficaces dans les pays riches que dans les pays pauvres) et dans la théorie des incitations (selon laquelle les tribunaux des pays pauvres seraient inefficaces parce que soumis à de mauvaises incitations).

DLLS élaborent un indice du « formalisme procédural » de règlement des disputes à partir de variables institutionnelles portant sur l'organisation judiciaire, les formes des actions en justice, les modes de traitement des litiges, les coûts de la justice. Cet indice est chiffré, pour l'essentiel, par interrogation d'avocats auxquels sont soumis deux cas types. Il est interprété en référence à une situation de formalisme nul et de résolution efficace (règlement non judiciaire de différends entre voisins).

L'objectif des études est d'évaluer les conséquences des procédures judiciaires sur la qualité du règlement des disputes, sans bouclage macroéconomique.

La principale conclusion est que le formalisme procédural est beaucoup plus accentué dans les pays de droit civil, associé à une durée plus longue des procédures judiciaires, une plus faible cohérence, une moindre honnêteté, moins d'équité (fairness) dans les décisions judiciaires, davantage de corruption et un faible niveau de qualité de la justice.

La démarche est ensuite étendue à l'étude des effets macroéconomiques de la protection de l'emploi salarié<sup>35</sup>. La protection de l'emploi est mesurée par des indices portant sur le droit du travail, le droit des relations collectives de travail et le droit de la protection sociale de l'emploi salarié. Ces indices fournissent une mesure des *coûts* économiques induits par la réglementation.

Les déterminants de la réglementation de l'emploi salarié ne sont pas de nature économique, mais juridique : le niveau de protection de l'emploi n'est pas corrélé avec le niveau développement économique, mais avec l'origine du système juridique (common law ou droit civil). Les pays de droit civil et à gouvernement de gauche ou du centre se caractérisent par des niveaux de protection supérieurs aux pays de common law, surtout lorsque ceux-ci sont dirigés par des gouvernements de droite.

L'étude conclut que la réglementation génère plus de coûts que d'avantages. Une forte protection des relations collectives est associée à une importance plus grande de l'économie souterraine dans les pays en développement ; une forte protection du contrat de travail et des relations collectives et un fort indice de protection sociale conduisent à une

---

<sup>34</sup> DJANKOV S., LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SHLEIFER A., « Courts », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, n° 3, Mai 2003, pp. 453-517.

<sup>35</sup> BOTERO J., DJANKOV S., LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SHLEIFER A., « The Regulation of Labor », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 119, n° 4, novembre 2004, pp. 1339-1382.

plus faible participation des hommes (pas des femmes) au marché du travail ; une forte protection du contrat de travail conduit à un plus fort taux de chômage des jeunes.

Cet ensemble de travaux constitue la principale base conceptuelle et méthodologique sur laquelle seront élaborés les indicateurs de comparaisons internationales et en particulier les indicateurs de protection de l'emploi qui seront analysés *infra* dans le chapitre VI.

### **III.5. LE DROIT DU TRAVAIL ET LE MODELE DE FLEXICURITE**

Un autre « modèle » est invoqué à l'appui de l'exigence de transformation du droit du travail. Le modèle de « flexicurité » s'est imposé au niveau européen, particulièrement depuis l'adoption de la stratégie de Lisbonne. En 2007, la Commission européenne a présenté la synthèse de sa position dans une communication intitulée *Les principes fondamentaux de la flexicurité ; des emplois plus nombreux et de meilleure qualité grâce à la flexibilité et la sécurité*<sup>36</sup>.

Le terme de flexicurité ou flexisécurité est apparu aux Pays-Bas au début des années 1990 pour désigner une réforme hollandaise qui visait à pallier l'inégalité entre les « insiders » et les « outsiders » du marché du travail et qui avait pour objet d'instaurer une plus grande flexibilité vis-à-vis de ceux-là et plus de sécurité pour ceux-ci.

Il faut relever dès à présent que l'objectif de réduction de la segmentation, et donc les interrogations sur la qualité des emplois que créerait une réforme de la législation du travail, sont singulièrement absents des modélisations économiques qui supportent l'argumentation de la réforme. Ce point sera repris *infra*, § V.3.1.

Dans les raisonnements de la Commission européenne est soulignée la nécessité « d'adapter la législation du travail pour promouvoir la flexibilité en même temps que la sécurité dans l'emploi et réduire la segmentation du marché du travail »<sup>37</sup>.

Tenons-nous en ici aux quatre éléments identifiés : législation du travail, flexibilité, sécurité dans l'emploi, réduction de la segmentation. Une relation de détermination est affirmée : l'adaptation du droit *pour* promouvoir ... Une interrogation sur la place du droit du travail dans ce modèle, et sur la pertinence du modèle lui-même, s'est donc imposée dans la dynamique du programme de recherche.

#### **III.5.1. Le Livre vert de la Commission européenne « Moderniser le droit du travail »**

En préalable à la Communication sur la flexicurité, la Commission Européenne a ouvert au premier semestre 2007 une consultation sur le Livre vert *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle*<sup>38</sup>. L'objectif de la réflexion est de « faire évoluer le droit du travail dans le sens de l'objectif de la stratégie de Lisbonne ». À l'initiative de

---

<sup>36</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers des principes communs de flexicurité: Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité*, COM(2007) 359 final, 27.6.2007.

<sup>37</sup> *Lignes directrices pour l'emploi* (2005-2008) (adoptées le 12 juillet 2005) - JO L 205 du 6.8.2005, p. 21.

<sup>38</sup> Commission européenne, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle*, COM (2006) 708 final.

l'IIPEC, plusieurs chercheurs participant au programme <sup>39</sup> se sont réunis pour proposer une contribution collective à la consultation <sup>40</sup>.

Plusieurs hypothèses sous-tendent la démarche du Livre vert. La première est la supposée évidence empirique de l'inefficacité du droit du travail au regard de la croissance économique. Le raisonnement du Livre vert reprend l'hypothèse du courant dominant en économie, selon laquelle les mesures de protection de l'emploi sont analysées comme de pures contraintes exogènes et donc des freins au fonctionnement optimal du marché du travail. Il présente une vision du droit du travail « rigide », désigné comme un obstacle à la croissance et à la résorption du chômage, inadéquat aux changements et source de coûts.

D'autre part, la « modernisation » du droit du travail est présentée comme condition nécessaire à la transformation du fonctionnement des « marchés du travail européens [qui] doivent relever le défi de la conciliation d'une flexibilité accrue avec la nécessité d'offrir à tous le maximum de sécurité ». La consultation pose explicitement la question de savoir si « l'adaptation du droit du travail et des conventions collectives peut (...) contribuer à améliorer la flexibilité et la sécurité dans l'emploi et à réduire la segmentation du marché du travail ». Ou s'il « vaudrait (...) la peine d'envisager de combiner un assouplissement de la législation de protection de l'emploi à un système bien conçu de soutien aux chômeurs ». Ou encore, si « la réglementation existante (...) freine (...) ou stimule (...) les entreprises et les travailleurs dans leurs efforts pour saisir les opportunités d'accroître la productivité et s'adapter aux nouvelles technologies et aux changements liés à la concurrence internationale ? ».

Le rôle central donné au droit pour soutenir une formule de flexicurité est révélatrice d'une conception de la règle de droit cohérente avec celles qui ont été mises au jour ci-dessus : elle est supposée commander les comportements des acteurs ; la sphère des institutions juridiques est déterminante pour les enjeux macroéconomiques.

Outre les arguments déjà invoqués ci-dessus pour critiquer cette conception, les auteurs de la contribution collective ont également mis en avant des arguments historiques, conceptuels et empiriques <sup>41</sup>.

### **A) Des arguments historiques**

L'histoire du droit du travail européen est marquée par une suite ininterrompue de réformes législatives qui, au total, ont eu pour effet de renvoyer dans bien des cas le « modèle traditionnel de l'emploi » à l'archéologie du droit du travail. Les évolutions du contexte économiques présentées comme à l'origine de la nécessaire modernisation (flux tendus, diffusion des TIC, attention croissante portée à la demande, etc.) ont suscité dès les années 1970 (pour la France), 1980 (pour l'Allemagne et la Grande Bretagne) de profondes réformes.

---

<sup>39</sup> F. VALDES DAL RÉ, professeur à l'Université Complutense de Madrid, F. GAUDU, professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, A. PERULLI, professeur à l'Université Ca'Foscari de Venise, J. AFFICHARD, administrateur de l'INSEE, directrice de l'IIPEC, A. LYON-CAEN, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre, directeur d'études à l'EHESS, T. KIRAT, chargé de recherche au CNRS, O. FAVEREAU, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre, S. LEADER, professeur à l'Université d'Essex.

<sup>40</sup> [V. Volume II, XXXI]

<sup>41</sup> Pour une critique du style, de la méthode et des propositions du Livre vert, v. GAUDU F., « Un document qui ne tient pas le langage de la vérité » [V. Volume II, VIII], XXVI. VALDES DAL-RE F., « Ne pas sous-estimer la 'modernisation' advenue, se défier d'une conception unitaire du couple 'flexibilité/sécurité' » [V. Volume II, XXVI].

Au-delà de la variété des modifications concrètement apportées au « modèle traditionnel », indépendamment des rythmes et de l'intensité des modifications, les États européens ont depuis de nombreuses années déjà adapté leurs institutions et structures juridiques relatives au travail aux changements qui s'imposaient dans les façons de produire et dans le fonctionnement des marchés. Ils ont profondément « modernisé le droit du travail ».

## **B) Des arguments conceptuels**

La « flexibilité » n'est jamais définie précisément. Ceci est fâcheux, car l'ambiguïté autorise des glissements permanents entre la flexibilité au niveau des ajustements de marché (variabilité des prix et des quantités), l'assouplissement des contrats de travail et la flexibilité des entreprises conçue comme capacité d'adaptation organisationnelle.

Si l'on s'en tient à la flexibilité du marché du travail, il existe bien des modèles économiques théoriques liant flexibilité, diminution du chômage et réduction de la segmentation, qui concluent à la nécessité d'assouplir (c'est dans ce sens qu'est employé le terme de « modernisation ») le droit du travail. Encore ces modèles sont-ils contestés. On peut leur reprocher les simplifications et l'irréalisme des approches stock-flux du marché du travail sur lesquels ils reposent (cf *supra*, § III.2). On peut aussi critiquer le fait qu'ils méconnaissent les phénomènes d'apprentissage collectif et les capacités d'adaptation des entreprises autorisés, voire favorisés par des mesures de protection de l'emploi (cf. *infra*, § V.3). On souligne aussi qu'ils ne démontrent pas qu'une augmentation des flux entre emploi et chômage réduirait la segmentation, puisque la mobilité peut rester concentrée sur certaines catégories d'emplois et de travailleurs. Quant à la sécurité, elle est le plus souvent exogène à ces modèles, renvoyée aux politiques sociales (elle risque alors d'être dénoncée comme désincitation à la recherche d'emploi) ; quand certains économistes tentent d'internaliser la sécurité dans le modèle, le poids en incombe aux employeurs, ce qui est encore une fois peu réaliste.

Quant aux juristes, ils refusent en général de réduire le droit du travail à un simple instrument au service de l'efficacité économique, ou à un ensemble de contraintes qui entraveraient la liberté des acteurs. Ils refusent aussi de le voir comme l'instrument tout puissant de la réforme, comme si la règle de droit produisait mécaniquement des effets. De façon plus complexe, ils font valoir le pluralisme des visées du droit du travail, et la difficulté à isoler des effets spécifiques d'une règle, dont la mobilisation par les acteurs échappe aux intentions de ses auteurs (cf. *infra*, § IV.1 et IV.2). Se prononcer sur les résultats de telle modification du droit exige de sortir d'un schéma déterministe, et d'examiner prudemment les données empiriques.

## **C) Des arguments empiriques**

Au cours des trois dernières décennies, les profonds changements apportés aux règles du travail ont désactivé un grand nombre des classiques garanties d'emploi au préjudice d'une fraction importante, quantitativement et qualitativement, de la main d'œuvre européenne. L'assouplissement des formes d'emploi a conduit, dans la plupart des pays européens, à une dégradation du niveau de protection. À l'heure actuelle, quelque 40% des travailleurs européens sont en situation de précarité au travail.

Dans les États membres pris comme modèles en matière de réforme de la réglementation de l'emploi, notamment le Royaume-Uni et les pays scandinaves, il est notable que les succès annoncés en matière de réduction du chômage ont été obtenus par une accentuation de la segmentation du marché du travail. Ainsi au Royaume-Uni, le nombre des travailleurs de l'industrie peu qualifiés a été réduit en transformant plus d'un million d'entre eux

en bénéficiaires de prestations de compensation de handicaps. Quant aux pays scandinaves (Danemark, Suède mais aussi Norvège), on omet souvent de mentionner l'importance de l'emploi public, dont le taux est nettement plus important qu'ailleurs au sein de l'Union européenne.

Ces données tendent plutôt à établir un lien entre accroissement de la flexibilité et développement de la précarité et de la segmentation du marché du travail.

Au total, la notion de « combinaison » (entre assouplissement de la protection de l'emploi, compensations pour pertes de revenu et « politiques actives » du marché du travail) est un compromis politique qui ne relève pas de la « modernisation du droit du travail ». Les mesures législatives ne peuvent qu'accompagner la négociation sociale.

### III.5.2. Le modèle danois

À l'invitation du programme de recherche, **Klaus NIELSEN** a présenté une communication originale sur le système danois de flexicurité (« flexicurity »)<sup>42</sup>.

Depuis le milieu des années 90, les institutions internationales ont marqué un vif intérêt pour le modèle social danois. L'OIT, l'OCDE et l'Union européenne présentent le Danemark comme un modèle à suivre. Dans la représentation qui en est généralement faite, ce modèle semble permettre d'allier, de manière unique et originale, une croissance économique stable et une protection sociale généreuse. Il constituerait une « troisième voie » qui combine à la fois une flexibilité du marché du travail et des filets de sécurité.

Le fonctionnement du marché du travail danois contredirait l'affirmation selon laquelle les changements apportés aux règles du travail, en désactivant un grand nombre des classiques garanties d'emploi, ont précarisé la situation d'une fraction importante de la main-d'œuvre.

Ainsi, la référence au « modèle » danois est souvent invoquée pour tenir lieu d'évaluation critique de la législation de protection de l'emploi dans les pays qui n'auraient pas suffisamment « assoupli » les règles du licenciement.

Dans la perspective du présent programme, on s'est plus particulièrement attaché à comprendre le contexte dans lequel est mise en œuvre une réglementation faiblement protectrice de l'emploi. L'étude des préconditions du « modèle » danois montre combien peu revient au droit et ou à l'effet direct de règles, et beaucoup aux politiques publiques, aux institutions et aux relations professionnelles. Mais il est sans doute particulièrement cohérent, ce qui rend son étude et son analyse utile à la compréhension de ses principes fondamentaux et des conditions de sa réalisation.

En premier lieu, les résultats positifs en matière de chômage sont le fruit, en grande partie, de la mise en place durant les années 1993-94 de solutions de type keynésien destinées à stimuler la demande intérieure, qui n'auraient vraisemblablement pas été possibles au regard des critères du pacte de stabilité. La vigueur de la demande intérieure est un prérequis indispensable au succès aux mesures qui touchent à l'offre d'emploi, à tel point, qu'à lui

---

<sup>42</sup> XVI. NIELSEN K., « Preconditions and Challenges of 'Flexicurity'. Economic and Institutional Aspects of the Danish Labour Market Model », programme de recherche DARES *L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes*, IPEEC, 2008 [V. Volume II, XVI] ; V. aussi BREDGAARD T., LARSEN F., P.K. MADSEN, *The flexible Danish labour market, a review*, CARMA, Aalborg University, April 2005 ; XVIII. KESTING S., NIELSEN K., « Varieties of Capitalism. Theoretical critique and empirical observations » (with S. Kesting), in W. Elsner and H. Hanappi (eds.): *Varieties of Capitalism and New Institutional Deals*, Cheltenham, Edward Elgar (forthcoming 2008).

seul et indépendamment des mesures adoptées en faveur de l'emploi, ce regain de la demande aurait permis une résorption significative du chômage.

En second lieu, le modèle danois a des racines historiques anciennes : il s'est édifié originellement à la suite des grandes grèves de 1899. Le compromis politique et institutionnel a évolué avec le temps, mais ses traits saillants ont été renforcés par les réformes entreprises dans les années 1990. Communément désigné sous le vocable du « triangle d'or », il se caractérise ainsi par :

- un marché du travail flexible, avec des flux importants d'entrées et de sorties et une forte alternance pour les individus de périodes d'activité et de chômage ;
- une sécurité sociale, comprise comme un système généreux de revenus de remplacement octroyés aux chômeurs ;
- des programmes d'activation (formations continues et amélioration des compétences des personnes qui ne sont pas en mesure de retrouver rapidement un emploi, formation tout au long de la vie active pour toutes les personnes en âge de travailler).

Au cours de la dernière décennie, des efforts considérables ont porté sur la formation tout au long de la vie. Les syndicats ont fait de cette question leur fer de lance dans toutes les négociations avec les organisations patronales, afin de garantir l'accès des salariés à ces formations et de pérenniser les ressources financières nécessaires. La « réforme qualitative » du service public a inclus les fonctionnaires et salariés du secteur public dans ce type de formations, substantiellement financées par des fonds publics. Le modèle social danois comporte donc désormais un quatrième pilier.

La composante relative à la flexibilité est celle qui a le plus retenu l'attention à l'étranger. Encore faut-il en affiner la compréhension. La flexibilité en termes de changement d'employeur est très élevée au regard de toutes les comparaisons internationales : plus d'un quart de la population active danoise change d'employeur chaque année ; l'ancienneté moyenne des salariés est basse ; selon un indice composite de la mobilité de la population active utilisé par Eurostat, le Danemark a la plus forte mobilité des salariés en Europe. La flexibilité des fonctions est assez forte. La flexibilité concernant la durée du temps de travail est modérée ; des changements récents l'ont accentuée, permettant aux salariés de travailler plus ou moins que la durée légale du temps de travail qui est fixée à 37 heures par semaines ; mais les règles relatives à la durée du temps de travail restent assez rigides. Quant aux salaires, la flexibilité, en ce qu'elle correspond à l'élasticité de leur niveau par rapport à la demande, est très faible.

La mobilité des salariés s'explique en partie par la faculté accordée aux employeurs de licencier facilement les salariés, en partie par l'importance des programmes de formation continue. La forte mobilité des salariés est souvent décrite comme un avantage incontesté d'une économie. Cependant ce n'est pas forcément le cas, au moins trois effets négatifs potentiels peuvent en résulter. D'une part, cette mobilité réduit la motivation de l'employeur à investir spontanément dans la formation de ses salariés ; c'est incontestablement le cas du Danemark, où les employeurs danois investissent surtout dans la formation parce qu'ils y sont contraints par la loi et par les conventions collectives ; en outre, une augmentation du financement public consacré à la formation continue est nécessaire pour pallier l'absence de volontarisme des employeurs. D'autre part, la mobilité a tendance à démotiver le salarié vis-à-vis de la survie à long terme de l'entreprise pour laquelle il travaille ; ce point n'a pour l'instant pas fait l'objet de suffisantes vérifications empiriques, mais le problème est régulièrement évoqué. Enfin, le taux élevé de mobilité paraît

s'accompagner d'une fréquence élevée des recours contentieux contre les licenciements ; là encore, les données empiriques manquent pour l'instant, surtout pour donner matière à des comparaisons internationales. Mais ce point a suscité l'intérêt des chercheurs du programme engagés dans les comparaisons internationales en matière de contentieux, cf. *infra*, chapitre VI.

\*\*\*

## IV. ÉVALUATION ET PLURALISME DU DROIT DU TRAVAIL

---

Le schématisation du traitement du droit du travail par l'analyse économique a été mis en évidence en étudiant plusieurs aspects des modélisations sur lesquelles elle s'appuie.

La réduction à laquelle procède toute évaluation ne peut faire l'impasse :

- ni sur l'élucidation des objectifs de la règle à évaluer, au regard desquels seront appréciés ses résultats,
- ni sur les voies par lesquelles une règle trouve le chemin de sa réalisation, faute de quoi les préconisations issues de l'évaluation risquent de n'avoir aucune pertinence.

Il en résulte que la réflexion doit s'attacher à déployer la complexité de l'objet pour élargir le champ auquel devrait s'appliquer une opération d'évaluation du droit du travail.

### IV.1. PLURALISME DES VISEES DU DROIT DU TRAVAIL

La clarification des buts d'une règle ne va pas de soi. Un examen attentif du droit du travail requiert de distinguer différents aspects de finalités et de fonctions, invitant à la prudence quand il sera question de mettre des effets en relation avec des objectifs.

#### IV.1.1. Pluralisme des finalités

Le résultat d'une action peut se situer à plus ou moins grande distance de la règle ou du dispositif normatif considéré : il peut s'agir de l'avènement de pratiques ou situations vertueuses, ou de l'éradication de pratiques ou situations réprouvées ou inopportunes, ou bien d'un certain état de choses sur le plan économique, social, politique, etc. (développement de la productivité, de la richesse, de la compétitivité des entreprises, recul du chômage, plus grande justice dans la répartition des richesses, plus grande égalité entre les sexes, etc.). Ce résultat est tantôt assigné par « l'auteur » de l'acte posant une règle ou créant un dispositif (cas de nombreuses innovations juridiques réalisées en exécution de projets de réforme de tel ou tel domaine de la vie sociale ou au titre des politiques publiques, telle la politique de l'emploi), tantôt désigné (*ex post*) par l'observateur ou quiconque entreprend de porter un jugement sur cette règle ou ce dispositif.

Les catégories de l'analyse économique doivent être soumises à l'épreuve de l'objet particulier – très spécifique – auquel elles sont appliquées. Cette spécificité peut être illustrée par l'extrême difficulté à assigner un objectif ou un but simple à telle ou telle règle ou institution, à condition de surcroît qu'il soit possible d'isoler une règle ou une institution et de ne pas tenir compte de ses liens d'interdépendance avec d'autres règles ou institutions.

• Rares sont les hypothèses d'énonciation, par la loi elle-même, de ses objectifs <sup>1</sup>. L'interprétation historique, reconstituant les intentions originelles du législateur, est pour le moins artificielle et réductrice du complexe des raisons qui motivent l'adoption ou encore altèrent le processus de rédaction d'un texte. Le pluralisme de visées (normatives) incorporé dans les institutions du droit du travail ne se donne pas nécessairement à voir même si, de temps à autre, il se déploie dans des litiges ou des conflits qui obligent les protagonistes, et donc le juge, à prendre parti sur la ou les raisons d'être de telle ou telle institution <sup>2</sup>.

Par exemple, la règle en vertu de laquelle le Comité d'entreprise doit être informé et consulté sur la marche économique de l'entreprise, règle assortie de sanctions pénales en cas de non-respect, comporte de multiples finalités : transfert d'informations entre salariés et employeurs (dans les deux sens), la sensibilisation des salariés au langage et aux exigences de la gestion, mobilisation des salariés autour des objectifs de l'entreprise, amélioration de la prise des décisions par une exigence d'explicitation rationnelle, amélioration des relations sociales.

Selon les cas, les évaluations privilégient l'une ou l'autre de ces finalités. Ainsi pour évaluer le respect de l'obligation d'organiser des élections pour le Comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins 50 salariés, il sera possible de considérer la tenue des élections, l'existence des CE (qui dépend aussi de la présentation, ou non, de candidats), la consultation des CE et le transfert d'informations, le climat social, le bien-être au travail, etc.

• Le juriste dogmaticien est plutôt enclin à laisser de côté les jugements de valeur pour s'en tenir à l'application de la norme de droit positif. Il est néanmoins des lieux du droit, tel celui du contrôle de constitutionnalité, où la légitimité de la norme est clairement mise en question au nom de biens, valeurs ou principes qui obligent à un examen de niveau supérieur à celui de la légalité <sup>3</sup>. Le droit est alors un dispositif évalué à l'aune d'une telle axiologie, comme en témoigne notamment le recours aux droits fondamentaux <sup>4</sup>. Le contrôle de constitutionnalité est alors l'occasion pour le juge constitutionnel de vérifier si la loi est un moyen adapté à la fin qu'elle vise.

Le jugement doit composer avec la pluralité présente dans l'ordre des fins et des justifications <sup>5</sup>. Dans l'analyse économique classique, le statut fondamental accordé à la coordination marchande interdit de rendre compte de cette confrontation, de ses conséquences critiques et des équilibres ou compositions entre ordres divers de justification à réaliser dans le jugement.

Procédé régulièrement utilisé de mise en balance de justifications, le contrôle de proportionnalité est trop souvent réduit à rapporter des moyens à des fins <sup>6</sup>. Étendu à la règle, ce modèle de rationalité instrumentale apparaît comme une version pauvre de la mise en balance d'une pluralité de justifications.

---

<sup>1</sup> Ce développement s'appuie sur une communication d'Emmanuel DOCKÈS dans le cadre du séminaire.

<sup>2</sup> DAHAN, C., « La recherche du but d'une mesure par le juge » [V. Volume II, I].

<sup>3</sup> GUAMÁN HERNÁNDEZ A., « Les limites apportées par l'employeur aux droits fondamentaux des salariés. Étude du principe de proportionnalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle espagnole » [V. Volume II, X].

<sup>4</sup> THEVENOT L., « Les sciences économiques et sociales et le droit : quels bien reconnus pour quelles évaluations ? » [V. Volume II, XXV].

<sup>5</sup> LEADER, S., « Deux façons d'ajuster les droits en conflit en droit du travail », in LYON-CAEN A., LOKIEC P. *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, pp.219-228, 2004.

<sup>6</sup> PERULLI A., « Efficacia e diritto del lavoro » [V. Volume II, XIX).

- La réduction des finalités du droit du travail à certains objectifs, tel celui de protection de l'emploi, ne rend pas la démarche évaluative plus aisée et transparente, bien au contraire. Sollicitée par exemple pour l'évaluation de dispositifs touchant aux motifs de rupture du contrat de travail <sup>7</sup>, la seule référence à l'objectif d'emploi, débarrassé de toute spécification, semble renvoyer à une acception quantitative de l'emploi. L'idée pour le moins paradoxale selon laquelle faciliter la rupture encourage l'embauche, et donc l'emploi, reste fortement contestable <sup>8</sup>. Elle révèle les conditions et limites d'un usage programmatique du droit.
- Dans l'ambition de dégager un objectif et d'apprécier des résultats par rapport à cet objectif, une autre difficulté apparaît très vite. Elle tient à l'étroite interdépendance entre règles, dispositifs et institutions insusceptibles d'être isolés dans une démarche d'évaluation (cf. *infra*, § IV.2). Il faut le détour par une analyse des institutions comme compromis consolidés entre divers principes de justice – appelés encore biens communs <sup>9</sup> –, pour déployer dans leur évaluation le pluralisme des visées qu'elles incorporent.

#### IV.1.2. Pluralisme des fonctions

Le plus souvent, le juriste délaissera l'ordre des finalités au profit de l'étude des « fonctions » du droit, de ce à quoi il sert <sup>10</sup>. Un bref rappel permet de saisir l'importance et la complexité de ces fonctions.

Le droit du travail institue et organise le marché du travail, à savoir les lieux et les canaux de rencontre des employeurs et des salariés. Il met en place les agents, limite la liberté contractuelle, fixe les conditions d'embauche, impose des procédures prometteuses de coûts futurs.

Le droit du travail organise également l'entreprise. Il agence et gouverne les relations, il fournit (sans les imposer) des ressources ou des références pour la fonction de coordination de l'entreprise. Ce corps de règles assure également une fonction concurrentielle, en permettant une certaine égalité des charges des employeurs. Il impose des coûts (minima de rémunération, exigences d'égalité de rémunération). Il limite la durée d'usage de la main d'œuvre. De plus, il légitime autant qu'il encadre les pouvoirs de l'employeur. Il limite la faculté de licencier et de modifier les conditions de travail et d'emploi. Il impose des justifications substantielles et des procédures à la prise de certaines décisions. Il incite à la constitution de relations professionnelles, qui entraîneront des coûts, des délais, des rigidités ; mais ses règles participent aussi de l'acceptabilité des décisions.

Par ailleurs, le droit du travail contribue à la condition et au statut social des individus (stabilisation des revenus, sécurité sociale, etc.).

La prise en compte des fonctions d'une règle enrichit la démarche évaluative. Tout d'abord, elle permet d'affiner l'analyse comparative. A cet égard, la construction des indi-

---

<sup>7</sup> À propos du Contrat nouvelles embauches, v. le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches », *J.O.* n°179, du 3 août 2005 p. 12688.

<sup>8</sup> DOCKES E., « Le juge et les politiques de l'emploi, Libres propos », *Droit social*, p. 911-916, sept-oct. 2007 [V. Volume II, V] ; GAUDU F., « Le plan d'urgence pour l'emploi ou les 35 heures de la Droite », *Droit social*, p. 1097-1102, 2005 [V. Volume II, VII].

<sup>9</sup> BOLTANSKI L., THÉVENOT L., De la justification. Les économies de la grandeur, Gallimard, 1991.

<sup>10</sup> V. par exemple BOY L., GUILLAUMOND R., JEAMMAUD A., JEANTIN M., PAGES J. et PIROVANO A., *Droit des faillites et restructuration du capital*, PUG, coll. Critique du droit n°7, 1982.

cateurs de comparaison des législations protectrices de l'emploi implique le repérage préalable d'« équivalents fonctionnels »<sup>11</sup>. Ensuite, l'analyse fonctionnelle invite à envisager la manière dont les acteurs convoquent la règle, orientent leurs comportements d'après celle-ci. Elle invite aussi à s'attacher, plus largement qu'aux visées, à l'impact des règles qui excède les situations, les opérations et les actions qui ont pu être visées, et peut s'étendre jusqu'aux effets pervers des règles<sup>12</sup>.

Il est aujourd'hui bien connu que l'instauration par la loi, avec une puissante incitation à négocier, d'une durée normale hebdomadaire de travail de 35 heures s'est accompagnée de profondes réorganisations des modes de production. Les fonctions d'une règle de durée normale sont donc diverses. Il ne faut pas non plus oublier ce qu'a entraîné le mécanisme d'autorisation administrative des licenciements pour motif économique qui a été appliqué de 1975 à 1986 : ce mécanisme a assuré l'immunité des décisions de réorganisation, insusceptibles d'être contestées, et donc un usage très vigoureux de cette voie de licenciement ; ces effets étaient inattendus et, à leur manière, pervers. De la même manière, l'étude du contentieux du CNE met en lumière une fonction souvent ignorée du droit du licenciement : donner un cadre aux prétentions des salariés<sup>13</sup>.

## **IV.2. PLURALITE DES OUTILS DU DROIT DU TRAVAIL**

Toute démarche d'évaluation de règles juridiques est justiciable d'une analyse des manières par lesquelles celles-ci gouvernent les actions. De grandes précautions doivent être prises si l'on entend éviter que l'analyse économique ne conduise, sans qu'on n'y prenne garde, à effacer l'épaisseur, autrement dit le niveau même, des institutions. La recherche s'est donc attachée à analyser l'articulation des différents outils par lesquels est effectué le droit du travail. Ce n'est qu'à cette condition qu'il est possible d'en évaluer les effets sans se livrer à des simplifications abusives.

### **IV.2.1. Les règles du droit du travail comme cadre pour l'action**

Le système de droit positif ne saurait être réduit à un ensemble de prescriptions ou interdictions d'adopter une certaine conduite, qualifiant les actions humaines selon le mode binaire du licite et de l'illicite. Il importe, en effet, de se déprendre de cette représentation « déontique et impérativiste » du droit, dominante dans la pensée juridique<sup>14</sup>. Les règles du droit du travail ne se réduisent pas à un ensemble de règles juridiques qui prescrivent, interdisent ou autorisent des conduites. Elles n'ont pas toutes un comportement, une action de l'employeur pour objet mais, par exemple, la validité d'un acte juridique, l'organisation de l'entreprise, le sort du contrat de travail, etc.

Cette démarche paraît d'autant plus nécessaire que les analyses économiques du droit du travail opposent volontiers le procédé de l'obligation imposée par la norme étatique et celui de l'incitation, le droit étant parfois réduit au premier, tandis que le second est perçu comme alternatif à la « régulation juridique ». Notons d'ailleurs que ceci n'a aucun sens

---

<sup>11</sup> Voir *infra*, § VI.1.1.,

<sup>12</sup> HIRSCHMAN A., Deux siècles de rhétorique réactionnaire, Paris, Fayard, 1991.

<sup>13</sup> Voir *infra*, § VI. 2.1.

<sup>14</sup> Les développements présentés ici s'appuient sur deux communications faites par A. JEAMMAUD dans le cadre du séminaire. V. aussi JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron. p. 199.

puisque le dispositif incitatif est nécessairement agencé par des règles légales, réglementaires ou conventionnelles.

L'expression phénoménale du droit, en particulier la formulation des énoncés législatifs dans le Code du travail, invite à se défaire d'une logique déontique. Dès lors ne peut être supposé un rapport de causalité directe entre la règle et le comportement de l'acteur. L'énonciation d'une règle valide n'est pas suffisante pour produire, de manière mécanique, des comportements conformes à l'énoncé. Pourtant, ce postulat est au cœur de l'évaluation économique : le comportement des agents est supposé parfaitement conforme à l'énoncé de la règle, ou régi par un calcul strictement optimisateur face à la règle<sup>15</sup>.

Ainsi la complexité et le coût des procédures de licenciement sont-ils supposés mécaniquement dissuader les employeurs de licencier, et donc de recruter puisqu'ils anticipent le coût du licenciement. Le saut est ainsi vite fait entre ce raisonnement micro-économique et la corrélation entre indicateurs de rigueur associés aux règles de protection de l'emploi et taux d'emploi. Ce raisonnement ne requiert pas de s'intéresser aux effets proprement dits de la règle. Dans cette optique, nul besoin de s'appesantir sur les rapports entre un instrument juridique et le choix que font les acteurs de s'en saisir dans telle ou telle situation.

Un raisonnement identique est à l'œuvre dans l'hypothèse dite de substitution des motifs de licenciement. L'observation simultanée d'un reflux des licenciements pour motif économique et d'un accroissement des licenciements pour motif personnel est interprétée comme résultant d'une substitution entre les motifs de licenciement économique et personnel, qui s'expliquerait par le caractère instable et contraignant du régime du licenciement économique. L'étude empirique permet d'infirmer cette hypothèse de substitution<sup>16</sup>.

La pertinence de ces modèles demeure sujette à critique, dès lors que ne sont pas posées les conditions dans lesquelles les règles juridiques produisent des effets dans l'ordre social. En essayant de systématiser les contraintes que le droit du travail exerce sur l'action de l'employeur, mais aussi les ressources qu'elles lui offrent, on pourra distinguer :

- des dispositions imposant directement certaines actions ou opérations à tout employeur de salarié(s) (en matière de rémunération, d'hygiène et sécurité, par exemple) ;
- des dispositions qui lui imposent de subir certaines charges et « regard d'autrui », pour autant que des salariés ou organisations de salariés choisissent d'exercer des droits que leur reconnaît la loi (en matière de droit syndical, de représentation du personnel dans l'entreprise ou de négociation collective) ;
- des dispositions prétendant imposer à l'employeur d'autres opérations s'il entend prendre une certaine mesure à l'égard de salariés (par exemple modifier leurs conditions de travail ou d'emploi, les licencier... ) ;
- des dispositions qui lui offrent la faculté, en respectant ou satisfaisant à certaines conditions, d'échapper au droit commun de l'emploi (par exemple d'embaucher à durée déterminée, de recourir au travail temporaire) ou d'obtenir une certaine flexibilité dans l'organisation du temps de travail ;

---

<sup>15</sup> Comme il a été montré *supra* par O. Favereau, § III.3.

<sup>16</sup> Voir *infra*, § VI.2.2.

- des dispositions qui lui offrent, pour certaines embauches, certains avantages ou allègent les charges qui découleraient du droit social commun (dispositifs typiquement incitatifs, en particulier instaurés au titre des politiques de l'emploi).

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. Les voies par lesquelles adviennent ces actions ne se réduisent pas, loin de là, à la prescription, à la prohibition ou à la permission de conduites. De ce cadre procède une contrainte polymorphe, moins brutale et immédiate que ne le laisse croire la représentation courante, ne serait-ce que parce que les règles de droit ne « font » rien si elles ne sont pas mobilisées, mises en œuvre par des acteurs. Elles doivent s'accommoder d'une part d'ineffectivité parfois protégée, et même d'arrangements que certaines dispositions tendent à favoriser.

#### IV.2.2. Variété des sources

L'objet de l'évaluation ne saurait se limiter aux énoncés législatifs inclus dans le Code du travail.

Il est presque incongru de dénier au droit du travail une dimension constitutionnelle, que l'on considère par exemple ses dispositions relatives au régime du licenciement, au régime de la rémunération, ou encore à l'implication des travailleurs et de leurs représentants.

Il existe des éléments du système de droit, tels que les principes généraux du droit, qui ne font l'objet d'aucun énoncé, mais dont la positivité est certaine. Il n'est, pas exemple, nulle part énoncé que le contrat de travail fait naître un rapport de subordination juridique.

Une évaluation serait également lacunaire si elle omettait de prendre en compte les règles juridiques qui ne relèvent pas du droit du travail, mais étendent leurs effets sur le champ de ce droit<sup>17</sup>. Ainsi, dans leur analyse de la sous-traitance dans l'industrie, N. Thévenot et J. Valentin<sup>18</sup> montrent que les mesures qui organisent les relations de sous-traitance ont des effets considérables dans des domaines relevant à l'évidence du droit du travail (tels que les droits à la représentation collective, en permettant de jouer sur les effets de seuil). Elles montrent même que la mise en œuvre de la sous-traitance contribue à affaiblir l'*efficacité* du droit du travail (par exemple en incluant une part croissante des travailleurs dans des zones de moindre protection en termes de conditions de travail).

On ne saurait omettre non plus d'inclure les décisions de justice dans l'évaluation. Cette attention doit prendre une double forme.

- Les sources jurisprudentielles, dans un pays de droit civil, ont pour fonction de produire une interprétation du droit aussi uniforme que possible, en fournissant aux juridictions inférieures et aux intéressés un raisonnement juridique stabilisé. Elles pren-

<sup>17</sup> VERNAC S., « Emploi et contrôle des décisions de gestion en droit des sociétés » [V. Volume II, XXVII].

<sup>18</sup> V. par exemple, THEVENOT N., VALENTIN J., « La sous-traitance comme alternative au contrat de travail : une évaluation empirique pour la France 1984-2000 », *Economie Appliquée*, tome LVIII n°3, pp.51-79, 2005.

nent la forme d'énoncés généraux qui ont vocation à connaître une application au-delà du cas d'espèce.

- L'approche contentieuse vise à mettre en évidence des régularités. L'analyse, en traitant un grand nombre de décisions dont il s'est assuré la représentativité, produit des connaissances sur l'intensité, les caractéristiques et les régularités des actions intentées devant les juridictions compétentes en matière de litiges du travail. Cette approche a été abondamment développée dans le présent programme, cf. *infra*, chapitre VI.

À un niveau infra législatif, l'évaluation doit aussi inclure les ensembles de règles réputés « volontaires » parce que trouvant leur source dans une convention ou un accord collectif, voire un engagement unilatéral de l'employeur. Depuis un quart de siècle sont vantés les mérites du « droit négocié » comparé au « droit imposé » (le droit étatique, légiféré *lato sensu*) : avantage d'une meilleure adaptation à la réalité, à la diversité des relations du travail, avantage de l'assentiment des sujets aux règles auxquelles ils se soumettent (plus grande légitimité des normes et obligations qu'elles imposent), plus grande aptitude au changement au gré de l'expérience et des besoins des acteurs. En termes de « contraintes engendrées », ces normes volontaires se situeraient à mi-chemin entre « règles imposées » (que seraient, en principe, toutes les règles du droit étatique) et règles non contraignantes.

Ces dernières, elles non plus, ne doivent pas rester extérieures au champ de l'évaluation. Les codes de conduites et manuels de bonnes pratiques, qui n'ont pas de valeur contraignante et ne peuvent être invoqués devant les tribunaux jusqu'à ce qu'un jour un juge accepte de les opposer à leurs auteurs, concourent de plus en plus à la réalisation du droit<sup>19</sup>. Leur intégration dans la démarche d'évaluation sera illustrée dans le cas des règles anti-discriminatoires, cf. *infra*, § V.4.2.

### IV.2.3. Pertinence de l'évaluation des dispositifs

Aucune règle, enfin, ne saurait être évaluée isolément. L'évaluation implique un travail de reconstruction de la manière dont les règles s'agencent entre elles pour constituer un système, certes plus ou moins cohérent, mais dont la logique ne peut être saisie que par leur mise en relation. Comment par exemple évaluer les règles sur le licenciement économique sans porter un regard sur les règles de prise en charge des chômeurs, ou encore sur les dispositifs de formation ?

En portant attention aux dispositifs d'agencement des règles, plus ou moins articulées dans des institutions, l'évaluation intègre nécessairement la pluralité des justifications et des formes de coordination qui s'y composent. Elle doit en particulier être plus attentive qu'elle ne l'aurait été en s'attachant au seul énoncé d'une règle, à l'*interprétation* qui peut être donnée des visées ou des fonctions d'un ensemble de règles consolidées dans un dispositif.

La saisie du niveau intermédiaire des dispositifs peut ainsi jouer le rôle de garde-fou face au risque toujours menaçant d'occultation de l'opération de jugement qui s'opère face à l'énoncé d'une norme. Cette exigence est particulièrement impérieuse quand l'évaluation prend la forme de comparaisons internationales. On verra plus loin comment la construc-

---

<sup>19</sup> THEVENOT L., « Les sciences économiques et sociales et le droit : quels bien reconnus pour quelles évaluations ? » [V. Volume II, XXV].

tion des objets évalués (par exemple les schémas procéduraux) comme l'élaboration des outils de mesure (les indicateurs) soulèvent d'épineux problèmes d'interprétation<sup>20</sup>. Réduire la variété de procédures ou d'institutions sous la forme d'indicateurs soulève d'épineux problèmes d'interprétation qui sont développés *infra*, cf. § VI.

### IV.3. PLURALISME DES VOIES DE REALISATION DU DROIT

L'évaluation du droit en action n'est pas seulement rendue complexe par la prise en compte d'une pluralité de visées ou d'instruments. Elle doit aussi prendre en considération les conditions de la réalisation de la norme dans des situations particulières, et le façonnage des êtres qui y sont engagés. L'analyse économique fait une impasse complète sur cette mise en forme, et le droit lui-même la présuppose souvent comme naturelle.

**Laurent THEVENOT** a rédigé une contribution originale dans le cadre du programme, qui vise à rendre compte de l'ensemble des pluralismes auxquels est confronté le droit en action<sup>21</sup>. Le cadre conceptuel qu'il propose englobe les pluralismes précédemment déployés quant aux visées et aux instruments du droit, mais s'étend aussi en dehors des enceintes judiciaires, en s'attachant à des modalités normatives qui prolongent le droit jusqu'à l'ordinaire des activités du travail<sup>22</sup>.

La façon dont il y a lieu d'analyser le prolongement du droit mérite réflexion, non pas selon la classique opposition disciplinaire entre sociologues et juristes, à l'aune de la différence entre les notions d'application et de mise en œuvre. Il ne s'agit pas non plus de s'interroger sur les conditions d'accès au droit ni même sur la mobilisation du droit comme ressource par les acteurs. Il s'agit plutôt de rechercher ce qui, dans le prolongement du droit, est requis pour son déploiement et ce qui est attendu, de la part des êtres humains, de transformation, de disposition des choses et des personnes pour que la perspective normative portée par le droit déploie tous ses effets. Pour que le droit porte, il faut défendre l'idée qu'une telle extension est requise.

L'intégration de la problématique est réalisée à partir d'une réflexion systématique sur les opérations de *jugement*, tant dans les sciences sociales lorsqu'elles prennent en compte le droit, les règles ou les normes, que par le législateur qui assigne un but à une loi, par les juges qui disent le droit à l'occasion de litiges, ou par les acteurs lorsqu'ils se coordonnent dans différents registres d'action. La sociologie du jugement offre un cadre d'analyse de ce que sont les jugements, en mettant en lumière une diversité des régimes de réalisation des conceptions de ce qui est juste ou convenable (les « biens ») et l'importance des compétences des personnes dans leur proche environnement.

#### **Le droit dans les sciences sociales**

L. Thévenot propose de traiter de l'évaluation du droit en partant de l'analyse de la capacité des sciences sociales à traiter la question du jugement. Le préalable consiste donc à analyser comment ces sciences conçoivent le jugement évaluatif. Sont considérés le droit, les sciences économiques et la sociologie.

Deux raisons expliquent les impasses auxquelles conduisent classiquement l'économie et la sociologie lorsqu'on s'attache à comprendre comment y est conçu le jugement évaluatif.

---

<sup>20</sup> Voir *infra*, chapitre VI.

<sup>21</sup> THEVENOT L., « Les sciences économiques et sociales et le droit : quels bien reconnus pour quelles évaluations ? » [V. Volume II, XXV].

<sup>22</sup> La présentation qui en est faite ici bénéficie des discussions du texte de L. Thévenot par S. Montagne et A. Lyon-Caen.

D'une part, les deux disciplines mobilisent des formes d'évaluation enfouies dans la formulation même de leurs lois et les outillages utilisés. D'autre part, le droit est conçu dans l'extériorité de l'objet des sciences de la société : la sociologie des pratiques sociales isolant le formalisme du droit, la sociologie des intérêts ou la sociologie interactionniste, à l'instar de l'économiste néo-classique, conçoivent le droit comme une contrainte technique externe ou comme un instrument neutre à disposition des acteurs.

Il faut au contraire se demander quelle est la conception – le plus souvent implicite – de chacun des savoirs sur les jugements que les acteurs portent sur leur action. Ces jugements ou évaluations sont opérés en référence à des *biens* (toujours au sens de ce qui est juste ou convenable) qui diffèrent selon les capacités dont les sciences dotent les acteurs. Ainsi faut-il s'attacher à distinguer les modèles d'acteurs intégrés comme hypothèses dans les différentes approches des sciences sociales pour comprendre la diversité des rapports que ces sciences établissent avec le droit.

Dans l'économie néoclassique, les jugements des agents sont adossés sur le bien de la transaction marchande concurrentielle. Comme il a été vu ci-dessus en analysant les modèles microéconomiques, le rapport au droit n'y est pensé que comme comportement optimisateur d'un homo oeconomicus placé dans un univers de marchandises et services et s'adaptant à des modifications du système des prix.

### **Le pluralisme des régimes d'engagement**

L. Thévenot s'inscrit dans une perspective sociologique qui s'attache à différencier les différentes modalités de jugement des acteurs selon les types, ou *régimes*, d'action dans lesquels ils sont engagés. L'entrée par le jugement des acteurs fournit une clef pour traiter dans un même cadre conceptuel les visées plurielles du droit, la variété des dispositifs juridiques et leur saisie par les acteurs. Le cadre proposé par L. Thévenot distingue différents *régimes d'engagement* : l'engagement justifiable, l'engagement volontaire, l'engagement dans l'aise du familier. À ces régimes d'engagement correspondent des *formats d'évaluation*, plus ou moins propres à l'« extension en généralité »<sup>23</sup>.

Dans un premier niveau, les jugements les plus légitimes correspondent à la discussion la plus générale. Le second niveau correspond à l'action accomplie dans le format d'un *plan*. Le troisième niveau correspond au format le plus proche de la personne, de ses pratiques familières et de ses liens avec les autres. Apparaît ici une épineuse question, celle des *préparations* ou *apprêtements* nécessaires à l'exercice par la personne des droits qui lui ont été reconnus en toute généralité. En distinguant ces trois formats pour aller au plus intime, l'auteur invite à une réflexion sur les conditions de préparation de la personne susceptibles de lui garantir l'autonomie utile à l'exercice d'un droit pourtant général.

Le premier niveau d'engagement est celui de la plus grande extension en généralité, celui où le jugement s'exprime en public avec des exigences de justification légitime. Ce niveau est celui des grandeurs, ordres de justification et modes de coordination légitimes, dont chacun est orienté par un bien commun différent<sup>24</sup>. Le pluralisme des modes de coordination légitimes permet de rendre compte de la capacité du droit à ordonner, composer plusieurs ordres de justification légitimes. Ce pluralisme est adéquat au questionnement sur le pluralisme des visées déjà abordé, cf. *supra*, § IV.1. L. Thévenot envisage le recours à une règle d'articulation particulière, la règle de proportionnalité, qui permet la combinaison entre des formes de légitimité générales. Il en est ainsi des règlements de conflit de

---

<sup>23</sup> THEVENOT L., L'action au pluriel. Sociologie des régimes d'engagement, Paris, La Découverte, 2006.

<sup>24</sup> BOLTANSKI L., THÉVENOT L., De la justification. Les économies de la grandeur, Gallimard, 1991.

droits de valeur constitutionnelle, tels que, par exemple, la mise en balance du droit au travail et de la liberté d'entreprendre.

Cet aspect du pluralisme a été approfondi dans un dialogue avec **Sheldon LEADER**<sup>25</sup>, qui recherche dans la décision d'un juge la composition entre une pluralité de justifications. S. Leader élabore une typologie des modes de légitimation des décisions de l'entreprise (civique, consensuel, fonctionnel) qui recoupe les justifications légitimes de Boltanski-Thévenot. Le débat a surtout porté sur la justification fonctionnelle, et sur son référent qu'est l'entreprise. S'est aussi posée la question de savoir si la justification fonctionnelle est autonome, et si elle suppose un mode d'évaluation particulier.

La conceptualisation des compromis construits entre ordres de justifications et consolidés dans des dispositifs institutionnels permet de rendre compte de la pluralité des instruments de façon cohérente avec ce cadre.

Le second régime d'engagement correspond à l'action accomplie suivant un *plan* où l'acteur engage sa volonté, son libre choix. Il ouvre la voie à des formes de coordination entre les plans des acteurs sans appui sur des justifications légitimes. Le droit fait grand cas de l'accord de volonté ou du libre choix. De son côté, l'économie néoclassique rend compte de l'action comme un choix rationnel dans un espace limité de possibles. Il y a donc dans ce régime des passages aisés entre les deux disciplines, en raison d'affinités sur le modèle d'action qui s'y exerce<sup>26</sup>.

Cependant l'analyse de ce régime à un niveau *intermédiaire* entre celui de la justification générale (*supra*) et celui du familier (*infra*) permet de rompre avec une vision naturalisée de la rationalité. Réduire l'action à la décision libre d'un acteur plongé dans un univers de rationalité élude deux aspects essentiels : elle n'épuise pas les différentes modalités du jugement dans l'action ; elle néglige la préparation de la personne et de son environnement à l'action dans ce régime. Cette deuxième considération conduit à quitter la conception de l'acteur simplement doté d'une rationalité neutre ou technique, pour s'interroger sur les capacités de la personne à se comporter comme individu volontaire porteur d'un plan ou d'un projet, dans un rapport articulé avec un environnement mis en forme de façon appropriée.

Le troisième niveau, celui du *familier*, permet de saisir un niveau pratique en deçà du libre choix. Les sciences sociales sont diversement équipées pour en traiter : les sciences économiques sont inaptées à le saisir, tout comme la sociologie classique. Le droit le reconnaît dans la coutume, les bonnes pratiques, les standards. Les règles relatives à l'aménagement raisonnable du processus de travail traduisent bien la sensibilité du droit pour l'environnement familier de la personne, au besoin par une transformation de cet environnement afin que la personne puisse exercer son autonomie. L'exemple des règles anti-discriminatoires se prête bien à illustrer le traitement du droit dans ce régime, et les apprê-

---

<sup>25</sup> LEADER, S., « Deux façons d'ajuster les droits en conflit en droit du travail », in LYON-CAEN A., LOKIEC P. *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, pp.219-228, 2004 ; LEADER S., « Inflating Consent, Inflating Function, and Inserting Human Rights », in Dine J., Fagan A., (eds), *Capitalism and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, 2005 ; « Rationalité de l'entrepreneur et diversité des modes d'évaluation », in Affichard J., Lyon-Caen, A., (eds), *L'évaluation du droit du travail : La pluralité des cadres d'analyse*, Dalloz, à paraître.

<sup>26</sup> V. également PERULLI A., « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *Revue de droit du travail*, pp. 85-91, 2006 [V. Volume II, XVIII] ; « Efficacité et rationalité du droit du travail », *Compte-rendu du Groupe n°2* [V. Volume II, XXIX].

tements des personnes et des choses qui l'accompagnent ; l'analyse du jugement sur leur efficacité sera développée plus longuement *infra*, § V.4.2.

### **La réalisation du droit hors du droit**

Les discussions qui ont eu lieu dans le cadre des séminaires autour de cette analyse ont mis en lumière différentes questions.

La première est celle de l'articulation entre les différents régimes d'engagement. L'intérêt du cadre proposé est d'enrichir le « premier pluralisme » des justifications par un « second pluralisme » portant sur des biens de diverse généralité. Elle soulève donc la question de l'existence d'une hiérarchie entre les trois régimes. Quand on s'attache à la réalisation du droit, on peut se demander si le régime du familial n'est pas « colonisé » par le régime du plan, de niveau supérieur. En effet, le passage aux évaluations publiques oblige à des transformations vers des régimes de plus haut niveau. Cependant la réflexion sur le travail du droit oblige à penser les transformations au niveau du familial, vers cet en deçà du droit. Il en est ainsi par exemple, de la prise en compte de la *disability*, de la prise en charge des *capabilities*<sup>27</sup>, de l'appréciation des personnes. Le droit doit « descendre » en deçà de l'édiction des normes.

A été soulevée également la question de la mesure, ou de l'évaluation de la réalisation du droit dans les espaces familiaux, qui soulève de nombreux problèmes moraux et politiques lorsque doit être saisie la personne dans des catégorisations. Ainsi les opérations de mesure de la discrimination indirecte rencontrent-elles une vive opposition, malgré leur inscription désormais consacrée dans le droit européen<sup>28</sup>. À rebours d'une conception du droit comme un ensemble d'énoncés clôt sur lui-même, ou comme un ordre autosuffisant, A. Lyon-Caen a développé l'idée de « fuites » du droit : fuites vers un au-delà – en ce qu'il renvoie à d'autres systèmes – et des fuites vers un en deçà, en ce qu'il implique des actions positives locales, proches de la personne. L'évaluation offre une occasion d'ouverture du droit sur l'au-delà et l'en deçà.

Les opérations de transformation de l'environnement et des personnes sont des opérations visibles. Le droit s'équipe et fait usage d'équipements nouveaux, tels que les codes de bonnes pratiques. Pendant longtemps, les juristes ont conçu le droit de manière performative : il était supposé se réaliser par lui-même, par l'information des agents, nul n'étant censé ignorer la loi. Comment le droit se dote-t-il des moyens utiles à sa propre effectuation ? L'une des réponses consiste, pour le juriste, à utiliser non plus le langage des droits mais celui des objectifs (par exemple l'objectif de non discrimination indirecte). En revanche, l'idée se renforce aujourd'hui que la seule énonciation de droits fondamentaux est insuffisante et qu'il convient d'équiper l'environnement local<sup>29</sup>.

\*\*\*

---

<sup>27</sup> SEN A., *Commodities and Capabilities*, Deventer North-Holland, 1985.

<sup>28</sup> Voir *infra*, § V.4.3.

<sup>29</sup> On se reportera aussi au compte-rendu du groupe n°1 du séminaire consacré à l'efficacité du droit du travail [V. Volume II, XXVIII].

## V. LE JUGEMENT D'EFFICACITÉ APPLIQUÉ AU DROIT DU TRAVAIL

---

### V.1. EFFECTIVITE ET EFFICACITE DU DROIT DU TRAVAIL

#### V.1.1. Le jugement d'effectivité

L'attention portée à l'effectivité de la règle, c'est-à-dire au « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »<sup>1</sup>, rompt avec une tradition commune aux juristes, associée au positivisme dans sa version la plus diffusée. Cette pensée considère le droit comme un ensemble clos, distinct et distant des rapports sociaux. Le droit n'aurait pas vocation à évaluer par lui-même ses effets sur la société. Dans cette mesure, l'auto-évaluation juridique de l'application de la règle tend à se refermer sur son énoncé qui s'auto-réaliserait par l'acte de son invocation, éventuellement complété d'une inspection telle que l'a développée le droit du travail. Cette conception s'accorde avec une approche de l'« effectivité » du droit entendue comme conformation à la règle. Le droit n'a pas vocation à évaluer par lui-même ses effets. Pour mesurer ses conséquences sur la société, il faudrait recourir à des disciplines scientifiques extérieures au droit et disposant d'une expertise sur la société, qu'elles soient économiques ou sociales. Il s'ensuit un rapport simple de division du travail, la normativité étant placée du côté du droit et la factualité du côté des sciences. Telle est d'ailleurs la conception retenue par les théories économiques standards qui envisagent la législation protectrice de l'emploi comme une contrainte exogène, déformant les prix relatifs ou les incitations. La règle apparaît comme une contrainte placée dans le programme d'optimisation de l'agent, nécessairement respectée.

L'évaluation de l'effectivité consiste à apprécier l'aptitude d'une règle, ou mieux d'un dispositif, à obtenir des comportements conformes au modèle qu'elle ou il porte. L'exigence d'effectivité des règles est régulièrement affirmée par les hautes juridictions<sup>2</sup>. Néanmoins, le concept d'effectivité généralement retenu appauvrit la conception des règles et des pratiques que ces règles gouvernent ou orientent.

Tout d'abord, la contrainte exercée par la règle est difficile à évaluer, même si l'on retient une conception procédurale de la règle. Par exemple, seule une minorité de salariés saisit les tribunaux. Cette indétermination échappe à toute évaluation *ex ante*.

---

<sup>1</sup> LASCOUMES P., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993. V. également COMMAILLE J., « Effectivité », *Dictionnaire de culture juridique*, sous la dir. Alland D. et Rial S., PUF, Quadriga, 2003.

<sup>2</sup> V. par exemple, la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 (n° 2000-545 DC, point 36) sur le droit à un recours juridictionnel effectif ; l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 mars 2006 (Req n° 278999, *Onesto*) concernant l'effectivité du principe fondamental de la continuité du service public des transports collectifs dans l'agglomération parisienne ; V. également Cass. soc. 28 février 2006 (Bull., V, n° 87) selon lequel « L'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité ». V. Rapport de la Cour de cassation, Quatrième partie : jurisprudence de la Cour, Le droit du travail et de la sécurité sociale, 2006.

De plus, les règles ne se prêtent pas, toutes, loin s'en faut, à une même appréciation d'effectivité. Est-il, par exemple, concevable de parler d'effectivité d'une règle instituant ou reconnaissant une aire d'autonomie, une liberté ? Ou encore d'une règle de définition ?

Par ailleurs, l'effet de la règle ne doit pas être seulement envisagé en terme de conformité mais en tant que motif d'action. Par exemple, il est régulièrement affirmé que la teneur des règles du droit du licenciement dissuaderait les entreprises d'embaucher un salarié en contrat à durée indéterminée et serait un puissant ressort d'embauche en contrat à durée déterminée ou en contrat temporaire. Cela démontre bien la présence d'une conception de l'effectivité distincte de celle fondée sur la seule conformation d'un comportement à une règle.

Dès lors, le concept d'effectivité s'enrichirait de la prise en compte des raisons de l'action. Conçue comme une ressource pour l'action, la règle de droit (du travail) s'intègre alors à l'action. Par exemple, la réduction du temps de travail est l'occasion d'une renégociation sur le temps de travail et donc sur l'organisation de l'entreprise, les relations avec les organisations syndicales, etc. Dans cette logique, l'action ne se conçoit pas sans le jugement émis par celui qui agit. L'analyse remet en cause la conception de l'effectivité mesurée par la distance entre la règle et l'action.

Réduire l'accomplissement d'une règle à son application, à une opération mécanique de confrontation d'un modèle et d'une pratique, c'est s'exposer à toutes les déconvenues.

L'effectivité n'en montre pas moins une direction, celle, pourrait-on dire, de l'aval des règles, celle qui conduit à s'intéresser à la réalisation, à l'accomplissement du droit. La question de la réalisation du droit ne peut être intelligible que si l'on considère que la déclaration de droits ou l'adoption de lois n'entraîne pas automatiquement leur effectivité.

L'accomplissement demande le plus souvent toute une série de médiations mais aussi de dispositifs, ce que n'admet pas le cadre d'une théorie pour laquelle le droit ne s'actualiserait hors de son existence en l'état de textes de lois articulant des règles et des obligations, que dans et par la seule activité du juge. La réalisation suppose un aménagement, parfois même une transformation de pratiques ou rapports destinés à accueillir les règles. C'est cette nécessité qui justifie l'instauration de procédures propres à assurer cet aménagement des rapports <sup>3</sup>.

### **V.1.2. Le jugement d'efficacité**

Concept voisin mais distinct de celui d'effectivité, à peine plus simple que ce dernier, l'efficacité d'une règle de droit ou d'un dispositif constitué par des règles de droit s'entend de son aptitude à procurer le résultat extra-normatif et, en quelque sorte métajuridique, qu'elle ou il est censé viser. L'appréciation de l'efficacité doit donc être rapportée à ce résultat.

On a mis en évidence ci-dessus, dans un déploiement pluraliste des visées et des outils du droit, la difficulté, voire l'impossibilité d'identifier ce résultat de façon univoque.

Pour se livrer à une évaluation du droit du travail en termes stricts d'efficacité économique, il est nécessaire de dégager les objectifs ou les résultats proprement économiques du corpus juridique en cause. Il faut alors préciser au minimum :

---

<sup>3</sup> Sur la mise en œuvre du droit, cf. *supra* § IV.3.

- (i) de quelle nature est l'espace de calcul des conséquences imputées aux règles de droit,
- (ii) quelle est l'étendue, à la fois temporelle et spatiale, de mesure de ces conséquences.

### **A) L'efficacité marchande**

En premier lieu, l'efficacité comprend une dimension marchande bien connue. La règle s'apprécie au regard de l'optimisation des comportements économiques qu'elle permet chez les agents. Dans cette perspective, les règles du droit du travail introduisent des contraintes qui perturbent les comportements maximisateurs des agents.

L'efficacité marchande, privilégiée par le courant dominant en économie, suppose que l'économie est un ensemble de marchés, eux-mêmes conçus sur le modèle des marchés organisés, de type « bourse des valeurs ». Le marché du travail est le lieu où s'exerce la rencontre de l'offre et de la demande. La règle de droit intervient fondamentalement comme une contrainte, qui modifie les comportements des agents économiques. Cette modification va être jugée à la fois positivement (en interdisant la malhonnêteté) et négativement (comme frein à la concurrence). L'efficacité économique de la règle de droit s'évalue en faisant le bilan de ces deux effets, qui jouent en sens contraire.

La modélisation microéconomique du marché du travail de type Mortensen-Pissarides plus raffinée, qui fonde les rapports des économistes critiquant l'efficacité du droit du travail français, est de type « hall de gare », mais ceci ne modifie en rien la façon dont elle intègre la règle de droit<sup>4</sup>.

### **B) L'efficacité organisationnelle**

L'efficacité marchande ne constitue que l'une des dimensions du concept d'efficacité. Le courant institutionnaliste américain a montré, à travers l'étude des marchés internes du travail, que ce critère d'efficacité était inapproprié à l'évaluation des performances des collectifs de production : mieux valait un critère d'efficacité organisationnelle, où la protection de la concurrence assurée aux membres du collectif peut se justifier par l'implication de chacun dans un processus d'apprentissage organisationnel, générateur de gains de productivité. L'espace de calcul est ici interne à l'entreprise-type, au lieu de s'étendre au marché du travail, et l'axe de mesure est intertemporel au lieu d'être instantané.

Dans cette perspective, la règle de droit intervient comme un levier d'apprentissage collectif, destiné à entraîner l'ensemble des agents (constitué en entreprise) vers un résultat plus satisfaisant que celui qu'engendrerait une concurrence immédiate. C'est à l'aune de cette dynamique potentielle (et nullement automatique) que doit s'apprécier l'efficacité économique de la règle de droit.

Une conséquence de cette dynamique est l'impossibilité d'en rester à une conception de l'efficacité strictement économique. Comme le montre Doeringer<sup>5</sup>, l'implication de chacun mobilise un sentiment de confiance dans le partage futur des gains de productivité. Autrement dit, efficacité et équité sont ici interdépendantes et non antagoniques.

On peut trouver des illustrations récentes en observant la variété des modalités du passage aux 35 heures : certaines entreprises ont repensé leur organisation du travail, d'autres se

---

<sup>4</sup> Cf. *supra* § III.3.

<sup>5</sup> DOERINGER P.B., « Internal labor markets and noncompeting groups », *American economic review*, 76(2), may 1986, pp.48-52.

sont contentées de s'adapter minimalement à un nouveau seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

### **C) Une approche élargie de l'efficacité**

Il est donc nécessaire de reprendre la démarche de ces économistes et d'affronter la question de ses éventuels effets pervers. Il s'agit d'enrichir le critère d'efficacité organisationnelle par la prise en compte des conséquences dynamiques sur l'ensemble du système, en conservant l'interaction efficacité/équité qui différencie de l'efficacité marchande. Ceci revient à s'interroger sur ce que l'intégration de la notion d'apprentissage collectif, de ses mécanismes et ses conséquences, change dans la dynamique du système économique. C'est au sein du système ainsi conçu que doit être réexaminée la question de l'efficacité de tel ou tel ensemble de règles de droit.

La réponse n'est nullement présumée. Si elle ne rejoint pas les conclusions des économistes qui critiquent l'efficacité du droit du travail français, on pourra conclure qu'en dépouillant le droit du travail de sa fonction potentielle de guide d'apprentissage collectif pour les acteurs du marché du travail, on a biaisé le débat dans une direction qui découle directement des limites méthodologiques du calcul économique marchand.

### **D) Des usages du jugement d'efficacité**

Deux usages du jugement d'efficacité sont couramment à l'œuvre.

#### *L'effectivité, source d'inefficacité*

Le premier usage, le plus traditionnel, consiste à déplorer l'effectivité du droit du travail, au nom de l'impératif d'efficacité. L'effectivité de la règle serait la source de son inefficacité

Une évolution remarquable s'est produite récemment avec des travaux des économistes qui ont entrepris d'établir que l'objectif de protection des salariés (objectif non économique) n'était pas atteint par un droit du licenciement protecteur du salarié, alors qu'il le serait mieux par l'introduction d'une taxation des licenciements.

On entre ainsi dans une logique des « effets pervers ». On suit les effets dynamiques, directs et indirects, du droit du licenciement à travers l'ensemble du système économique, avant de faire retour sur l'objet initial (la situation du salarié licencié) et de conclure que le bilan est négatif pour la règle de droit, contrairement aux intentions supposées du législateur.

Le critère d'efficacité implicitement utilisé par les auteurs est composite. Il s'inscrit dans une logique marchande dans la mesure où il présuppose des agents économiques, salariés ou employeurs, dotés de la rationalité optimisatrice: simples machines à calculer, dédiées à l'optimisation de leurs choix. Mais il s'éloigne du critère marchand et se rapproche du critère organisationnel par la prise en compte des effets dynamiques.

Pourtant il n'est pas pour autant apte à intégrer le pluralisme des visées ni les interactions institutionnelles qui se combinent sur le marché du travail. La méthode économétrique ne permet pas de contrôler que la représentation globale du système soit appropriée, ni a fortiori qu'elle permette de déduire des conséquences valides en termes de recommandations.

#### *L'ineffectivité, source d'inefficacité*

Un nouvel usage du jugement d'efficacité se diffuse parallèlement. L'inefficacité du droit du travail aurait pour origine son ineffectivité. Il ressort de certains travaux que l'insécurité juridique trouverait sa source dans l'inadaptation du droit du travail : inadapté, il serait mal

appliqué. Mal appliqué, il déjouerait les prévisions des agents et, de ce fait, serait source d'insécurité juridique<sup>6</sup>. *A contrario*, une règle de droit adaptée est prévisible. En somme, l'impératif de sécurité juridique commande que la règle épouse la rationalité des acteurs, et plus précisément leurs anticipations.

## V.2. LES CRITERES D'EFFICACITE ECONOMIQUE DU DROIT DU TRAVAIL

Les réflexions précédentes ont été reprises et systématisées par **Olivier FAVEREAU** dans une contribution originale dans le cadre du programme<sup>7</sup>.

O. Favereau part d'un double constat<sup>8</sup>. D'une part, le droit se donne phénoménalement comme un ensemble de règles qui, dans un rapport avec l'empirie sociale, sont justiciables de jugements d'efficacité, d'efficience ou d'effectivité. D'autre part l'économie, comme discipline, s'intéresse principalement à l'efficience mais peu à l'efficacité ou à l'effectivité. En outre, la théorie économique ne dispose, dans son outillage, d'aucun concept de règle. O. Favereau procède en deux temps. Il élabore une conception économique de la règle de droit, avant de proposer différents jugements d'efficacité des règles du droit du licenciement.

### V.2.1. Elaboration d'une conception économique de la règle de droit

La conception de la règle de droit proposée par O. Favereau est celle que retiennent de nombreux juristes : la règle est définie comme une prescription de comportements à laquelle il est possible de se conformer, mais qui suppose un travail d'effectuation. Bien que la règle de droit ne soit pas une règle de conduite et que l'essence de la normativité puisse être trouvée ailleurs, les significations des propositions qui composent le discours législatif appellent des opérations spécifiques.

O. Favereau définit la règle de droit comme une « technologie de coordination plutôt que de production ». C'est la machinerie institutionnelle du modèle social. Elle ne produit pas de comportement par elle-même mais crée de nouveaux critères de jugement sur les comportements d'après leurs conséquences.

L'auteur envisage la coordination des actions comme un processus en quatre étapes :

- Une opération de régulation (R), où la règle est édictée,
- Une opération d'effectuation (E) qui assure l'effectivité de la règle, ou la transformation d'une entité linguistique en objets, faits et comportements observables,
- Une opération d'agrégation (A), où la règle supposée effective produit son efficacité, soit des effets prévus et/ou des conséquences inintentionnelles,
- Une opération de labellisation (L), qui fait porter appréciation normative sur les résultats globaux enregistrés à l'étape précédente.

---

<sup>6</sup> VIRVILLE (de) M., *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des affaires sociales du travail et de la solidarité, La Documentation française, 2004.

<sup>7</sup> FAVEREAU O., « Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée » [V. Volume II, VI] .

<sup>8</sup> La présentation qui en est faite ici bénéficie des discussions du texte de O. Favereau par A. Jeammaud.

Finalement, l'opérateur complexe (C) rassemble l'ensemble des opérations depuis l'édiction de la règle jusqu'à son résultat, et fournit un indicateur d'efficacité économique de la règle.

Dans cette formalisation, la règle de droit est une technologie de coordination.

## **V.2.2. Les conceptions de l'efficacité économique**

O. Favereau se propose d'appliquer l'analyse ainsi formalisée au jugement d'efficacité d'un segment particulier du droit du travail, le droit du licenciement.

Il existe autant de conceptions de l'agrégateur (A) que de modèles économiques de l'articulation micro/macroéconomique. (A1) désigne la vision standard de l'économie comme système de marchés interdépendants, (A2) correspond à une vision non standard mobilisant à la fois marchés et organisations. O. Favereau introduit, à l'intérieur de chacune de ces deux familles, des différenciations qui influencent le jugement opéré au regard de l'efficacité économique du droit du licenciement.

### **(A1) Jugements d'efficacité dans les théories standards**

Dans la conception standard (A11), celle d'une économie de marchés sans externalités ni comportements stratégiques, la législation de protection de l'emploi est une contrainte exogène affectant les prix et provoquant une perte d'efficacité du point de vue de l'optimum parétien. Toute réduction de cette législation produirait un gain d'efficacité du point de vue de l'optimum parétien. Dans ce cas, le critère d'efficacité économique met en évidence une perte de flexibilité du marché du travail résultat de l'édiction de règles de protection de l'emploi.

La variante (A12), théorie standard élargie, est celle de l'économie de marchés confrontée à des externalités. L'opérateur d'effectivité est ici non plus une contrainte sur les prix relatifs, mais une contrainte qui affecte les incitations. Le droit du licenciement est générateur de toute une série d'externalités négatives sur les décisions d'emploi, et provoque un défaut de coordination. Le critère d'efficacité économique met en évidence les externalités sur les décisions d'emploi. La réglementation (telle que la substitution de règles de taxation aux règles de contrôle des justifications du licenciement) peut avoir un impact positif si elle conduit à internaliser les externalités freinant l'emploi.

La variante (A13) cumule externalités et comportements stratégiques d'agents du fait d'asymétries d'information. Dans ce modèle, la législation protectrice de l'emploi autorise des comportements stratégiques qui favorisent les « insiders » au détriment des « outsiders ». À long terme, ces comportements se retournent contre les titulaires d'emplois stables en provoquant une augmentation du chômage. Le critère d'efficacité économique met ici en évidence l'effet stimulant de la réglementation sur les stratégies non coopératives. Pour contraindre les agents à se montrer coopératifs, il faut réformer la réglementation qui a conduit à cette situation.

### **(A2) Jugements d'efficacité dans les théories non standards**

Dans les modèles qui prennent en compte la coordination par des organisations à côté de la coordination par le marché, différentes modalités de l'apprentissage collectif conduisent à distinguer trois variantes.

Dans une première variante (A21), l'apprentissage collectif est le seul fait du management des entreprises. Celui-ci peut prendre appui sur une réglementation potentiellement capable

de perturber le fonctionnement de l'entreprise, pour mettre en place de nouvelles formules d'organisation, des investissements créant de l'innovation. Le critère d'efficacité économique met alors en lumière l'effet de levier d'apprentissage, pour le management, de la réglementation. Dans les situations où l'apprentissage ne se produit pas, la contrainte est révélatrice de l'impuissance de la direction de l'entreprise.

Les variantes (A22) et (A23) ont en commun de mettre en lumière un processus d'apprentissage collectif, qui est le fait conjoint du management et du personnel et qui s'apparente à une négociation. Les salariés dont l'emploi est protégé décident d'investir leur capacité d'apprentissage dans le processus productif, en faisant le pari d'un gain à long terme. Les règles de droit ne sont plus envisagées comme des contraintes, mais comme des ressources pour construire et qualifier les relations entre les acteurs.

Dans la variante (A22) l'entreprise est caractérisée par un « monde commun » existant. L'évolution du dispositif réglementaire relance la négociation (ou peut dans les cas défavorables la paralyser, menaçant ainsi l'existence même du monde commun). Le critère d'efficacité est la plus ou moins grande maintenance de l'apprentissage collectif commun du management et des salariés.

Enfin dans la dernière variante (A23), l'apprentissage collectif a pour enjeu la constitution d'un nouveau « monde commun » dans une exploration active du souhaitable et du possible. Le droit se fait technique d'exploration normative du monde. Le critère d'efficacité de la règle met en valeur sa capacité de signalisation d'un monde commun possible.

### **V.3. LE JUGEMENT D'EFFICACITE APPLIQUE AU REGIME DE L'EMPLOI**

#### **V.3.1. L'évaluation du droit du licenciement à l'épreuve de l'objectif d'emploi**

Dans le débat public, l'efficacité du droit du travail est communément évaluée au regard du taux de chômage, du moins du taux d'activité ou du taux d'emploi.

De nombreux rapports d'économistes suggèrent un lien de causalité entre la législation du travail et le niveau d'emploi : le droit du licenciement serait un des déterminants du taux de chômage. La lutte contre le chômage devient ainsi l'horizon d'évaluation du droit du travail. Preuve en est le vocabulaire des économistes, et notamment ceux de l'OCDE, qui désignent l'ensemble des règles sur le licenciement sous le vocable de « législation de protection de l'emploi ». Porté sur le régime du licenciement, le jugement d'efficacité conduit à un diagnostic commun : le droit du travail français est inefficace. Il ne protège pas efficacement l'emploi. Il est, de plus, économiquement inefficace parce que source de contraintes perturbant le fonctionnement du marché. Le remède proposé ne surprendra donc pas : un aménagement des règles de rupture du contrat de travail.

#### **L'incorporation de l'objectif d'emploi dans le droit du travail**

Cette indexation du régime de la rupture du contrat de travail sur l'objectif d'emploi se diffuse à l'intérieur même du droit du travail, ce qui n'est pas sans influencer ses règles. Citons deux exemples.

La jurisprudence de la Cour de cassation, relative au contrôle du motif économique de licenciement, ne semble pas indifférente à la rhétorique de la protection de l'emploi. Un licenciement économique a une cause réelle et sérieuse, notamment, si la réorganisation décidée par l'employeur est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. La Chambre sociale a considéré qu'une réorganisation était nécessaire à la sauvegarde de

la compétitivité de l'entreprise si la nouvelle organisation mise en place par l'employeur « procédait d'une gestion prévisionnelle des emplois destinée à prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi »<sup>9</sup>. Autrement dit, la protection de l'emploi entre dans l'espace des justifications d'une décision de licenciement<sup>10</sup>.

Par ailleurs, l'argumentaire de la protection de l'emploi comme obstacle pour l'accès au travail a été sollicité dans la mise en place du Contrat nouvelles embauches. L'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 avait pour finalité officielle, selon la loi d'habilitation du 26 juillet 2005, de « favoriser l'embauche », au prix d'une mise à l'écart de l'essentiel du régime de droit commun du licenciement et du contrôle du juge<sup>11</sup> pendant une période dite de consolidation.

### **Le paradoxe de la protection de l'emploi par la facilitation du licenciement**

Les propositions qui établissent une connexion entre protection de l'emploi et allègement des règles du licenciement ne laissent pas d'interroger.

En premier lieu, le diagnostic invoqué est fortement contestable, en ce qu'il repose sur des relations d'imputations non démontrées. Ces relations convoquent soit une représentation de la rationalité de l'employeur (le droit du licenciement décourage la décision d'embauche ou peut influencer la sauvegarde des emplois existants), soit des corrélations statistiques douteuses (entre un taux d'emploi et un niveau normatif de protection de l'emploi).

L'étude du contentieux du Contrat nouvelles embauches illustre la contingence d'une telle argumentation<sup>12</sup>. La Cour d'appel de Paris formule clairement ce paradoxe dans un arrêt du 6 juillet 2007, 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 et qu'il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements »<sup>13</sup>.

### **Quel « emploi » dans l'objectif d'emploi ?**

L'assimilation de l'objectif d'emploi à un objectif numérique, en terme de taux de chômage, taux d'activité ou taux d'emploi, est cohérente avec sa modélisation microéconométrique analysée plus haut<sup>14</sup> : l'emploi vacant et le chômeur sont des entités équivalentes, le niveau de chômage est un stock résultant du temps qu'il faut aux chômeurs pour trouver un emploi, et aux firmes pour pourvoir un emploi vacant. L'emploi se trouve ici réduit à un volume, une quantité.

---

<sup>9</sup> Cass. soc. 11 janvier 2006, Bull. civ. V, n° 10 p. 7 ; Semaine Sociale Lamy, n° 1245, obs. G. COUTURIER ; RJS 2006, p. 187 obs. J.-Y. FROUIN ; D. 2006, Juris. p. 1013, note J. PELISSIER. Sur le communiqué de la Cour de cassation relatif aux arrêts « Pages jaunes » du 11 janvier 2006, V. Dr. ouvrier 2006, p. 384.

<sup>10</sup> V. également un arrêt de la Cour d'appel de Dijon, *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1244, pp. 10-11 qui estime que la « réorganisation qui a été décidée à un moment opportun, s'est révélée bénéfique pour l'emploi ». V. SACHS T., « L'emploi à la croisée des discours juridique et économique » [V. Volume II, XX].

<sup>11</sup> GAUDU F., « Le plan d'urgence pour l'emploi ou les 35 heures de la Droite », *Droit social*, p. 1098, 2005, [V. Volume II, VII] ; v. aussi PASQUIER T., « Le Contrat 'Nouvelles Embauches' ou l'ambition illusoire d'un droit du licenciement sans intervention judiciaire » [V. Volume II, XVII].

<sup>12</sup> Voir *infra*, § VI.2.1.

<sup>13</sup> CA Paris, 6 juillet 2007, n°06/04806, *Liaisons sociales, Bref social*, n°14915, 17 juillet 2007, p. 3-4.

<sup>14</sup> Cf. *supra*, § III.3.

Or l'histoire du droit du travail fait apparaître une conception toute autre de l'emploi. Détachée du travail, la définition de l'emploi est associée à l'idée de statut. Une liaison a été ainsi établie entre la subordination et la protection du travailleur mis à l'écart des règles du marché.

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 place non négligeable à des formes particulières d'emploi (contrat à durée déterminée, contrat de travail temporaire, groupement d'employeurs, contrat de travail à temps partagé). Il accueille plus largement d'autres formes de mise au travail concurrentes (le stage ou l'apprentissage par exemple).

Mais les propositions actuelles de réforme du droit du travail s'attaquent au contrat de travail de droit commun. Chemin faisant, c'est une interrogation sur le statut, le contenu ou la « qualité » de l'emploi que soulèvent les programmes d'évaluation du droit du licenciement. La qualité de l'emploi est un paramètre d'évaluation du droit du travail qui ne saurait être négligé<sup>15</sup>, notamment lors de l'appréciation des termes de l'échange promis à se réaliser. Rappelons que le modèle de flexicurité (flexibilité de l'emploi contre sécurisation du parcours professionnel) inclut la réduction de la segmentation des emplois<sup>16</sup>.

### **V.3.2. Le paramétrage de l'évaluation du régime de l'emploi**

#### **Quelles règles soumises à l'évaluation ?**

Si l'on suit le raisonnement ci-dessus, la question de l'évaluation du dispositif du licenciement doit être reformulée. L'évaluation commande la mise à plat des fonctions des règles qui ont trait aux conditions de cessation des rapports d'emploi.

Le droit du licenciement incite les employeurs à trouver des alternatives aux licenciements<sup>17</sup>. Plus fondamentalement, le droit du licenciement offre un cadre procédural de débat, de combinaison ou d'énonciation des justifications de l'action ou de la décision (entretien préalable, consultation des représentants du personnel, lettre de licenciement, etc.).

L'évaluation devrait également s'étendre à d'autres règles susceptibles d'influencer la décision d'embauche de l'employeur, telles que les règles fixant un seuil, c'est-à-dire un nombre minimal ou maximal de salariés au-delà ou en deçà duquel la règle impose une obligation, telle que la mise en place de représentants du personnel à partir d'un certain seuil d'effectifs.

#### **L'outillage évaluatif : quels indicateurs pour l'évaluation du régime de l'emploi ?**

Dans les comparaisons internationales, l'efficacité du droit du travail, et plus particulièrement de la protection de l'emploi, est évaluée de façon synthétique au moyen d'indicateurs par pays. Un examen critique des classements internationaux – notamment ceux figurant

---

<sup>15</sup> « Le droit de l'emploi en quête de mesure », compte-rendu du groupe n°3 du séminaire consacré à l'efficacité du droit du travail [V. Volume II, XXX] ; V. aussi Centre d'études de l'emploi, *La qualité de l'emploi*, Repères, La Découverte, 2006.

<sup>16</sup> Cf. *supra*, § III.5. V. aussi DOCKES E., « Perte du sens et effritement du droit du travail », *Projet 302*, pp. 21-28, 2008.

<sup>17</sup> V. DOCKES E., « Le juge et les politiques de l'emploi », *Droit social*, n°9/10, 2007, spéc. p. 915 [V. Volume II, V].

dans les rapports de l'OCDE et de la Banque mondiale – met en cause la pertinence de la mesure et de ses usages<sup>18</sup>.

Il est notable, *a contrario*, que les indicateurs définis par la Commission européenne pour piloter la Stratégie européenne de l'emploi ne comportent pas d'indicateur relatif à la réglementation. Ce choix s'inscrit clairement dans le cadre de la Méthode ouverte de coordination, qui vise les politiques, et non l'harmonisation des dispositifs juridiques et institutionnels<sup>19</sup>.

#### **V.4. LE JUGEMENT D'EFFICACITE APPLIQUE AUX POLITIQUES ANTI-DISCRIMINATOIRES**

L'un des terrains retenus comme point d'application des recherches est la lutte contre les discriminations. Deux contributions originales ont été réalisées, l'une dans une perspective économique, l'autre dans une perspective sociologique, et une discussion a été ouverte sur les effets des normes européennes antidiscriminatoires.

##### **V.4.1. La discrimination dans les modèles microéconomiques**

**Ariane GHIRARDELLO** a présenté une analyse de la façon dont les modèles microéconomiques rendent compte des phénomènes de discrimination. L'analyse économique peine à comprendre la discrimination ainsi que le rôle du droit et des politiques publiques de lutte contre les discriminations. Économiquement, est définie comme discrimination une différence de traitement par rapport à la productivité considérée comme donnée.

Dans le modèle standard, différentes analyses ont été développées pour expliquer la discrimination.

La première analyse est celle du « goût » pour la discrimination, euphémisme désignant le comportement raciste. Cette conception est née aux États-Unis en 1956 sous la plume de Becker. Le « goût » pour la discrimination se traduit par le fait qu'une personne ne souhaite pas être en contact avec certaines catégories de personnes. Par conséquent, un employeur qui a un goût pour la discrimination va essayer d'attirer des travailleurs blancs. Pour ce faire, il est prêt à leur verser un supplément de salaire, au-delà de leur productivité. Dans ce cas les travailleurs noirs ne sont pas discriminés, mais les travailleurs blancs sont favorisés. À l'inverse, si un employeur n'a pas de préférence pour la discrimination, il ne va embaucher que des travailleurs noirs qu'il pourra rémunérer à leur productivité : cet employeur va donc faire un profit supérieur. En laissant agir le marché, les entreprises qui ont une préférence pour la discrimination vont disparaître.

Dans ce modèle, toute règle ou politique anti-discrimination vient perturber la concurrence et se trouve en fait responsable de la discrimination qui aurait disparu d'elle-même si on avait laissé jouer le marché.

---

<sup>18</sup> Cf. *infra*, § VI.1.1 ; 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 ?*, *Economie et institutions*, n°9, pp. 85-127, 2007 [V. Volume II, XIV].

<sup>19</sup> V. Volume II, XXXI. V. aussi AFFICHARD J., LYON-CAEN A., « From legal norms to statistical norms: employment policies put to the test of coordination », in *Social Rights and Market Forces: Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*, De Schutter O. & Deakin S., eds, 11/10/2005, Bruylant, 2005.

Cette première théorie a évolué dans les années 1970 sous l'influence des écrits de Phelps et Arrow. Dans ces analyses nouvelles prenant en compte une économie avec information imparfaite, une nouvelle hypothèse émerge : celle de la croyance discriminatoire. Les employeurs, ne pouvant parfaitement évaluer la productivité de leurs salariés, croient que les travailleurs noirs sont moins productifs.

Une alternative s'ouvre alors. Soit la croyance est fondée : les travailleurs noirs ont réellement une productivité inférieure ; dans ce cas, il n'y a pas de discrimination au sens économique. Soit la croyance est fautive ; dans cette hypothèse, les croyances vont peu à peu se modifier et la discrimination disparaître. Si toutefois la discrimination ne disparaît pas, c'est que les employeurs ont un goût pour la discrimination. Dès lors, c'est la théorie du goût pour la discrimination qui prend le relais : la discrimination pratiquée va entraîner la perte des entreprises qui ont un goût discriminatoire.

Les analyses fondées sur la croyance discriminatoire se déploient dans une autre direction : celle de l'hypothèse d'auto-discrimination. Du fait des croyances, les travailleurs noirs ne se présentent pas à certains types d'emploi, notamment aux emplois de haut niveau. Les employeurs ne révisent donc pas leurs croyances. Dans ce cadre, le maintien des pratiques discriminatoires repose sur le comportement des personnes discriminées elles-mêmes.

De cette hypothèse d'auto-discrimination, il faut rapprocher celle fondée sur les prophéties autoréalisatrices. Les croyances concernant les travailleurs noirs, fausses au départ, vont devenir vraies. En effet ces travailleurs, se sachant discriminés, estiment moins rentable d'investir dans le diplôme. Sous-investissant dans leur capital humain, ils accèdent peu à peu les croyances qui deviennent progressivement vraies. Il importe de noter que dans ces dernières théories, il n'y a pas de discrimination au sens économique : il n'y a pas d'écart de traitement par rapport à la productivité, mais un phénomène de pré-discrimination, avant l'entrée sur le marché du travail.

Quel que soit le modèle – goût ou croyance discriminatoires – aucune place n'est reconnue au droit. Soit il est inutile : le marché règlera de toute manière les discriminations. Soit il est néfaste : les règles anti-discrimination obligeant les employeurs à embaucher des travailleurs noirs vont conduire à un équilibre sous-optimal et renforcer ainsi les croyances.

Reste qu'aucune de ces théories ne parvient à expliquer la persistance du phénomène de discrimination. Aussi plus récemment, d'autres voies ont-elles été explorées qui s'inspirent de la théorie des jeux et en particulier de la théorie des jeux évolutionnistes se fondant sur l'hypothèse de rationalité limitée, voire minimale.

Young modélise des automates cellulaires. Le cas de figure est le suivant : dans une salle, des croix et des ronds cohabitent. Chacun de ces atomes a une préférence pour la mixité, mais à la condition de ne pas être soi-même minoritaire. La répartition, aléatoire au départ, des croix et des ronds va peu à peu se modifier. Les croix et les ronds vont changer de place pour se trouver à côté d'un de leurs semblables. À la fin du processus, des poches de ségrégation se sont créées. On pourrait imaginer une répartition en alternance qui serait une forme d'équilibre. Mais à l'arrivée d'un nouvel individu, l'équilibre est rompu. Au moindre choc, l'équilibre en alternance est mis en péril. En fait, cette théorie tente d'expliquer davantage la ségrégation que la discrimination. Pour Young, la ségrégation est donc la meilleure solution possible. Le changement ne pourra venir que d'un choc : l'apparition de mutants.

Pour Schelling, cette situation est sous-optimale au sens de Pareto, et il est possible de parvenir à une solution qui convient mieux aux individus. Certes il existe des ségrégations

acceptables (entre fumeurs et non-fumeurs par exemple), mais il en est d'autres qui sont inacceptables. Plus généralement, pour Schelling, s'il peut être économiquement rationnel de discriminer dans le cadre de la rationalité limitée, il n'en demeure pas moins qu'une évaluation morale demeure indispensable.

Deux positions opposées ont été soutenues. Pour Arrow, les outils standards et le cadre du marché ne permettent de comprendre la persistance du phénomène discriminatoire ; il faut changer de méthode. Pour Heckman au contraire, la persistance du phénomène n'est pas avérée ; on n'observe d'ailleurs que très peu de condamnations par les tribunaux pour des faits de discrimination raciale. Cette thèse renvoie nécessairement à la notion de discrimination indirecte et à la question de la mesure statistique de la discrimination, qui sera traitée *infra*, § V.4.2.

Dans cette perspective, la probabilité d'être au chômage peut être statistiquement corrélée avec des variables telles que le pays de naissance, la nationalité des parents, la langue maternelle, la pratique religieuse, etc. Mais la discrimination au sens économique, différence de traitement face à la productivité, n'est pas nécessairement prouvée. Il faut réintroduire la mesure de la productivité, notamment en prenant en compte le niveau de diplôme, l'expérience etc., puis mesurer la part qui revient à la discrimination. Or, plus on augmente le nombre de variables prises en compte, plus la part de différence de traitement imputable à une discrimination baisse.

#### **V.4.2. Discrimination indirecte, action positive : les enjeux du droit européen**

**Olivier de Schutter** a présenté son travail sur les trois modèles d'égalité de traitement, mettant ainsi en lumière les orientations actuelles du droit européen antidiscriminatoire et les défis qui l'attendent<sup>20</sup>.

Le premier modèle d'égalité prend la forme classique de la prohibition des discriminations. Les deux autres appliquent le principe de l'égalité de traitement en abordant la question sous l'angle de la discrimination indirecte. Dans le deuxième modèle, la prohibition des discriminations s'étend à l'impact discriminatoire des mesures. Dans le troisième, la recherche d'une égale répartition des groupes sociaux débouche sur l'action positive. Les règles européennes antidiscriminatoires relèvent du premier modèle, mais le droit communautaire autorise les Etats membres à adopter le second. Certains obstacles subsistent pour l'adoption du troisième.

##### **La discrimination indirecte**

La notion de discrimination indirecte est issue de la jurisprudence de la Cour de justice, qui a affiné le régime de l'égalité de traitement entre hommes et femmes depuis le début des années 1980. Selon la Cour de justice, il y a discrimination indirecte lorsqu'une mesure a un impact disproportionné qui, s'il se vérifie statistiquement, doit être justifié par l'auteur de cette mesure.

Les directives communautaires qui ont progressivement été adoptées dans ce sens ont repris la définition de discrimination indirecte, sans imposer nécessairement qu'un outillage statistique fournisse la preuve de l'effet discriminatoire. C'est le cas notamment des direc-

---

<sup>20</sup> DE SCHUTTER O., « Three Models of Equality and European Anti-discrimination Law », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol.57, n°1, pp.1-56, 2006.

tives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail <sup>21</sup>. Selon ces textes, une discrimination indirecte est caractérisée lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutres sont susceptibles d'entraîner un « désavantage particulier » pour des personnes d'une religion, de convictions, d'un handicap, d'un âge, d'une orientation sexuelle, d'une race ou d'une origine ethnique devant être protégés, à moins que cette mesure ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

### **Les enjeux pour l'entreprise**

Il est intéressant d'analyser l'interdiction des discriminations comme un filtrage des justifications admissibles de l'employeur. Celui-ci doit justifier les données qu'il doit et peut recueillir sur les candidats. L'interdiction de discriminer implique une obligation de justification qui écarte comme illégitimes certaines justifications. Apparaît ainsi une différence entre la justification recevable dans le dialogue ordinaire et celle recevable devant le juge.

Quelles sont les justifications légitimes d'un employeur lorsqu'il sera convié à justifier une mesure, d'apparence neutre, non suspecte, mais produisant des effets discriminatoires ? La jurisprudence a évolué sur ce point. Jusqu'au milieu des années 90, les justifications économiques étaient acceptées. L'intérêt de l'entreprise à maintenir sa compétitivité était le critère exclusif. Aujourd'hui, la responsabilité sociale de l'employeur commence à être invoquée, le seul intérêt économique de l'entreprise n'est plus une justification suffisante. Néanmoins, le rôle social de l'entreprise reste à définir. Peut-on concevoir une obligation sociale d'intégrer certains groupes défavorisés de population ?

La définition des critères pour un poste de travail suscite aussi des questionnements. Dans une compréhension classique du droit de la discrimination, la demande de travail de l'employeur est définie (la tâche, l'environnement de travail) préalablement au recrutement. La sélection consiste à vérifier qu'une offre correspond à une demande. En pratique, il y a souvent plusieurs travailleurs compétents correspondant au poste. Dès lors, comment permettre une sélection reposant sur d'autres critères ? Les critères de discrimination positive pourraient ici prospérer.

On peut avancer davantage en remettant en cause le schéma de recrutement classique, et en envisageant une approche négociée du poste de travail. La piste de l'aménagement du contexte de l'emploi peut être explorée. Par exemple, l'article 5 de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 prévoit une obligation de fournir un « aménagement raisonnable pour les personnes handicapées ». L'« adaptabilité mutuelle » suppose d'adapter la demande de travail à l'offre. Cette exception pourrait être érigée en règle, en exigeant de l'entreprise qu'elle se donne la souplesse nécessaire à l'embauche de personnes exclues du marché du travail. L'entreprise devrait pouvoir démontrer qu'elle n'est pas en mesure de leur fournir un emploi sans mettre en cause sa viabilité. Le droit antidiscriminatoire pourrait ainsi s'orienter dans le sens d'une plus grande individualisation de la demande de travail, adaptée à l'offre.

Cette orientation implique de reconsidérer le droit au respect de la vie privée du travailleur. Habituellement conçu comme le droit de refuser à l'employeur l'accès aux informations

---

<sup>21</sup> Directive 2000/43/CE du Conseil du 20 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, Journal officiel CE n° L180 du 19.7.2000 ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Journal officiel CE n° L 303 du 12/12/2000.

considérées comme non pertinentes, ce droit peut aussi être envisagé comme le droit de réclamer des aménagements de la fonction à pourvoir (par exemple au profit de personnes handicapées). Il suppose de rendre plus transparents les besoins spécifiques des candidats.

À ce sujet, le rapprochement a été fait avec la question des évaluations dans les recrutements travaillée par F. Eymard-Duvernay<sup>22</sup>. Elle met en lumière l'importance des dispositifs intermédiaires, telle une association ayant mis en place toute une série d'aménagements de l'évaluation qui modifient le jugement de l'employeur. Ce type de dispositif intermédiaire introduit des discontinuités, des interactions qui ouvrent le jugement.

#### V.4.3. La réalisation du droit antidiscriminatoire

L'étude du droit antidiscriminatoire offre une illustration particulièrement intéressante de la problématique de réalisation du droit proposée par L. Thévenot<sup>23</sup>, tout particulièrement en ce qui concerne la question des *préparations* ou *apprêtements* nécessaires à l'exercice par la personne des droits qui lui ont été reconnus en toute généralité. Cette problématique prolonge directement celle ouverte par O. de Schutter<sup>24</sup> au sujet des aménagements des postes de travail qui pourraient être requis pour mettre en œuvre le droit antidiscriminatoire, ou sur les caractéristiques des personnes qui devraient être objectivées pour que les critères techniques de recrutement évoluent vers une individualisation.

Il ne s'agit donc pas ici de s'interroger sur les conditions d'accès au droit, ni même sur la mobilisation du droit comme ressource par les acteurs. Il s'agit plutôt de rechercher ce qui est, dans le prolongement du droit, requis pour son déploiement, et ce qui est attendu de transformation, de disposition des choses et des personnes pour que la perspective normative portée par le droit déploie tous ses effets<sup>25</sup>.

**Joan STAVO-DEBAUGE**, partant d'une étude comparée avec la situation en Grande-Bretagne, met en lumière ce qui manque en France pour donner effet au droit antidiscriminatoire et accompagner sa réalisation<sup>26</sup>.

On a déjà vu que la jurisprudence de la Cour européenne sur la discrimination indirecte avait trouvé ses premiers appuis dans la reconnaissance de la preuve statistique.

La portée du droit antidiscriminatoire étendu à la discrimination indirecte est suspendue à l'usage de la **statistique** qui devient nécessaire à sa mise en œuvre. La statistique ne vise pas ici l'évaluation de l'efficacité du droit ; elle ne vise pas non plus à « mesurer » une discrimination, ce qui supposerait que les éléments du tort soient déjà disponibles à la mesure : elle est engagée pour établir une inégalité de traitement qui sera ensuite appréciée par le juge appelé à statuer sur l'existence ou non d'une discrimination indirecte. Pour disposer du fait statistiquement établi d'une inégalité de traitement, permettant de porter la plainte de discrimination jusqu'au procès, il est nécessaire d'apprêter le monde et les sujets

---

<sup>22</sup> Il en sera rendu compte dans l'article « L'évaluation de l'équité des recrutements », dans le volume collectif à paraître *L'évaluation du droit du travail. Pluralité des cadres d'analyse*.

<sup>23</sup> Cf. *supra* § IV.3.

<sup>24</sup> Cf. *supra*, § V.4.2.

<sup>25</sup> V. aussi JOLY L., SWEENEY M., « La lutte contre les discriminations : un champ de renouvellement de la réflexion du droit sur sa propre réalisation » [V. Volume II, XII].

<sup>26</sup> STAVO-DEBAUGE J., « 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 » [V. Volume II, XXIV].

des normes juridiques aux exigences du droit en instituant des catégories, des instruments de mesure, etc.

Les **autorités indépendantes** comme la DRC (« Disability Rights Commission ») ou la CRE (« Commission for Racial Equality ») jouent un rôle essentiel dans ce travail. Elles participent à l'accroissement de la pluralité des outils du droit et sont au cœur de la réalisation des droits. Elles ont pour objet de faciliter cette mise en œuvre du droit prenant appui sur la statistique. Elles promeuvent et facilitent l'appel au droit, notamment en mettant à la disposition des agents des dispositifs, tels le « monitoring ethnique », qui permettent la constitution des faits pertinents qui seront donnés à juger à l'autorité juridictionnelle. L'appui sur ces dispositifs permet des « montées » des griefs jusqu'à la sphère judiciaire, ainsi que des « descentes » des exigences du droit jusqu'aux lieux mêmes de l'action (entreprises, institutions), de telle sorte que les personnes soient capables de réviser et de moduler leur conduite en conséquence. Elles traitent alors le droit comme un « modèle pour l'action », au sens donné par A. Jeammaud à cette formule <sup>27</sup>.

Pour certains juristes, les ressources dont disposent les autorités indépendantes ne sont pas du droit, mais relèvent de la « soft law », constituée d'équipements, de procédures, d'objets, tels que des **codes de pratiques**. Ainsi la CRE a-t-elle non seulement contribué à développer l'outillage statistique et à le diffuser, elle a aussi animé le droit en lui donnant corps dans des codes de pratiques juridiquement contraignants. Ces différents équipements, qui prennent leur source dans le droit, participent de l'« apprêtement » de l'environnement et des sujets des normes juridiques et permettent afin que le droit puisse être appelé et prenne effet.

Cet exemple met bien en lumière le fait qu'il ne s'agit pas simplement de « mise en œuvre » du droit, mais de « réalisation ». Les intermédiaires du droit que sont les autorités indépendantes mettent en place des procédures d'autoévaluation de sa réalisation.

Deux exemples sont plus particulièrement approfondis : le handicap et la discrimination ethnique.

### **Le handicap**

L'expression anglo-saxonne de « disabilities », difficilement traduisible en français, désigne une moindre habileté capacitaire (le terme français de handicap repose sur une philosophie différente). Dans l'approche des disabilities, la lutte contre les discriminations s'effectue par la recherche d'accommodements, d'aménagements raisonnables de l'environnement réglementaire et matériel. Le jugement sur le caractère discriminatoire de l'environnement a été très vite rapporté par les juges à l'égalité d'accès par tous. La lutte contre les discriminations consiste à faire en sorte que les environnements soient accessibles aux personnes qui sont « moins capables ». La discrimination est alors imputée à un défaut d'objets dont la conception est aveugle aux différences capacitaires. Pour y remédier, la réalisation du droit anti-discriminatoire donne lieu à des réaménagements des choses afin qu'elles soient également praticables par les personnes affectées d'une « disability » ; par exemple, le sol doit être et apparaître rugueux afin de donner confiance aux personnes ayant des problèmes de motricité qui craignent d'y glisser. Un design spécifique voit le jour, dénommé « inclusive design », de nouveaux environnements se présentent comme des réalisations du droit anti-discriminatoire.

---

<sup>27</sup> JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron. p. 199.

Cet aménagement des équipements se différencie de celui qui est commandé par les normes édictées en matière d'hygiène et de sécurité, car la règle ne prescrit pas la forme que doit prendre un équipement technique : elle spécifie une interdiction (pas de discrimination à l'encontre des personnes handicapées), à partir de laquelle s'ouvrent des apprentissages collectifs.

### **La discrimination raciale et ethnique**

Le travail de « monitoring ethnique » de la force de travail est nécessaire pour le droit : il permet de préparer l'environnement à ses exigences et dote les personnes de capacités réflexives compatibles avec le raisonnement du juge. La réalisation du droit suppose ici des « investissements de forme »<sup>28</sup> inédits pour que les personnes se prêtent à une saisie catégorielle, se décrivent dans les termes du droit anti-discriminatoire, disent ce qu'elles sont en empruntant son lexique.

Cependant l'acceptabilité de ces catégories et leur prise en charge par la statistique publique font toujours problème en France : les chercheurs du programme ne sont pas restés à l'écart du débat autour de la légitimité et de la légalité des statistiques ethnico-raciales, qui a atteint en 2007 l'arène parlementaire et même le Conseil constitutionnel.

Une différence entre discrimination raciale et discrimination ethnique peut être suggérée. La première est une différence entre les personnes sur la base d'un trait dont on dit moralement et éthiquement qu'il n'a pas de pertinence et qu'il n'est pas consistant pour nourrir un jugement bien formé sur les personnes, malgré sa phénoménalité. Dans ce cas, la statistique peut servir à établir les torts dont sont victimes des personnes parce qu'elles sont identifiées par des tiers à partir de ces traits « raciaux ». Au contraire, le groupe ethnique vise quelque chose qui a une consistance réclamant d'être reconnue, notamment au regard de l'approche sociologique ou anthropologique (le groupe ethnique est un groupe de personnes ayant des pratiques, des coutumes communes et qui se reconnaissent comme obligés par cette appartenance). La statistique est alors l'instrument d'une reconnaissance d'identités publiques appelées à être mesurées.

La lutte contre la discrimination indirecte institue une exigence de réflexivité constante. En ce sens, le monitoring ethnique traduit avant tout une telle obligation imposée à l'entreprise. Le droit devrait ainsi veiller à instituer des équipements permettant de nourrir une constante réflexivité des sujets des normes juridiques à l'égard des droits. Ceci n'entre-t-il pas en tension avec le fait qu'une des fonctions du droit est la stabilisation des attentes ?

\*\*\*

---

<sup>28</sup> THÉVENOT L., « Les investissements de forme », *Cahiers du centre d'études de l'emploi*, n°29, *Conventions économiques*, Paris, PUF, 1986.

# VI. L'ÉVALUATION DU DROIT DU TRAVAIL À LA LUMIÈRE DE SON CONTENTIEUX : COMPARAISON DES DROITS ET DES PROCEDURES, MESURE DES ACTIONS <sup>1</sup>

---

## INTRODUCTION : LE CONTENTIEUX EN DROIT DU TRAVAIL COMME OBJET DE RECHERCHE

La mise en place d'un axe de recherche centré sur le contentieux du travail, associant économistes et juristes<sup>2</sup>, au sein d'un programme dédié à l'évaluation du droit du travail, est le produit d'une convergence de facteurs. L'idée de cet axe est venue d'un constat : la place occupée par la référence au procès dans les discours réformateurs du droit du travail. Elle a profité d'un contexte : une étude réalisée par l'un d'entre nous sur les litiges du travail<sup>3</sup>. Elle a été soutenue par une volonté : construire un cadre théorique commun aux juristes et aux économistes pour développer des recherches empiriques sur le contentieux du travail. Il en est résulté le projet d'évaluer le droit du travail à partir de sa dimension contentieuse, en associant deux démarches : une approche comparative des droits et des procédures, une mesure empirique des actions.

### 1. Le constat : le procès au cœur de l'évaluation du droit du travail

La référence au procès est omniprésente dans la littérature relative aux relations de travail, qu'elle soit savante (rapports d'experts de toutes disciplines, littérature économique), politique (exposés des motifs des textes réformateurs, débats parlementaires...), ou d'information (presse spécialisée ou générale). Le procès y fait figure d'accusé, par son caractère supposé excessif, jugement qui s'exprime sous les formulations les plus diverses : « explosion contentieuse »<sup>4</sup>, « intervention grandissante des tribunaux »<sup>5</sup>, « montée

---

<sup>1</sup> Chapitre rédigé par Evelyne Serverin, IRERP, Paris X-Nanterre, Julie Valentin, CES-Matisse, Paris I, Thierry Kirat, IRISES, Dauphine, Damien Sauze, LEG, Université de Bourgogne, Raphaël Dalmasso, IRERP, Paris X-Nanterre, avec la contribution de Frédéric Guiomard, IRERP, Paris X-Nanterre.

<sup>2</sup> Les responsables de projet sont Evelyne Serverin, chercheur au CNRS, juriste (IRERP, Paris X-Nanterre), Julie Valentin, maître de conférences, économiste (CES-MATISSE, Paris I), Thierry Kirat, chercheur au CNRS, économiste (IRISES, Dauphine). Se sont joints à l'équipe deux jeunes docteurs Damien Sauze, économiste, maître de conférences à l'Université de Bourgogne, Raphaël Dalmasso, juriste, maître de conférences à l'Université de Nancy II. Frédéric Guiomard, maître de conférences à Paris X, IRERP, qui a réalisé avec Evelyne Serverin l'exploitation du contentieux CNE, a été associé à la réflexion d'ensemble. Nous sommes reconnaissants à Anissa Allouache (IRERP, Paris X Nanterre) et Nadine Thévenot (CES-MATISSE, Paris I) d'avoir accompagné le travail dont il est rendu compte ici, qui tire le plus grand profit de leurs observations.

<sup>3</sup> Munoz Perez, B., Serverin, E., (2005), *Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993-2004*, Ministère de la justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Cellule étude et recherches, La Documentation française, tableau 1. Le rapport est téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000297/index.shtml>.

<sup>4</sup> Guy Naulin, *Prévention et résolution des conflits du travail*, Conseil économique et social, Paris, 1998.

<sup>5</sup> Michel Camdessus, *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La Documentation française, Paris, 2004, p. 98.

inexorable du contentieux »<sup>6</sup>, « multiplication des recours juridiques »<sup>7</sup>, « phénomène de judiciarisation »<sup>8</sup>. Plus prudentes sur le diagnostic, les dernières expressions de cette condamnation prennent une forme programmatique : il est question de « recherche des solutions négociées (...), qui doit se concrétiser dans des dispositifs conçus pour minimiser les sources de contentieux »<sup>9</sup>, et de « recours fréquent au juge, qu'il importe de faire diminuer par le développement des ruptures négociées »<sup>10</sup>. Certes, la dénonciation de l'explosion contentieuse, ou de son niveau insupportable, n'est pas réservée à la justice du travail, et se retrouve dans les propos réformateurs concernant l'appareil de justice en général, en France<sup>11</sup> comme aux Etats-Unis<sup>12</sup> et en Europe<sup>13</sup>. La différence entre les discours réside dans la désignation du problème à résoudre : l'augmentation alléguée des litiges civils est vue comme un problème pour *l'institution judiciaire*, qui doit être réglé par des réformes de procédure et d'organisation des tribunaux, tandis que les procès du travail sont vus comme un *risque* pour *l'employeur*, et introduisent à *des propositions de réforme du droit du travail, et plus précisément du droit du licenciement*<sup>14</sup>.

Comment passe-t-on d'un problème de *justice*, à une question de *droit du travail* ? La clé du raisonnement n'est pas à rechercher dans les défaillances des tribunaux du travail, mais dans le modèle économique du marché du travail qui le sous-tend. Dans ce modèle, la législation protectrice constituerait un *frein à des licenciements* économiquement justifiés, en raison du risque judiciaire qu'elle ferait courir aux employeurs. Elle serait également source de *freins à l'embauche* à l'égard des entreprises qui auraient besoin de recruter, en raison de leur crainte de ne pouvoir licencier. Cette double menace judiciaire serait la

---

<sup>6</sup> Michel de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janvier 2004, p.18.

<sup>7</sup> Pierre Cahuc et Francis 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, 2 décembre 2004, p. 154.

<sup>8</sup> Conseil d'orientation pour l'emploi, Rapport d'étape sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels, mars 2007, p. 99.

<sup>9</sup> Accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, article 12.

<sup>10</sup> *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, sous la présidence de Jacques Attali, La documentation française, janvier 2008, p.110 et 123.

<sup>11</sup> Sur le discours de la crise de la justice civile qui a appuyé les différents rapports de réforme sur la justice au cours des années 1990, v. Serverin E. « De la statistique judiciaire civile et de ses usages », *Revue internationale de droit économique*, 1999, 2, p.282-294.

<sup>12</sup> Pour une présentation critique des thèses de la société contentieuse, et une recension des études sur ce sujet depuis les années 1970, v. Miller, Arthur R., (2003), « The pretrial rush to judgement: are the 'litigation explosion'; 'liability crisis', and efficiency clichés eroding our day in court and jury trial commitments? », *New York University Law Review*, vol. 78:982, p. 984-1132. On se référera également aux nombreuses études de Marc Galanter sur le sujet, et notamment « The day after the Litigation Explosion, 46 *Md.L.Rev.*3, (1986).

<sup>13</sup> Au sein du Conseil de l'Europe, le CEPEJ (Comité européen pour l'efficacité de la justice) a pour mission s'étudier les systèmes de justice des pays adhérents à la Convention européenne des droits de l'homme. Sur la critique des statistiques de contentieux en Europe, nous retiendrons le travail comparatif de Ehrard Blankenburg: « *Indicators of growth of the systems of justice in Europe of the 1990s: The legal profession, courts, litigation and budgets* », document pour le CEPEJ, 2000, notant une contradiction pour les pays à déplorer l'accroissement de la « *judicialization* », tout en mettant l'accent sur la défense des droits.

<sup>14</sup> On notera une même attitude de défiance à l'égard du juge dans le rapport Attali, à propos d'autres domaines du droit. Ainsi à propos du principe de précaution, à abroger « en raison des risques de contentieux en responsabilité à l'encontre des entreprises les plus innovantes devant les tribunaux de l'ordre judiciaire » (p. 92), au regard des juges des loyers, dont il convient de limiter les pouvoirs en matière de délai de grâce et d'expulsion des locataires (p. 136), à propos de l'introduction des actions de groupe en droit de la consommation, approuvée « pour autant qu'elles évitent les dérives du système américain » (p. 144).

cause de chômage et de segmentation du marché du travail, en surprotégeant les *insiders*, tout en rendant plus difficile l'accès des *outsiders* à un emploi. Les prescriptions classiques de réduction du chômage consistent alors à diminuer les facteurs de rigidité du marché du travail, notamment les règles de licenciement et d'embauche<sup>15</sup>.

*L'allégation de l'accroissement du risque contentieux n'est donc pas une rhétorique isolée, mais s'intègre dans un modèle général d'évaluation économique du droit du travail dans lequel le droit, et singulièrement le droit du licenciement, constitue un frein à l'emploi.*

S'attaquer à cette allégation, c'est toucher aux fondements de l'évaluation du droit du travail, telle qu'elle s'exprime dans les rapports internationaux, les rapports nationaux à visée réformatrice, les exposés des motifs des textes étatiques et les décisions des cours supérieures qui les évaluent. La critique n'est pas si aisée, tant est grande la connivence sur ce thème, et le peu de visibilité des données disponibles. C'est là qu'intervient le contexte.

## **2. Le contexte : les moyens d'une contre analyse**

Le contentieux est-il oui ou non en hausse, et si oui, de combien ? Son niveau est-il ou non trop élevé, et si oui, à quel étiage faudrait-il descendre pour « rassurer » les chefs d'entreprise ? Aucune de ces questions n'est sérieusement posée dans les rapports, qu'ils soient internationaux ou internes. Ainsi les litiges du travail ont fait une brève entrée au sein de l'indicateur synthétique de mesure de la « rigueur » de la « législation protectrice de l'emploi » établi par l'OCDE en 2004<sup>16</sup>, sans donner d'indication en évolution. Même limitée dans ses ambitions, l'opération s'est révélée complexe en raison de la difficulté à réunir les informations nécessaires<sup>17</sup>, et elle n'a pas été renouvelée depuis.

Quant aux rapports d'experts, à les lire de plus près, on constate que les assertions sur l'accroissement du contentieux ne sont pas étayées empiriquement, soit qu'elles ne s'appuient sur aucune référence chiffrée, soit qu'elles citent des données incomplètes ou biaisées<sup>18</sup>. Cette lacune est étonnante, s'agissant d'économistes dont les analyses ne manquent pas de se déployer à grand renfort de chiffres. À cette étape de la réflexion, nous disposons d'un élément de discussion de ces affirmations, l'étude des litiges du travail parue en novembre 2005, qui couvrait la période 1993-2004<sup>19</sup>. Non seulement cette étude n'accréditait pas le discours sur la hausse, mais elle mettait en évidence une forte érosion du contentieux prud'homal : de 1993 à 2004, les demandes nouvelles accusaient une baisse de 4,7% au fond, et de 15,7% en référé, soit une baisse totale sur la période de 7,3%.

---

<sup>15</sup> Cahuc P., Gerard-Varet L. A., Morin, P. (1994), « Economie et prévisions », *Etudes du marché du travail*, II, *Politiques d'emploi*, n°115, 1994-4.

<sup>16</sup> OCDE, *Perspectives de l'emploi 2004*, Chapitre 2, « Réglementation relative à la protection de l'emploi et performances du marché du travail », 2004, pp. 66-136, tableau pp. 74-75.

<sup>17</sup> Seuls dix pays ont été étudiés (dont la France et le Royaume-Uni), et les informations collectées étaient limitées : instance compétente, assistance, charge de la preuve, nombre de litiges soumis aux instances compétentes en pourcentage des licenciements, pourcentage de litiges gagnés par les travailleurs, durée de la procédure. Le tableau comparatif final comporte peu de données chiffrées, et celles qui sont fournies (comme le taux de recours contre les licenciements, calculé comme un rapport entre le nombre de demandes judiciaires et le nombre de licenciements ou la population active) ne sont pas explicitées. Ces indicateurs désignaient la France comme le pays dont le taux de recours était le plus élevé (25,3%), et l'Australie, l'Irlande, l'Italie, le Royaume-Uni et les Etats-Unis, comme les moins contentieux, ces deux derniers avec respectivement 7,1%, et 0,03% de taux de recours.

<sup>18</sup> Voir sur ce point Serverin, E., (2006), « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *RDT*, Dalloz, p. 44-47.

<sup>19</sup> Munoz Perez, B., Serverin, E., (2005), *Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993-2004*, op. cit.

Exprimée en *taux de recours*<sup>20</sup>, la tendance est à la baisse, ou à la stagnation. Pour l'ensemble des licenciements pour motif personnel, toutes demandes confondues, le taux de recours très élevé au cours de la période (jusqu'à 41% en 1998) fléchit très nettement à partir de 1999, et l'année 2004 connaît le taux le plus bas de la série (25,8%). Pour les demandes qui contestent principalement le motif de la rupture, le taux est stable, tout en étant au plus bas en 2004 (21,2% en 2004, contre 21,9% en 1993).

La seule hausse relevée concerne le taux de recours sur les licenciements pour motif économique. Mais les effectifs de recours sont constamment très bas, et la progression constatée, infime (de 1% en 1993 à 2,5% en 2004) (voir tableau 1 ci-dessous).

Ce phénomène donne à réfléchir. On a beaucoup écrit que les employeurs redoutaient « l'incertitude » attachée aux licenciements économiques, notamment collectifs<sup>21</sup>, et qu'ils seraient incités à dissimuler ces licenciements sous des motifs personnels<sup>22</sup>. Ce comportement dit de « substitution », à le supposer avéré, serait irrationnel. Si les employeurs choisissaient leurs motifs de licenciement en fonction du risque contentieux, ils devraient éviter les licenciements individuels pour motif personnel, qui donnent lieu à une plus forte proportion de recours. Or ce sont précisément ces licenciements qui se multiplient<sup>23</sup>. Sauf à imaginer une fraude massive et organisée, rien ne permet d'accréditer l'hypothèse de substitution. L'argumentaire prospère néanmoins, sur fond d'une critique de *l'ineffectivité* du droit du travail, ce qui est surprenant, et appelle vérification<sup>24</sup>.

À l'évidence, ces données ne sont pas compatibles avec les allégations de l'accroissement du contentieux du travail, et le seront de moins en moins, en raison de la persistance de la tendance baissière. En effet, l'érosion du nombre de demandes s'est accentuée au cours des deux dernières années, principalement au fond, portant la baisse du contentieux de 1993 à 2006 à près de 10% au fond et près de 16% en référé, soit une baisse totale de 11%<sup>25</sup>. Il ne s'agit certes pas d'une chute radicale, mais la tendance est là.

---

<sup>20</sup> Les taux ont été calculés à partir des motifs d'inscription à l'ANPE, rapportés aux demandes nouvelles formées devant le conseil de prud'hommes après rupture du contrat de travail. Sur le détail de la variable ANPE, v. *infra*, § VI.2.2.

<sup>21</sup> Camdessus, M., (2004), *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La Documentation française, Paris, p. 98.

<sup>22</sup> Cahuc, P., Kramarz, F., (2004), *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.

<sup>23</sup> Lagarenne, C., Leroux, M., DARES, « Les licenciements en 2003 : trois fois plus nombreux pour motif personnel que pour des raisons économiques », *Premières informations, premières synthèses* n° 11.1, mars 2006. Le tableau est repris par Myriam Bobbio, « De la difficulté de licencier... », in *Le contrat de travail*, Dominique Meda et Evelyne Serverin dir., La Découverte, Repères, 2008, p. 43.

<sup>24</sup> Voir *infra*, § VI.2.2.

<sup>25</sup> La baisse a été de 3% au fond et 3,6% en référé en 2005 par rapport à 2004 ; elle s'est poursuivie pour le fond en 2006 par rapport à 2005 (-2,6% au fond), tandis que le référé connaissait un léger redressement (+ 3,2%). En effectifs sur la période, on est passé de 172.002 demandes nouvelles au fond et 53.497 en référé en 1993, à 154.928 demandes nouvelles au fond et 43.766 en référé en 2006.

**Tableau 1 – Evolution du taux de recours aux prud’hommes au fond  
en cas de licenciement - 1993-2004 (%)**

Années	Demandes liées à des licenciements à caractère économique			Autres licenciements						
	Demandeurs d'emploi licenciés pour cause économique* ANPE**	Recours devant CPH		Demandeurs d'emploi licenciés pour une autre cause ANPE**	Recours formés devant CPH					
		Ddes liées à la rupt. contrat de trav. motif économique	Taux		Total demandes liées à la rupture du contrat de travail	Taux	Contestations de la rupture	Taux	Autres demandes liées à la rupture	Taux
1993	<b>598 362</b>	6 167	1,0	<b>386 055</b>	141 549	36,7	84 444	21,9	57 105	14,8
1994	<b>487 654</b>	6 204	1,3	<b>350 356</b>	142 011	40,5	86 456	24,7	55 555	15,9
1995	<b>329 190</b>	5 137	1,6	<b>348 294</b>	133 402	38,3	76 823	22,1	56 579	16,2
1996	<b>344 988</b>	5 629	1,6	<b>375 452</b>	142 097	37,8	83 133	22,1	58 964	15,7
1997	<b>312 164</b>	6 261	2,0	<b>386 077</b>	143 423	37,1	83 154	21,5	60 269	15,6
1998	<b>251 290</b>	5 438	2,2	<b>391 672</b>	160 490	41,0	82 339	21,0	78 151	20,0
1999	<b>228 309</b>	5 028	2,2	<b>415 941</b>	135 323	32,5	82 204	19,8	53 119	12,8
2000	<b>196 694</b>	4 351	2,2	<b>423 232</b>	138 952	32,8	82 628	19,5	56 324	13,3
2001	<b>203 964</b>	3 853	1,9	<b>464 530</b>	144 374	31,1	89 060	19,2	55 314	11,9
2002	<b>253 042</b>	3 733	1,5	<b>530 311</b>	153 166	28,9	101 753	19,2	51 413	9,7
2003	<b>203 245</b>	5 363	2,6	<b>568 778</b>	148 335	26,1	118 023	20,8	30 312	5,3
2004	<b>178 851</b>	4 425	2,5	<b>575 433</b>	148 280	25,8	121 820	21,2	26 460	4,6

\*\* Hors inscriptions à l'ANPE pour cause de fin de PAP anticipé et pour cause de fin de convention de conversion  
Source : \* Demandes d'emploi enregistrées selon la raison de leur dépôt (DEE), Bulletin Mensuel des Statistiques du Travail (BMST), Ministère du travail, des affaires sociales et de la solidarité, La documentation française, Paris.

S/DSED RGC DACs Cellule Etudes et Recherche

Comment expliquer une telle dissonance ? À l'évidence, le *nombre* de litiges, pas plus que leur *évolution*, ne semblent intéresser les économistes critiques vis-à-vis des règles du licenciement. Il semble que ce soit plutôt la *possibilité même de l'action en justice* qui dérange. Or les actions sont soutenues par des droits, *droits que les modèles économiques tendent à mettre en cause*. Derrière la critique des litiges, c'est la critique des droits qui se profile. C'est là que l'argumentaire économique prend son sens. Si les droits d'action alloués aux salariés sont considérés comme des facteurs de risque pour l'emploi, alors leur *exercice, même modéré*, est perçu comme un *dysfonctionnement*.

Pour inverser cette conclusion, il est nécessaire de modifier l'analyse de la fonction des droits. Si les droits sont vus comme un facteur de rééquilibrage d'une relation de travail dans laquelle l'employeur est la partie forte et le salarié la partie faible, alors c'est *l'insuffisance* de droits, comme le *non exercice* de la défense des droits existants, qui constituent des *dysfonctionnements*.

À l'évidence, c'est le cadre théorique mobilisé qui commande tant la production que l'interprétation des données statistiques.

### 3. Le projet théorique : construction d'un cadre pour donner un sens au procès du travail

En France, le moins qu'on puisse dire est que la recherche en sciences sociales n'est pas sensible à l'approche contentieuse des droits. Nombre de modèles théoriques proposés en droit, sociologie, et économie s'opposent même franchement à toute prise en compte des conflits. Le procès est vu comme lieu de toutes les distorsions : par rapport aux pratiques, dont il n'exhiberait que le versant pathologique<sup>26</sup> ; par rapport à l'aspiration de la société à une « justice négociée », qui serait contrecarrée par des solutions imposées<sup>27</sup> ; par rapport à l'efficacité économique dans l'allocation des droits, qui serait mieux assurée par les arrangements entre agents que par l'intervention du tribunal<sup>28</sup>. À suivre ces modèles, il faudrait considérer qu'il n'y aurait rien à chercher dans le procès, ce qui revient à partager, sans le dire, toutes les dénonciations et tous les clichés sur la judiciarisation de la société.

Pour sortir de l'impasse, il faut redéfinir la relation socio-juridique qui s'établit entre procès et contrat. Plutôt que de nier la fonction contentieuse, au nom de la rareté du recours au tribunal en matière contractuelle, il faut en identifier les ressorts. En suivant Max Weber, nous distinguerons la fonction du procès dans les *pratiques contractuelles*, et au niveau du *système d'échange*.

Sur le plan de l'exécution contractuelle, le tribunal ne remplit pas de fonction empirique : « *les personnes qui ont entre elles des rapports de créancier à débiteur ou des rapports d'échange nourrissent, chacune de son côté, l'espoir que l'autre partie se comportera d'une manière qui soit en rapport avec ses propres intentions. Pour cela, aucune règle extérieure à ces deux personnes et destinée à garantir ce comportement, à le prescrire ou à le provoquer par le moyen d'un appareil de coercition ou sous la pression de la désapprobation sociale n'est absolument nécessaire, du point de vue théorique (...)* En effet, dans la majorité des transactions d'affaires, il ne vient à l'esprit de personne de penser que l'affaire en cours pourrait être justiciable des tribunaux (...), et il n'arrive pratiquement jamais que la transaction soit contestée »<sup>29</sup>. Cela revient à dire, ce qui est l'évidence, que le tribunal n'est pas un opérateur d'exécution des contrats.

Si les parties peuvent se dispenser de penser « juridiquement » leurs relations contractuelles, c'est précisément parce qu'elles peuvent compter sur des garanties de droit, assurées par les tribunaux de l'Etat : « *Il va de soi, cependant, qu'une garantie juridique appuyée sur la force, et spécialement celle de l'Etat, n'est pas indifférente même pour de telles ins-*

---

<sup>26</sup> Position partagée par de nombreux juristes, dont Jean Carbonnier est le représentant le plus autorisé : « Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable. C'est pourquoi la sociologie juridique pose en quasi axiome que le contentieux – cette pathologie – est infiniment plus petit que le droit. Le droit n'a pas certes pas besoin du contentieux (...) ». Carbonnier, J., *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 4ème édition, 1979, LGDJ, p. 21.

<sup>27</sup> Munck, J., de, Verhoeven, M., (1997), (dir.), *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université, coll. Ouvertures sociologiques.

<sup>28</sup> Coase, R. (1960), « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law and Economics*, oct., vol. III, pp 1-44. Pour Coase, le « raisonnement employé par les tribunaux dans la détermination des droits est souvent étrange pour un économiste, parce que nombre de facteurs sur lesquels reposent les décisions sont, pour un économiste, irrélevants ».

<sup>29</sup> Weber, Max, *Economie et société*, t. 2, « L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie », Plon Pocket, 1995, p.36-37.

titutions. La presque totalité du mouvement des échanges est aujourd'hui garantie par la contrainte juridique ». En effet : « Normalement, l'acte d'échange a pour objectif d'acquiescer des 'droits subjectifs', c'est-à-dire, en langage sociologique, la perspective d'obtenir l'appui de l'appareil de coercition de l'Etat en faveur de certains pouvoirs de disposition sur des 'biens économiques'. En règle générale, ces biens sont en même temps, à notre époque, des droits subjectifs acquis légitimement, et c'est avec ces matériaux que 'l'ordre économique' se construit »<sup>30</sup>.

On peut résumer ce modèle en trois points :

- 1) à tout droit substantiel (subjectif), correspond un droit d'accès aux tribunaux,
- 2) dans le cadre des relations contractuelles, ce droit d'accès fonctionne comme une garantie des attentes de comportement,
- 3) en cas d'échec des attentes, le recours est une forme normale (non pathologique) du processus d'activation des droits subjectifs.

Ce schéma d'analyse du contrat et de sa garantie étatique permet de placer le tribunal au cœur des relations économiques<sup>31</sup> et non, comme dans les modélisations microéconomiques de l'action en justice, à sa périphérie<sup>32</sup>. Il permet aussi d'aller plus loin en affinant la vision du tribunal, pour distinguer sa fonction contentieuse et sa fonction jurisprudentielle<sup>33</sup>.

La fonction contentieuse renvoie au *traitement* des demandes en justice. Les tribunaux sont un facteur de confiance dans les relations avec autrui, au sens où ils permettent à chacun de « nourrir des attentes raisonnables » relativement au comportement que les autres vont adopter<sup>34</sup>. Le degré de confiance en autrui dépend de la réputation d'efficacité des tribunaux, c'est-à-dire de leur aptitude à répondre dans des délais raisonnables en cas de défaillance de la relation contractuelle. Si le recours au tribunal est crédible, la partie la plus forte sera incitée à suivre les règles, ou à proposer un règlement transactionnel en cas de litige sur les droits<sup>35</sup>. En ce sens, la réduction des capacités de traitement des demandes (comme la suppression de tribunaux et/ou la limitation de leurs moyens)<sup>36</sup> porte atteinte à l'aptitude des juridictions à remplir leur fonction contentieuse.

La fonction jurisprudentielle renvoie à la *régulation des droits*, au-delà du cas particulier. Par le jeu des antécédents, qu'ils soient des précédents d'interprétation ou des précédents de cas<sup>37</sup>, les cours suprêmes fournissent des règles qui guident les intéressés dans leurs actions. Par la publication de la jurisprudence, ces derniers sont informés (directement ou par leurs conseils) de leur chance de voir un juge statuer dans un sens déterminé si l'affaire venait devant eux. Ce mécanisme jurisprudentiel fonctionne de manière relativement auto-

---

<sup>30</sup> Ibid., p. 37.

<sup>31</sup> Serverin, E., (2004), « Des fonctions économiques des tribunaux », *Economie & Institutions*, n° 4, p. 95-126.

<sup>32</sup> Pour une critique du modèle de rationalité des agents, au profit de la notion d'agent institué, v. T. Kirat, *Economie du droit*, La Découverte, Repères, 1999, p. 98-101.

<sup>33</sup> Serverin, E., (2007), « Donner un sens aux litiges du travail », in T. Kirat et J. Valentin (dir.), *La protection de l'emploi en question*, *Economie et Institutions*, n°9, 2006, pp. 129-158 [V. Volume II, XXI].

<sup>34</sup> Weber, M., (1986), *Sociologie du droit*, PUF, Coll. Recherches politiques, trad. J. Grosclaude, p.44.

<sup>35</sup> Melot, R., (2005) « Les transactions lors de ruptures du contrat de travail », *Travail et emploi*, n° 104, p. 85-95.

<sup>36</sup> Serverin, E., (2008), « Le projet de réforme de la carte des prud'hommes, au mépris de son histoire », *RDJ* n° 1, p. 49.

<sup>37</sup> MacCormick, N., Summers, D. Robert S., (1997), *Interpreting precedents*, Ashgate, Dartmouth, p. 536-537.

nome par rapport au contentieux, même s'il en procède. C'est en ce sens que nous avons pu écrire que la jurisprudence ne se confond pas avec la somme des décisions rendues par les tribunaux<sup>38</sup>. Il n'est pas nécessaire que le contentieux soit abondant pour qu'une jurisprudence se forme. Si on prend l'exemple du contrat nouvelles embauches, on peut voir que la construction jurisprudentielle s'est mise en marche, alors même que le contentieux reste limité (un peu moins de 800 demandes formées en un an et demi)<sup>39</sup>. Quelque précaution d'écriture que prennent leurs auteurs, aucun texte ne peut prétendre échapper à ce processus interprétatif. Le projet de contrat unique, s'il avait prospéré, n'aurait pas davantage été épargné par le travail jurisprudentiel : « *la probabilité d'une construction d'une nouvelle jurisprudence à vocation protectrice est assez forte, sur la base par exemple de l'abus de droit ou de la lutte contre les licenciements discriminatoires* »<sup>40</sup>. La cause en est simple : là où l'intérêt à la règle est grand, là où la défense des droits est bien assurée, le texte le mieux écrit sera discuté, et la jurisprudence trouvera à se déployer. Dans le domaine du droit du travail comme dans bien d'autres secteurs de la vie sociale, contentieux et jurisprudence se complètent pour former l'horizon d'action des sujets de droits.

#### **4. Le programme : comparer les droits et mesurer les actions**

Initialement conçu dans une perspective comparative, économique et juridique, le projet a connu des développements au plan interne, tout en réduisant l'ampleur des recherches comparatives.

##### *a) Approches comparatives des droits et des procédures*

Dans ce cadre théorique, le projet initial a mis l'accent sur la démarche comparative, en proposant, d'une part, une analyse critique des indicateurs internationaux construits à partir des législations sur le travail, d'autre part, une comparaison des procédures de traitement des litiges du travail et des statistiques des tribunaux dans trois pays européens (Royaume-Uni<sup>41</sup>, France, Italie). Si la première partie du programme a pu être menée à bien (§ VI.1.1), la seconde partie, plus coûteuse en moyens, et qui s'est mise en place plus tardivement en raison de difficultés de financement<sup>42</sup>, a vu réduire sa « voilure » : l'analyse comparative a été réalisée sur trois pays au lieu de quatre (le cas de l'Espagne, initialement prévu, n'a finalement pu être retenu), et la comparaison statistique, qui exigeait des investigations lourdes pour vérifier les sources et les nomenclatures, s'est limitée à une collecte des données publiées aux fins d'éclairage de la comparaison procédurale (§ VI.1.2).

---

<sup>38</sup> Serverin, E., (1985), *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUL, coll. Critique du droit.

<sup>39</sup> V. l'étude du CNE *infra* § VI.21.

<sup>40</sup> Conseil d'orientation de l'emploi, (2007), *Rapport d'étape provisoire sur la sécurisation des parcours professionnel*, p. 87. V. également Barthélémy, J, Cette, G., Verkindt, P-Y, « À propos du contrat unique », in *Le contrat de travail*, Dominique Meda et Evelyne Serverin dir., La Découverte, Repères, 2008, p. 107-118.

<sup>41</sup> La recherche a porté principalement sur le droit de la Grande-Bretagne, l'Irlande du nord ayant à maints égards un régime spécifique.

<sup>42</sup> Les crédits prévus pour ce module n'ont été mobilisés qu'à partir de janvier 2007, et n'ont permis de financer que deux post-doc de trois mois chacun (Raphaël Dalmaso et Damien Sauze).

## b) Approches internes de la dynamique des droits

Il reste beaucoup à apprendre sur la dynamique des droits à l'œuvre dans un espace juridique donné. En effet, s'il est possible de décrire *juridiquement* des énoncés, voire même de tenter de les transformer en indicateurs<sup>43</sup>, leur portée empirique ne peut être décrite qu'à l'aide de *données statistiques*. Ces statistiques décrivent à la fois le nombre de salariés *titulaires de droits*, et l'ampleur de la *défense de ces droits* devant les tribunaux. Il est à noter que ce point de vue *empirique* est parfois mobilisé pour venir au soutien d'une analyse *juridique*. Ainsi, la CJCE a jugé en 1999 que la durée de deux ans exigée par la Grande-Bretagne pour bénéficier du droit d'action en matière de licenciement abusif<sup>44</sup> constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe<sup>45</sup>. Dans son considérant 77, la Cour estimait que « *dans l'hypothèse où un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins serait en mesure de remplir la condition de deux années d'emploi imposée par la règle litigieuse, il incombe à l'Etat membre, en sa qualité d'auteur de la règle présumée discriminatoire, de faire apparaître que ladite règle répond à un objectif légitime de sa politique sociale, que ledit objectif est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et qu'il pouvait raisonnablement estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif* ». En l'espèce, de « *simples affirmations générales concernant l'aptitude d'une mesure déterminée à promouvoir l'embauche ne suffisent pas pour faire apparaître que l'objectif de la règle litigieuse est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe ni à fournir des éléments permettant raisonnablement d'estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif* »<sup>46</sup>.

En définitive, l'évaluation *empirique* du droit passe par la réalisation de différentes mesures, concernant à la fois leurs titulaires et leur défense en justice. Allouer de nouveaux droits peut entraîner de nouveaux recours, comme cela a pu être observé dans le cas de l'*Industrial Relations Act* de 1971)<sup>47</sup>. En supprimer peut rétrécir les opportunités d'action, même s'il ne les supprime pas, comme le montre le contentieux du contrat nouvelles embauches<sup>48</sup>. Enfin, en raison de l'inégale valeur des droits (notamment en terme d'ancienneté, de salaire, de secteur d'activité, de taille d'entreprise), les déplacements de la population active vers les secteurs plus ou moins bien dotés en droits peuvent avoir un effet sur l'ampleur des recours en justice, même à droit constant.

Sur ces questions, l'étude empirique que nous avons menée nous a permis d'avancer, même si la tâche reste immense, notamment en termes de sources statistiques, pour découvrir et traiter les variables pertinentes. Deux terrains ont été explorés.

D'une part, profitant de l'accès à des données à la fois quantitatives et qualitatives sur le contentieux du *contrat nouvelles embauches*, nous avons mené une étude des demandes formées devant les conseils de prud'hommes, en cherchant à identifier la dynamique contentieuse inhérente à un contrat qui réduit les droits des salariés en matière de rupture,

---

<sup>43</sup> V. l'analyse des indicateurs *infra*, § VI.1.1.

<sup>44</sup> L'*Industrial Relations Act* de 1971 avait créé un droit de contester les licenciements abusifs en le soumettant à une durée minimale d'emploi de six mois en 1971, durée qui avait portée à un an en 1979, et à deux ans en 1985.

<sup>45</sup> Au sens de l'article 119 du Traité portant principe de l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail.

<sup>46</sup> CJCE C-167/97 du 9 février 1999, Regina et Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour et Laura Perez, arrêt rendu sur question préjudicielle de la Chambre des Lords.

<sup>47</sup> Simon Burgess, Carol Propper, Deborah Wilson, (2001), « Explaining the growth in the number of applications to industrial tribunals, 1972-1997 », *Employment relations research Series*, n°10, 2001, 60 p.

<sup>48</sup> V. *infra* § VI.2.1.

et qui s'adresse à des entreprises de très petite taille offrant peu d'intérêt à l'action (§ VI.2.1).

D'autre part, nous avons voulu avancer dans la compréhension des mécanismes à l'œuvre derrière l'érosion des recours précédemment constatée. En effet, comme nous l'avons dit plus haut, nous considérons que les droits des salariés sont un facteur de rééquilibrage d'une relation de travail inégale, et que le *non exercice* des recours constitue un dysfonctionnement. D'où l'importance de procéder à des tests statistiques des variables susceptibles d'expliquer cette érosion, en l'espèce les variables d'ancienneté au moment du licenciement et de taille des entreprises. Mais nous avons également voulu tester l'hypothèse adverse, dite « de substitution » entre les motifs de licenciement économique et personnel. Cette hypothèse se fonde sur le caractère inefficace des droits encadrant la rupture, et donc sur l'inutilité de les maintenir (§ VI.2.2).

## **VI.1. LA COMPARAISON DES DROITS : INDICATEURS ET SCHEMAS PROCEDURAUX**

La comparaison des droits couramment associés à la protection de l'emploi, particulièrement les règles applicables aux licenciements individuels ou collectifs, constitue l'un des principaux objets des indicateurs de protection de l'emploi et des méthodes de classements internationaux de la rigueur de la réglementation.

Les pratiques de mesure de la réglementation par le biais d'indicateurs numériques sont l'occasion de s'interroger sur l'opération de description des règles. Les indicateurs reposent sur la saisie des dispositions légales applicables. Ils procèdent donc d'une entrée par les normes. Nous proposons dans les développements qui suivent d'appliquer une grille de lecture plus dynamique, centrée sur les *conditions de mise en œuvre* de ces normes, renvoyant la *mesure des actions* au § VI.2. Dans la présente section, il sera procédé d'abord à un examen critique de deux indicateurs de protection de l'emploi, établis respectivement par l'OCDE et la Banque mondiale (§ VI.1.1), puis à la comparaison *schémas procéduraux* mis en place par les droits français, britannique et italien, pour traiter les litiges liés à la rupture du contrat de travail (§ VI.1.2).

### **VI.1.1. La mesure de la protection de l'emploi par des indicateurs**<sup>49</sup>

Les indicateurs de protection de l'emploi de l'OCDE (« Législation de protection de l'emploi ») et du programme Doing Business de la Banque mondiale et de la Société financière internationale (indicateur « Hiring and Firing Workers ») sont désormais une des sources de données les plus couramment utilisées dans les travaux d'analyse économique appliquée du marché du travail. Bien que différents dans leur contenu et dans les méthodes de recueil des données, les indicateurs de l'OCDE et de Doing Business (désormais DB) partagent l'objectif d'exprimer sous la forme d'indicateurs synthétiques le degré de rigueur et de formalisme des règles applicables dans divers États en matière de recrutement et de licenciement de salariés. Ces indicateurs sont basés sur une série de variables qualitatives destinées à capturer de manière uniforme les caractéristiques de la législation de l'emploi

---

<sup>49</sup> La présente section synthétise en grande partie le document : T. Kirat, « Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ? », in T. Kirat et J. Valentin (dir.), *La protection de l'emploi en question, Economie et Institutions*, n°9, 2006, pp. 85-127 [V. Volume II, XIV]. On peut se reporter à ce document pour une présentation précise de la construction des indicateurs OCDE et DB.

en vigueur dans ces pays, de façon à permettre des classements internationaux. La grille d'analyse des indicateurs sera soumise à deux questions.

- a) En premier lieu, il s'agit de déterminer ce que décrivent les indicateurs de PE : s'agit-il du droit du travail dans les livres, ou en action ? Cette distinction entre le « droit des livres » et le « droit en action », que l'on doit à la théorie critique du droit nord-américaine de l'entre-deux guerres, revient à dire que les droits des salariés ne peuvent être adéquatement restitués par la seule référence aux textes, mais qu'ils dépendent de leur mise en œuvre, par les employeurs, les salariés, les tribunaux du travail.
- b) En second lieu, il s'agira de savoir si la méthode uniforme de construction des variables et des indicateurs élémentaires ne biaise pas les indicateurs synthétiques, notamment lorsqu'on les applique à des systèmes juridiques de tradition différente (civiliste ou de *common law*). Faute de construction d'une méthode comparative capable de construire les équivalents fonctionnels, il est difficile d'identifier les règles pertinentes applicables à la rupture du contrat de travail, soit qu'elles opèrent de manière discrète (sous une forme autre qu'une règle figurant expressément dans un texte étatique), soit qu'elles ne relèvent pas d'un régime juridique spécial, mais du droit commun des obligations ou des droits fondamentaux.

#### A) L'art difficile de la « leximétrie »

Après le travail précurseur de Bertola, Boeri et Cazes<sup>50</sup>, la méthode des indicateurs fait depuis les années récentes l'objet d'un regain d'attention sous plusieurs angles : outre des problèmes techniques et statistiques<sup>51</sup>, ils ont été discutés au regard de leur degré de réalisme dans la perception du fonctionnement des normes juridiques<sup>52</sup>, ou du fait qu'ils procèdent d'une lecture étriquée et unilatérale de la réglementation et de ses destinataires<sup>53</sup>. Enfin, le BIT a récemment mis l'accent sur le fait que les indicateurs DB contiennent des implications économiques et politiques au regard du fait que les réformes du droit du travail susceptibles d'améliorer la situation d'un pays dans le classement international supposeraient une rupture des engagements internationaux noués dans le cadre de nombre de conventions de l'OIT<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> G. Bertola, T. Boeri, S. Cazes, « Employment protection in industrialized countries: the case for new indicators », *International Labour Review*, 139 (1), 2000. Les auteurs estimaient alors que : « L'évidence empirique disponible sur les relations entre la protection de l'emploi et les performances du marché du travail est basée sur des mesures très imparfaites de la rigueur de la législation de protection de l'emploi ». Plus récemment, le *survey* assez complet de la littérature appliquée réalisé par Howell et al. sur l'estimation des effets de la LPE sur le niveau du chômage conclut sur le contraste qui sépare la fragilité des résultats empiriques et le consensus d'opinion sur l'idée qu'une trop forte protection de l'emploi ne peut que conduire à des mauvaises performances du marché du travail. R. Howell, D. Baker, A. Glynn, J. Schmitt, « Are Protective Labor Market Institutions at the Root of Unemployment? A Critical Review of the Evidence », *Capitalism and Society*, 2 (1), 2007, pp. 1-71.

<sup>51</sup> Notamment l'absence de traitement des erreurs de mesure dans les indicateurs DB. Cf. H. Rozenthal, Erik Voeten, « Measuring legal systems », *Journ of comparative economics* (35) 2007 711-728.

<sup>52</sup> B. Ahlring & S. Deakin, « Labour Regulation, Corporate Governance and Legal Origin: A Case of Institutional Complementarity? » *Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 312*, Sept. 2005 ; M. Siems, « Numerical Comparative Law: Do We Need Statistical Evidence in Order to Reduce Complexity? », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 13, 2005, pp. 521-540.

<sup>53</sup> B. Arrunada, « Pitfalls to avoid when measuring institutions: Is *Doing Business* damaging business? », *Journal of Comparative Economics*, 35 (2007), pp. 729-747.

<sup>54</sup> BIT, « Rapport de la Banque mondiale sur la pratique des affaires (*Doing Business*) : l'indicateur d'embauche des travailleurs », 300<sup>e</sup> session du Conseil d'administration, Genève, novembre 2007 (do-

On s'en tiendra ici à deux séries d'observations, relatives à la non neutralité des indicateurs du point de vue des conceptions théoriques sous-jacentes à la mesure de la réglementation, et aux sources de données utilisées pour construire les indicateurs.

### Des conceptions implicites de la réglementation

Sous cet aspect, les indicateurs DB et OCDE ne sont pas identiques.

- Les indicateurs DB sont intimement liés aux travaux et à la méthode de Djankov, Glaeser, La Porta, Lopez-de-Silanes et Shleifer, qui ont largement inspiré la pratique de Doing Business à deux niveaux : d'une part, en matière de construction des données institutionnelles (nous y reviendrons plus loin) et, d'autre part, en matière de conception de la réglementation. Les indicateurs sont effectivement présentés comme offrant une image fidèle et sincère de la réalité de la réglementation en vigueur ; les réalités réglementaires parleraient d'elles-mêmes... La question de savoir s'il s'agit ou non de mesures neutres effectuées sans *a priori* théorique mérite d'être soulevée.

À l'encontre de cette affirmation, nous considérons qu'il n'y a pas de mesure neutre : toute mesure suppose une représentation théorique de son objet. Dans le cas des données de Djankov et al. sur le formalisme procédural des procédures judiciaires requises pour l'exécution d'une obligation ou l'éviction d'un locataire débiteur de loyer, la valeur des indicateurs élémentaires mesure l'écart à une situation de référence, qui constitue en quelque sorte un modèle normatif d'une justice efficace, qualifiée de « modèle de voisinage de règlement des différends » : un règlement par un tiers arbitre, non professionnel du droit, à coût nul, et sans formalisation juridique<sup>55</sup>. L'esprit de l'analyse des tribunaux irrigue les indicateurs de Botero et al.<sup>56</sup> et de DB dans le domaine du droit du travail, dans la mesure où l'on ne voit dans la réglementation qu'une charge qui pèse sur la conduite des affaires : « Labour laws and policies are viewed as rigidities that should be removed if business is to prosper »<sup>57</sup>. Cette conception unilatérale de la réglementation empêche naturellement de prendre en considération ses éventuels bénéfices, c'est-à-dire les externalités économiques et sociales positives du droit du travail : contribution à la réduction des inégalités, de l'insécurité sociale, des conflits sociaux, à des stratégies d'entreprise basées sur les capacités et savoir-faire de salariés stables, donc à la productivité<sup>58</sup>.

Il est important de préciser que, en arrière plan de la construction des indicateurs, se trouve une volonté des auteurs d'expliquer la propension à une réglementation légère ou rigou-

---

document BG. 300/4/1) ; J. Berg & S. Cazes, « The Doing Business Indicators: Measurement issues and political implications, ILO – Economic and Labour Market Analysis Department, *Economic and Labour Market Paper* 2007/6.

<sup>55</sup> S. Djankov, E. Glaeser, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, « Courts », *Quarterly Journal of Economics*, 118 (3), 2003, pp. 453-517. Pour une analyse critique sur le modèle de justice de référence, cf. T. Kirat, « Representation of Justice in Economic Comparisons of Legal Systems », in A. Masson & K. O'Connor (eds), *Representations of Justice*, Peter Lang, 2007, pp. 307-323.

<sup>56</sup> J. Botero J., Djankov R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, « The Regulation of Labor », *Quarterly Journal of Economics*, 119 (4), 2004., pp. 1339-1382.

<sup>57</sup> J. Berg & S. Cazes, 2007, op. cit., p. 4. Dans un autre domaine, celui des procédures d'enregistrement des sociétés (sur le modèle du registre du commerce), Arrunada formule une observation assez proche : l'indicateur DB « Starting a Business » passe à côté du fait que la formalisation des procédures de création d'entreprise offre des avantages non perçus par la Banque mondiale. Est en jeu le fait que la formalisation des procédures permet, la plupart des cas, de produire une information fiable pour les juges, les pouvoirs publics, les autres firmes, et contribue également à réduire les coûts de transaction. B. Arrunada, 2007, op. cit.

<sup>58</sup> Sur ce point voir O. Favereau, « Critères d'efficacité économique du droit du travail : essai de classification raisonnée », dans ce rapport [V. Volume II, VI].

reuse par les « origines du droit ». La thèse des *legal origins* explique les penchants ou l'aversion pour la réglementation par un déterminant essentiel : l'appartenance, héritée de l'histoire et singulièrement de l'histoire coloniale pour les pays en développement, à la famille de la *common law* ou à celle de la *civil law*<sup>59</sup>.

• L'indicateur de LPE de l'OCDE s'adosse à une caractérisation moins radicale des systèmes juridiques et des déterminants de la réglementation. Les aspects positifs de la protection de l'emploi sont reconnus, notamment comme facteur de correction de la sous-optimalité des décisions de licenciement qui n'en prennent pas spontanément en compte le coût social. Ainsi, les *Perspectives de l'emploi* pour l'année 2004 précisait que l'absence de protection de l'emploi tend à « générer trop de licenciements par rapport à ce qui est souhaitable pour la société et l'économie »<sup>60</sup> et que, *a contrario*, « (...) l'objectif essentiel de la LPE est d'inciter les entreprises à internaliser le coût social de leurs licenciements afin d'accroître l'efficacité économique » (*ibid.*). Mais des effets pervers sont également relevés, les plus notables d'entre eux étant de réduire les taux de sortie du chômage et de rendre « plus difficile l'accès ou le retour à l'emploi » (*ibid.*) et de renforcer la segmentation du marché du travail entre *insiders* et *outsiders*.

### Les sources de données

Au regard des pratiques en vigueur en matière de données institutionnelles, les sources de données relatives aux institutions en général, aux dispositifs juridiques en particulier, peuvent être réparties en trois grandes catégories :

- Des données de nature *subjective*, qui prennent la forme de jugements évaluatifs attribués par des experts ou des groupes d'experts détenteurs de savoirs empiriques ou professionnels. Nombre de bases de données internationales produites par des organisations privées, dans une perspective d'évaluation du risque pays ou dans celle de la promotion de valeurs démocratiques, entrent dans cette catégorie. Ces données répondent à une logique d'appréhension de la perception qu'ont les répondants de l'état du pays considéré au regard des questions posées.
- Des données issues de la *consultation d'experts* à qui incombe la tâche de *décrire le droit en vigueur et sa mise en œuvre*. Kaufmann, Kraay et Mastruzzi<sup>61</sup> considèrent que cette démarche traduit la volonté de recueillir des données objectives, indépendantes des perceptions des répondants. Prétention objective sujette à caution, dans la mesure où les répondants décrivent ce qu'ils pensent être la nature objective des dispositifs juridiques. C'est en l'occurrence la démarche de *Doing Business* et des économistes qui en ont fourni la méthode et l'esprit<sup>62</sup>.
- Des données purement textuelles, obtenues en consultant des sources juridiques, sans passer par le truchement d'une enquête ou la consultation de répondants. C'est là le procédé utilisé par l'OCDE pour construire son indicateur synthétique de Législation de protection de l'emploi.

La nature des données recueillies ou traitées varie également. On peut les répartir en trois catégories :

---

<sup>59</sup> E. Glaeser & A. Shleifer, « Legal Origins », *Quarterly Journal of Economics*, nov. 2002, pp. 1193-1229.

<sup>60</sup> OCDE, *Perspectives de l'emploi 2004*, p. 100.

<sup>61</sup> D. Kaufmann, A. Kraay, M. Mastruzzi, *Governance Matters III : Gouvernance Indicators for 1996-2002*, Banque Mondiale, 30 juin 2003.

<sup>62</sup> S. Djankov et al., 2003, op. cit.

- Des données organisées sous la forme d'indicateurs, dont la vertu est d'exprimer, dans un référentiel commun, les caractéristiques institutionnelles de nombreux pays. Ces données reposent sur le principe de la construction de variables de rang, seules à même de permettre d'opérer des classements internationaux.
- Des données quantitatives, qui reposent sur des mesures statistiques, quelle que soit par ailleurs leur source (données d'enquête ou données statistiques publiques).
- Des données qualitatives, qui prennent la forme de textes (lois et règlements, doctrine, décisions de justice).

Le tableau suivant (*tableau 2*) offre une vue synthétique de la diversité des contextes d'analyse au regard des données utilisées.

**Tableau 2 – Typologie des sources et des natures des données institutionnelles**

		Nature des données		
		Qualitatives (indicateurs)	Quantitatives (données statistiques)	Qualitatives (textes)
<b>Sources des données</b>	Opinion subjective	Freedom House* Transparency International* ....		
	Avis d'experts	Doing Business Djankov et al.		
	Législation-réglementation en vigueur	OCDE - LPE		Droit comparé
	Mise en œuvre du droit		Contentieux comparé et indicateurs statistiques**  Economie du contentieux du licenciement***	Sociologie empirique du droit**  Jurisprudence comparative****

\* Organisations qui publient des indicateurs (de liberté civile, politique ou de corruption) « *perception based* ».

\*\* par ex. E. Blankenburg, The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behavior in The Netherlands and West Germany, *Law & Society Review*, 28 (4), 1994, pp. 789-808.

\*\*\* par exemple, les travaux d'économistes du travail s'intéressant à la sensibilité des juges des conflits du travail à la conjoncture : Maris, Marinescu, Ichino et al.

\*\*\*\* au sens qu'Edouard Lambert lui donnait : une méthode de comparaison juridique basée sur les décisions de justice plutôt que les normes codifiées (v. T. Kirat, « La méthode de jurisprudence comparative d'Edouard Lambert et son destin tragique », in ; D. Deroussin, dir., *Le renouveau des sciences sociales et juridiques sous la IIIe République : la Faculté de droit de Lyon*, La Mémoire du Droit, 2007).

On observera l'existence d'un *trade off* entre deux choix méthodologiques : la méthode des indicateurs n'est pas, dans l'état actuel des choses, en mesure de saisir les droits sous l'angle de leur mise en œuvre ; or, cette possibilité est ouverte à des méthodes, qualitatives comme quantitatives, qui ne sont pas – par nécessité – compatibles avec la logique de comparaison et de classements internationaux sur la base d'indicateurs numériques.

## **B) Que mesurent (et ne mesurent pas) les indicateurs de protection de l'emploi ?**

La question de savoir ce que les indicateurs mesurent (et ne mesurent pas) a été posée à de nombreuses reprises. Récemment Berg et Cazes ont estimé que « the (DB) index is based

on a partial and crude understanding of how labour markets and its institutions function as well as the purpose of labour law »<sup>63</sup>.

Deux points seront discutés ici :

- le « périmètre » couvert par les indicateurs et leur représentativité,
- l'objet de la mesure sous la forme d'indicateurs de protection de l'emploi.

### **Périmètre et représentativité**

Sur ce point encore, les indicateurs DB et OCDE apparaissent sensiblement différents.

• Pour la construction de l'indicateur « Hiring and Firing Workers » de DB, le recueil des données est basé sur un cas particulier : un « salarié standardisé » qui présente des caractéristiques précises énumérées dans les instructions adressées aux répondants aux enquêtes. Il s'agit en l'occurrence d'un salarié à temps plein, père de deux enfants et dont l'épouse est au foyer, d'une ancienneté de vingt ans au sein de la même entreprise, dont le salaire et les prestations sociales sont égaux au ratio GNP/Labor Force du pays au cours de la totalité de sa période de travail, qui est citoyen, de la race et de la religion majoritaire dans le pays, et n'est pas syndiqué (à moins que l'appartenance syndicale ne soit obligatoire). Ce « salarié standardisé » est lui-même employé dans une « entreprise standardisée » dont les caractéristiques sont elles aussi précisément énumérées : une entreprise locale (sans participation étrangère au capital) du secteur manufacturier de plus de deux cents salariés, qui n'accorde aucun avantage salarial qui ne soit prévu par les lois et règlements. Berg et Cazes voient dans ce procédé la source d'un biais de sélection. En effet, Doing Business ne justifie pas le choix de l'entreprise de 200 salariés et ne précise pas en quoi elle est représentative des salariés dans les différents pays. Ainsi, dans l'UE 15 en 2005, l'ancienneté moyenne était de 10,6 ans, et 17% des salariés seulement avaient une ancienneté supérieure à 20 ans. De surcroît, l'indicateur DB ne tient aucunement compte de l'existence de différentiels de niveau de protection de l'emploi en fonction de la taille des entreprises. En Allemagne par exemple, les entreprises de moins de 5 salariés, qui ne sont pas soumises au Kündigungsschutzgesetz (loi de protection contre les licenciements), emploient 11% des salariés allemands. Au Chili, 60% des salariés sont employés dans des entreprises dont l'effectif est inférieur à 50.

• L'indicateur synthétique de rigueur de la LPE de l'OCDE ne s'appuie pas sur une situation de référence concernant les caractéristiques de l'entreprise ou du salarié. Parmi les 18 indicateurs élémentaires, certains envisagent plusieurs situations d'ancienneté des salariés ou d'effectifs de salariés licenciés. Cependant, la taille des établissements ou des entreprises n'est pas prise en compte dans la définition du score attribué aux indicateurs élémentaires.

### **Les ambiguïtés et les limites de l'objet de la mesure**

On s'interroge ici sur l'information capturée et non capturée par les indicateurs qui sont censés, du point de vue de leurs producteurs et de leurs utilisateurs, délivrer une information objective sur la nature et l'intensité des contraintes réglementaires qui pèseraient sur les acteurs économiques, les employeurs plus particulièrement. Les auteurs qui critiquent ces indicateurs se fondent sur une distinction entre ce qui est *de jure* et *de facto*, en reprochant aux indicateurs de ne désigner que le droit formel, par rapport au droit « dans les faits ». C'est le cas de Kaufman et al. (2003) et des critiques de Botero, dont la réponse fait

---

<sup>63</sup> Berg & Cazes, 2007, op. cit., p. 1.

écho à la même distinction. Il est cependant difficile de savoir en quoi consiste la description du droit « factuel », de sorte que l'objet de la critique reste ambigu. Ou bien le factuel désigne les *conduites* réelles des sujets par rapport aux commandements édictés par les règles, ou bien il s'agit des règles *sanctionnées* par les juges (*enforcement*), ou bien il s'agit de l'*interprétation* qu'en donnent les tribunaux. La première définition renvoie au suivi des règles ; les deux autres renvoient à l'intervention des tribunaux, sous leur double dimension contentieuse et jurisprudentielle.

#### a) Règles et pratiques

Si Botero et al. affirment que leur approche consiste à « mesurer les règles formelles »<sup>64</sup>, leur position finale n'est pas dénuée d'ambiguïtés. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer leur réponse à la critique selon laquelle « la qualité de l'*enforcement* des règles varie fortement selon les pays, et que par conséquent les règles formelles ne donnent que peu d'informations sur ce qu'il advient 'sur le terrain' »<sup>65</sup>. À cette critique, Botero et al. répondent avec plusieurs arguments :

1. la qualité de l'*enforcement* peut être contrôlée économétriquement,
2. fondamentalement, « les règles formelles importent énormément » (*ibid.*),
3. « ... presque tout le droit du travail est statutaire, même dans les pays de common law, ce qui fait que ce qui est écrit est à l'évidence supposé être ce qui est mis en œuvre »,
4. « ... nous avons construit plusieurs de nos indices, tels que le coût d'augmenter les heures de travail et le coût du licenciement d'un salarié, afin de refléter les coûts économiques réels et pas seulement le langage statutaire. Pour ces variables, la distinction entre ce qui est écrit et ce que ça coûte réellement n'existe pas »<sup>66</sup>.

L'argument 1, qui renvoie à l'application du droit par les tribunaux, implique de disposer d'une théorie de l'action en justice. Or comme on le verra, cette théorie est absente des indicateurs.

Les arguments 2, 3 et 4 méritent discussion. Les arguments 2 et 3 conjugués laissent penser qu'il n'y aurait pas d'écart entre l'énoncé des normes écrites et leur mise en œuvre, hypothèse que l'on peut qualifier d'« héroïque » dans la mesure où elle revient à considérer les normes juridiques comme performatives, c'est-à-dire comme faisant advenir dans les faits la situation qu'elles décrivent. L'argument 4 revient à affirmer que, quand bien même la seule prise en compte du « droit formel » serait une impasse, les indicateurs économiques constituent une solution au problème dans la mesure où ils permettraient de combler l'écart entre les règles formelles et leur mise en œuvre. Or, *in fine*, les coûts économiques sont eux-mêmes déduits des dispositions législatives et réglementaires, c'est-à-dire du « *statutory language* »... qu'ils sont justement censés dépasser. L'argument avancé est par conséquent tautologique.

---

<sup>64</sup> Botero et al., 2004, op. cit., p. 1346.

<sup>65</sup> *ibid.*, p. 1347.

<sup>66</sup> *ibid.*, p. 1137.

## b) Un angle mort : le contentieux et la jurisprudence

La contribution des tribunaux à la mise en œuvre du droit du travail, donc à la réalisation effective de la protection de l'emploi, constitue un obstacle sur lequel butent les indicateurs OCDE et DB.

### 1. Un point commun aux indicateurs OCDE et DB

L'OCDE admet explicitement cette limite de l'indicateur de LPE : les dispositions légales en matière de protection de l'emploi « font l'objet d'interprétations de la part des tribunaux, ce qui peut constituer une source importante (mais difficile à cerner) de variation de la rigueur de la LPE, à la fois entre certains pays et dans le temps »<sup>67</sup>.

Quant à l'indicateur DB, certains commentateurs ont souligné qu'il se limite à l'évaluation des textes, ne se préoccupe pas de leur « application » et omet une variable « *enforcement procedures* ». Or, « Enforcement plays a crucial role in the functioning of labour markets, notably in determining labour market flows such as job losses and inflows into unemployment » et « Jurisprudence would thus be seen as important as – if not more important than – the nominal strictness of regulations per se »<sup>68</sup>.

### 2. Deux lectures du rôle des tribunaux : jurisprudence et contentieux

L'intuition selon laquelle l'observation de la protection effective de l'emploi implique la prise en compte de l'action des tribunaux doit être précisée. Comme nous l'avons indiqué précédemment, cette intervention est de deux ordres, ou bien d'ordre interprétatif (jurisprudence), ou bien d'ordre juridictionnel (contentieux). L'action jurisprudentielle renvoie à la prise en considération de l'interprétation des règles législatives ou réglementaires par les tribunaux supérieurs. Le contentieux recouvre les actions en justice, ainsi que les réponses données par les juges (réussite ou échec de l'action).

Une lecture jurisprudentielle de la mise en œuvre du droit du travail peut conduire à prendre en considération les interprétations de la réglementation par les tribunaux supérieurs, détenteurs du pouvoir de fixer le sens des règles législatives ou réglementaires. À ce titre, les positions jurisprudentielles participent du droit positif et s'attachent à la formation des normes juridiques, mais elles ne peuvent décrire la nature du contentieux du travail, qui doit faire l'objet d'une autre méthode. La lecture en terme de contentieux invite à rechercher quelles demandes sont formées par les salariés parmi les demandes possibles, et quelles réponses leur sont apportées par les tribunaux.

On peut noter que certains travaux se sont efforcés d'intégrer dans leurs modèles les positions des juges du fond en matière de conflit du travail, en utilisant les statistiques judiciaires. Ainsi, Marinescu<sup>69</sup> s'est attachée à analyser la relation empirique entre l'application du droit du licenciement par les tribunaux en France et au Royaume-Uni et la conjoncture économique. Elle souligne que l'adaptabilité constatée des décisions des tribunaux aux circonstances individuelles et macroéconomiques devrait conduire à nuancer l'idée selon laquelle le système de protection de l'emploi est particulièrement rigide et peu sensible à ses conséquences économiques. Dans le même cadre analytique, Ichini, Polo et Rettore<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> OCDE, *Perspectives de l'emploi* 2004, p. 71 – nous soulignons.

<sup>68</sup> Berg & Cazes, 2007, op. cit., p. 10.

<sup>69</sup> I. Marinescu, « Are Judges Sensitive to Economic Conditions? Evidence from UK Employment Tribunals », doc de travail, 2006 ; « Application du droit du licenciement et conditions économiques en France », doc de travail, 2003.

<sup>70</sup> A. Ichino, M. Polo, E. Rettore, « Are judges biased by labor market conditions? », *European Economic Review*, 47, 2003, pp. 913-944.

ont procédé à une étude empirique du contentieux du licenciement italien. Ils concluent que les juges italiens sont sensibles aux conditions macroéconomiques, dans la mesure où ils tendent à statuer plus fréquemment en faveur du salarié lorsque le taux de chômage régional est élevé, comparativement à une conjoncture moins déprimée. Ces approches empiriques mettent en évidence le fait que la mesure des coûts du licenciement ne peut être valablement opérée à partir des normes légales en vigueur, mais suppose de prendre en considération la manière dont les juges décident en pratique. Or cet aspect n'est pas capturé par les indicateurs de protection de l'emploi.

### **Le problème des équivalents fonctionnels et de la comparaison des schémas procéduraux**

Une des exigences du droit comparé est de ne pas s'en tenir à la forme et au libellé des règles, mais de repérer les « équivalents fonctionnels ». En pratique, les indicateurs font la part belle aux procédures qui encadrent les conditions du licenciement pour motif personnel ou pour motif économique et sur les obligations qui pèsent sur les employeurs (durée du préavis, entretien préalable, plan de conversion, autorisation administrative, etc.). Or les dispositions expresses de la législation de la plupart des pays de *common law* sont en nombre plus limité que dans les pays de droit civil et le contenu des règles spéciales de licenciement y est en apparence plus souple ; on ne peut pour autant en conclure que le licenciement n'est pas soumis à des règles<sup>71</sup>. Il existe bien des règles, mais comme elles ne sont pas nécessairement réservées au droit du travail, aucun indicateur ne les prend en considération. Ainsi, les salariés licenciés, en tant que citoyens et justiciables, disposent de droit de contester les conditions de leur licenciement au titre de l'*unfair dismissal*<sup>72</sup>, équivalent de l'abus de droit. Les juges, parfois même le législateur, contrôlent le motif du licenciement notamment au regard de la discrimination raciale ou sexuelle, du harcèlement et autres droits fondamentaux<sup>73</sup>. Dans les pays de *common law*, le contrôle de l'*unfair dismissal* est essentiellement judiciaire. Or, les indicateurs de protection de l'emploi ne prenant pas en compte la jurisprudence, cela fait disparaître de la vue des utilisateurs de ces indicateurs des pans entiers de la protection de l'emploi dans les pays de droit anglo-américain. Ces considérations appellent à la plus grande prudence sur la qualité de l'information contenue

---

<sup>71</sup> Sur le cas des Etats-Unis, voir P. Oyer & S. Schaefer, « Layoffs and Litigation », *Rand Journal of Economics*, 31 (2), 2000, pp. 345-358. Les auteurs analysent empiriquement les décisions de licenciement individuel et collectif avant et après le vote du Civil Rights Act de 1991, qui renforce les outils juridiques de la lutte contre les discriminations raciales en supprimant le plafond de 300.000 \$ de dommages et intérêts punitifs susceptibles d'être alloués à un salarié victime d'un licenciement protégé par la loi fédérale (femmes, minorités ethniques, salariés de plus de 40 ans, handicapés). Oyer et Schaefer concluent à un effet de substitution, le recours aux licenciements collectifs étant devenu plus fréquent que le licenciement individuel. Cela s'exprime par le fait qu'un salarié protégé licencié aura plus souvent recours aux tribunaux, composés de jurys généralement en empathie avec les salariés. Le coût du licenciement abusif parce que discriminatoire devient alors énorme, notamment du fait des dommages punitifs. Oyer et Schaefer estiment que le recours contentieux au titre du Civil Rights Act est beaucoup moins fréquent de la part de salariés protégés lorsque le licenciement est collectif.

<sup>72</sup> Une simple consultation des sites juridiques publics conduit à penser que, compte tenu du très grand nombre d'arrêts des juridictions d'appel et de cassation mis en ligne, les salariés américains, irlandais ou anglais, voire même québécois, ne se privent pas de cette capacité de saisir les tribunaux.

<sup>73</sup> Les juristes sont sensibles au rapport entre le droit du travail et les droits fondamentaux. Pour des regards différents, mais complémentaires, voir F. Gaudu, « Des illusions des juristes aux illusions scientistes », in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail au défi de l'économie*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 101-112 et G. Vallée, M. Coutu et M.-C. Hébert, « La norme d'égalité en milieu de travail : étude empirique de la mise en œuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage », in G. Vallée, M. Coutu, G. Rocher, J.-M. Lapierre, J.-D. Gagnon (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p.19-94.

dans les indicateurs et, partant, quant à la comparabilité des réglementations nationales de protection de l'emploi. C'est à cette prudence que nous invite la comparaison des schémas procéduraux qui entourent la rupture du contrat de travail en France, en Italie et au Royaume-Uni. Il en ressort que la souplesse et la simplicité des droits n'est pas là où on le croit, et que l'association des droits des pays de *common law* avec la flexibilité, et des pays de *civil law* avec un droit rigide et procédurier, mérite d'être révisée.

## VI.1.2. La comparaison des procédures relatives à la rupture du contrat de travail <sup>74</sup>

### A) Objectif et méthode

L'objectif des développements qui suivent est de comparer les règles relatives au licenciement des trois pays étudiés, en les considérant comme des *séquences d'actions*, formant une chaîne dont le tribunal est le dernier maillon. Cette approche permet d'introduire un point de vue dynamique sur les droits, sans se limiter, comme les faiseurs d'indicateurs, à décrire des textes supposés être une description de la réalité. L'attention sera portée aux conditions de la mise en œuvre des droits, et notamment aux obstacles de toute nature qui peuvent être apportés aux réclamations en justice. Certains concernent le fond du droit, soit qu'ils conditionnent l'action à la satisfaction de certains critères (par exemple, la condition d'ancienneté pour les demandes relatives au licenciement abusif en Grande-Bretagne), soit qu'ils introduisent des délais de prescription brefs... ; d'autres sont de nature procédurale, et imposent des conditions de recevabilité (obligation de passer par des procédures préalables, de recourir à un avocat...) ; d'autres enfin sont de nature organisationnelle, et ont trait à l'infrastructure juridictionnelle et aux moyens alloués aux tribunaux pour rendre des décisions dans un délai raisonnable. À un certain degré de complexité des règles, les droits déclarés peuvent se voir vidés de tout contenu <sup>75</sup>.

L'idéal serait d'articuler ces règles en sorte que puisse être caractérisée de manière globale l'*aptitude* du droit du licenciement à se « réaliser » dans la pratique. On sait la difficulté qu'il y a déjà à comparer les procédures de traitement contentieux des licenciements. Le Comité européen pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) a bien proposé dans son édition de 2006 de bâtir une première esquisse de comparaison du contentieux des licenciements dans la plupart des pays adhérents à la Convention européenne des droits de l'homme. Mais les indicateurs procéduraux restent limités, et l'étude se borne à relever les durées moyennes de contentieux ainsi que les taux de recours en cas de rupture des contrats de travail à l'initiative de l'employeur.

L'étude présentée est à la fois plus modeste et plus ambitieuse. Plus modeste, car elle ne concernera que trois pays : la France, l'Italie et le Royaume-Uni. Plus ambitieuse, car elle veut aller plus loin dans l'analyse des séquences prévues par des textes pour aménager les ruptures. Cette approche s'impose dans la mesure où tous les systèmes juridiques étudiés prévoient désormais des normes procédurales antérieures aux licenciements, créatrices d'obligations à la charge de l'employeur, du salarié ou des institutions représentatives du personnel avant toute rupture, voire tout projet de rupture. Appréhender le contentieux du

---

<sup>74</sup> Les développements qui suivent résument l'étude complète : R. Dalmaso, « Les procédures de licenciement en droit comparé (Royaume-Uni, Italie, France). Contribution à une comparaison procédurale des litiges relatifs aux licenciements », (V. Volume II, II).

<sup>75</sup> Miller donne l'exemple du *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995, adopté par le Congrès contre le veto du président Clinton, qui imposait aux particuliers, demandeurs contre des entreprises de courtage, des obligations procédurales accrues, au point d'affaiblir l'*enforcement* des lois sur les opérations boursières. Miller, Arthur R., (2003), préc. p. 1000-1001.

licenciement à partir du moment de la saisine du tribunal ne permet donc pas de rendre compte de la dynamique du droit du licenciement, qui commence bien avant dans le droit de nombre de pays. En fin de compte, la prise en considération des procédures antérieures à la concrétisation de la décision de rupture du contrat de travail et des spécificités des dispositifs en vigueur en matière de mode de règlement des différends, *doit permettre de moduler les évaluations qui sont faites du caractère plus ou moins rigoureux des règles du licenciement, et par là de discuter les données comparatives de recours aux tribunaux.*

Ce travail de comparaison a été mené à partir des sources juridiques et statistiques disponible <sup>76</sup>. Il a donné lieu à établissement d'un tableau détaillé <sup>77</sup>, classant les étapes de procédure dans leur ordre d'apparition jusqu'à la saisine du tribunal.

## **B) Principaux résultats**

Le travail comparatif a mis en évidence la très grande complexité des droits nationaux en matière de rupture du contrat de travail. Chaque ordonnancement juridique a fait preuve d'une imagination peu commune pour établir des règles encadrant les litiges, et il est certain qu'une étude étendue à d'autres pays permettrait de trouver encore d'autres formes. D'ores et déjà, l'analyse des procédures montre que France, Italie et Royaume-Uni présentent des profils bien distincts, chaque système formant un « type » à lui seul. Nous avons pu établir ainsi trois modèles distincts de traitement juridique des ruptures individuelles de contrat de travail, dont nous présentons brièvement les caractéristiques, en distinguant les licenciements individuels (pour motif économique ou inhérents à la personne), et collectifs (économiques).

### 1. Licenciements individuels

- Le système du Royaume-Uni (et plus précisément de Grande-Bretagne) est le plus fermement orienté vers la résolution amiable des litiges individuels de travail en dehors des tribunaux <sup>78</sup>.

Ces procédés sont très diversifiés. Tout d'abord, la résolution des litiges est favorisée au plus tôt, dans l'entreprise, dès que l'employeur a un grief à reprocher à un salarié. Une procédure de règlement des litiges sur le lieu de travail, assez complexe, doit ainsi obligatoirement être suivie <sup>79</sup>. Le licenciement d'un salarié, si licenciement il y a <sup>80</sup>, ne peut intervenir qu'au terme d'un temps assez long, afin que le travailleur puisse apporter des éléments de défense. Après la rupture, des voies de conciliation sont également prévues et favorisées <sup>81</sup>. Les litiges donnant lieu à un contentieux *devant les tribunaux compétents* sont moins nombreux que dans les deux autres pays étudiés, les étapes de procédure « absorbant » en quelque sorte les réclamations.

---

<sup>76</sup> Les auteurs du rapport tiennent à exprimer leurs remerciements à Gaia Giappichelli, doctorante à l'Université de Venise, pour sa disponibilité, son aide et ses précieux conseils en droit procédural italien du travail.

<sup>77</sup> Ce tableau figure dans le Volume II, II.

<sup>78</sup> Serverin E., « Le traitement des litiges du travail en droit français et britannique : deux modèles d'intégration des procédés amiables », *RDT* 2007 n°2, p.195 et s. [V. Volume II, XXII].

<sup>79</sup> Cette procédure est décrite, dans le tableau comparé, à l'étape n° 4. V. également Serverin E., op.cit. : « Sauf situations particulières énumérées, ces procédures s'appliquent aux mesures disciplinaires et aux licenciements (...) et aux réclamations des salariés (*grievances*). Les procédures standard suivies par les employeurs sont écrites, amplement motivées, en droit comme en fait ».

<sup>80</sup> Dans cette procédure, il est fait référence uniquement à des griefs. Par principe, l'employeur n'envisage pas encore un licenciement. Celui-ci peut cependant intervenir à l'issue de cette procédure, une fois le salarié entendu.

<sup>81</sup> V. l'étude de l'ACAS, à l'étape n° 7 du tableau.

Cela n'empêche pas le *nombre* total de litiges d'augmenter, en raison notamment de l'introduction de nouveaux droits. On remarquera à cet égard que les indicateurs internationaux regardent avec faveur l'instauration de telles procédures en amont. L'OCDE relevait ainsi que « *le fait le plus marquant qui émerge du tableau (...) est sans doute que, dans les pays pour lesquels l'information est disponible, la plupart des conflits du travail sont résolus au moyen de la conciliation. L'accord peut intervenir entre les parties avant même qu'un recours ait été formé, ou bien être passé en cours d'instruction, le différend étant ainsi réglé à l'amiable avant que le tribunal ait rendu un jugement* »<sup>82</sup>. Relayée ensuite par certains économistes, cette observation est présentée comme une cause des excès supposés du contentieux : la France souffrirait d'un « *aménagement insuffisant des possibilités de conciliation au sein de l'entreprise* »<sup>83</sup>.

Il n'est pas certain cependant que ces étapes préalables sur les lieux de travail constituent une simplification des procédures de licenciement. Pour l'employeur, la procédure de conciliation est *obligatoire* dès lors qu'il a un grief à exprimer à l'égard du salarié. La procédure elle-même est complexe et comporte plusieurs étapes, dont le non-respect lui fait courir le risque d'une condamnation devant les tribunaux. Du côté du salarié, l'obligation de former des griefs contre son employeur avant de pouvoir saisir le juge peut être l'occasion de l'obliger à fournir des réponses qui pourront être ensuite produites en justice. La multiplication des séquences peut conduire paradoxalement le salarié à contester la décision de l'employeur devant les commissions de conciliation, et plus tard devant les tribunaux. L'affirmation que le droit du licenciement du Royaume-Uni est peu contraignant est donc infondée du point de vue de la procédure, qui se révèle d'une rare complexité.

- Comparé au modèle britannique, le système français des licenciements individuels apparaît au contraire très simple, voire rudimentaire. Contre tous les stéréotypes<sup>84</sup>, on rappellera qu'en France, la procédure de rupture d'un contrat à l'initiative de l'employeur se déroule simplement. Elle comporte deux étapes très peu formelles (convocation à un entretien préalable, entretien), suivies d'une lettre notifiant le licenciement, qui encadrera les termes du litige en cas de saisine du conseil de prud'hommes. Si contestation il y a, l'employeur en sera rapidement informé, et toute la procédure (conciliation puis jugement) se déroulera devant le conseil de prud'hommes, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des tiers conciliateurs ou médiateurs dont l'intervention génère délais et coûts supplémentaires. Il en résulte une concentration des litiges en un seul lieu, avec une relative prévisibilité des résultats.

- L'Italie représente un modèle intermédiaire : le licenciement individuel est encore plus facile et rapide qu'en France, mais la saisine obligatoire d'une commission de conciliation extrajudiciaire montre que le recours au tribunal compétent n'est qu'une voie ultime de résolution du litige.

## 2. Licenciements collectifs

L'opposition n'est pas aussi marquée pour les licenciements économiques collectifs, qui sont partout encadrés par des procédures. Deux types peuvent être dégagés.

- La France comme l'Italie multiplie les *procédures préalables à tout licenciement collectif*, voire tout avant-projet de licenciement, avec la CIGS (*cassa integrazione guadagni*)

---

<sup>82</sup> OCDE, *Perspectives de l'emploi* 2004, pp. 66-136, tableau pp. 74-75.

<sup>83</sup> Cahuc, P, Kramarz, F., (2004), *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, op.cit., pp.153-154.

<sup>84</sup> Pour une critique de ce stéréotype, v. Myriam Bobbio, (2008), « De la difficulté de licencier... », in *Le contrat de travail*, préc., p. 34-45.

*straordinaria*<sup>85</sup>) en Italie et la GPEC (gestion prévisionnelle des emplois et des compétences<sup>86</sup>) puis le PSE (plan de sauvegarde de l'emploi<sup>87</sup>) en France. L'objectif de ces procédures préalables est de limiter les contestations ultérieures des motifs économiques avancés au soutien des licenciements, même si les salariés, en France comme en Italie, conservent le droit de contester la rupture du contrat devant un juge. Ces dispositions visent surtout, concernant les relations collectives de travail, à organiser de la manière la plus pacifiée possible les ruptures, suspensions ou modifications collectives de contrats pour motif économique. De plus, dans ces deux pays, les institutions représentatives du personnel jouent un rôle décisionnel de plus en plus important. Sans parler de cogestion, car le choix de la restructuration demeure un choix purement patronal, il convient de noter la responsabilité grandissante des institutions représentatives du personnel dans ces processus de suspension, modification voire rupture collective des contrats.

- Le droit du Royaume-Uni est moins engagé dans ce processus de prévision des licenciements collectifs. Cependant, ce pays est tenu par le droit communautaire, qui a prévu en cas de licenciement collectif une information et une consultation des institutions représentatives du personnel, et ne peut donc pas se situer en opposition complète avec les logiques des deux autres systèmes<sup>88</sup>.

### **Propositions pour aller plus loin dans la comparaison des procédures**

Si les systèmes juridiques sont au cœur des comparaisons internationales en matière de droit du travail, la dimension contentieuse reste largement ignorée. Lorsqu'elle est prise en compte, la collecte des données chiffrées à leur propos s'avère délicate, et leur interprétation hasardeuse<sup>89</sup>. Il est possible d'avancer sur ce terrain en recourant aux comparaisons procédurales.

1. Pour pouvoir comparer ce qui est comparable, la collecte des informations juridiques et leur chiffrage doivent suivre la chaîne complète des procédures qui suivent le litige de la naissance à sa résolution. Toutes ces étapes devraient être évaluées, à la fois du point de vue de leur nombre, de leur durée et des formes de règlement qu'elles prévoient. Selon les sources et les démarches suivies, les chiffres peuvent varier considérablement, et avec eux leurs commentaires.

Tout d'abord, dans la construction du dénominateur, c'est-à-dire dans la détermination de la population de référence le choix de décompter les recours contre les licenciements par rapport à la population entière d'un pays, ou par rapport aux seuls licenciements prononcés, modifie radicalement les taux et leur signification. Il serait opportun d'unifier cette base de calcul au moins au niveau européen ; le choix du nombre de licenciements semble le plus pertinent.

L'établissement du numérateur, c'est-à-dire du nombre de litiges liés à la rupture, est rendu complexe en raison de la diversité des procédures que nous avons mise en évidence. Quelle unité de compte retenir en matière de rupture : le nombre de procédures au sein de l'entreprise ? le nombre de demandes formées devant les instances de conciliation ? le

---

<sup>85</sup> V. sur la *cassa integrazione guadagni straordinaria*, l'étape n° 2 du tableau, et son commentaire in « Les procédures de licenciement en droit comparé (Royaume-Uni, Italie, France) » [V. Volume II, II].

<sup>86</sup> V. tableau, étape n° 1.

<sup>87</sup> V. tableau, étape n° 2.

<sup>88</sup> V. la procédure de *redundancy* décrite à l'étape n° 2 du tableau. La procédure d'information des institutions représentatives du personnel en cas de sureffectif est comparable à bien des égards aux procédures française et italienne.

<sup>89</sup> V. *supra*, Introduction, 3.

nombre de saisines du tribunal ? le nombre d'affaires déclarées recevables ? le nombre d'affaires jugées ? Pour être cohérents avec la logique procédurale, il serait nécessaire de se placer le plus en amont des procédures. Mais les données manquent la plupart du temps, de sorte que les procédures externes aux tribunaux ne sont généralement pas décrites.

Les recours judiciaires devraient pouvoir être mieux appréhendés en fonction des demandes précises formulées par les salariés, aussi bien d'un point de vue juridique que financier (sommés réclamés). Les sommes octroyées aux salariés par des jugements condamnant l'employeur devraient également pouvoir être rendues publiques à des fins statistiques. Ces données sont disponibles au Royaume-Uni<sup>90</sup>. En France, ces données de nature financière ne sont pas accessibles, bien que certaines d'entre elles figurent sur les attestations ASSEDIC<sup>91</sup>.

Ces précisions sont un préalable indispensable à la production de chiffres, faute de quoi les classements deviennent discordants. Nous avons pu le vérifier lorsque nous avons comparé les taux de recours dans les différents pays, qui divergeaient entre les études de l'OCDE et du CEPEJ. Par exemple, l'Italie est considérée par le CEPEJ<sup>92</sup> comme un pays ayant un taux de recours élevé contre les licenciements (276 nouvelles affaires pour 100.000 habitants en 2004). Ce taux surpasse ceux de la France (203 nouvelles affaires pour 100.000 habitants) et du Royaume-Uni (160 nouvelles affaires pour 100.000 habitants). Inversement, selon l'OCDE<sup>93</sup>, l'Italie est un pays faiblement contentieux : le taux de litiges soumis aux tribunaux par rapport aux licenciements n'y serait que de 1,6%, contre 25,3% en France et 7,1% au Royaume-Uni. La différence tient à la fois à la définition du litige (numérateur) et au choix de la population de référence (dénominateur).

Au-delà de ces questions d'unité de compte, c'est la manière de concevoir le litige qui doit être discutée, dans la mesure où la construction de l'échelle d'évaluation en dépend. Si le droit qui régit les licenciements est connoté négativement, alors les actions exercées par les salariés le seront également. Il en résultera un développement des incitations au règlement non juridictionnel, et une indifférence aux moyens institutionnels de traiter les différends. Si on considère au contraire que tout acte unilatéral de rupture du contrat de travail crée un préjudice à celui qui vit de son travail, alors la *possibilité* doit être largement ouverte au salarié de le contester, sans préjudice des droits sociaux dont il peut bénéficier par ailleurs. Les capacités de traitement de l'appareil de justice doivent être améliorées, tant du point de vue matériel que procédural. Ce qui est certain, c'est qu'aucun État européen n'ignore, et ne peut ignorer en l'état de ses engagements internationaux, le droit au recours. Il serait nécessaire de se doter des moyens statistiques de comparer les conditions dans lesquelles ces recours peuvent s'exercer, et de développer une action communautaire spécifiquement orientée vers les tribunaux du travail, comme on a su le faire en matière de droit de la consommation.

---

<sup>90</sup> *L'employment tribunals service* du Royaume-Uni publie un rapport annuel (*annual report*), disponible sur internet, où figurent notamment les compensations octroyées pour chaque type de litige.

<sup>91</sup> Il serait cependant possible d'exploiter certaines de ces données. En effet, en France, chaque rupture du contrat de travail nécessite, de la part de l'employeur, la remise aux ASSEDIC d'une attestation. Le décret n°2006-390 modifiant l'article L. 351-5 C. Trav impose désormais à l'employeur d'adresser directement à l'ASSEDIC un exemplaire de l'attestation en sus de l'exemplaire remis au salarié, et ce pour toute rupture ou fin de contrat de travail. Ces attestations comportent une mine de données primordiales : l'employeur doit notamment mentionner précisément le motif de la rupture du contrat de travail (paragraphe 6), les salaires des douze mois civils complets précédant le dernier jour travaillé et payé (paragraphe 7.1), les primes et indemnités différentes des salaires (paragraphe 7.2) et les sommes versées à l'occasion de la rupture (paragraphe 7.3).

<sup>92</sup> V. pour toutes les données suivantes, CEPEJ, *Systèmes judiciaires européens*, édition 2006, précité p. 94.

<sup>93</sup> OCDE, *Perspectives pour l'emploi 2004*, précité, p.74-75.

## VI.2. LA MESURE DES ACTIONS

Dans le cadre théorique retenu pour la recherche, le volet empirique constitue une pièce maîtresse de l'évaluation contentieuse du droit du travail. L'expérience acquise par les membres de l'équipe dans la collecte et le traitement des données judiciaires et des données statistiques sur le travail nous a permis d'inscrire deux opérations nouvelles dans notre programme de recherche : une étude empirique du contentieux du CNE, menée conjointement par Evelyne Serverin et Frédéric Guiomard ; des traitements statistiques des différentes hypothèses relatives aux effets du droit du travail, réalisés par Damien Sauze et Julie Valentin.

### VI.2.1. Le contentieux du CNE : une étude empirique <sup>94</sup>

Le contrat nouvelles embauches a été instauré par l'ordonnance du n°2005-893 du 2 août 2005, issue d'une habilitation donnée au gouvernement par la loi du 26 juillet 2005 de prendre « des mesures urgentes pour l'emploi ». Réservé aux entreprises de moins de 21 salariés, ce contrat à durée indéterminée peut être rompu par l'une ou l'autre des parties pendant une période de deux ans (dite de « consolidation »), sans avoir à suivre les règles prévues par le Code du travail, ce qui signifie, pour l'employeur, qu'il n'a pas à faire connaître les motifs du licenciement au moment de la rupture. Nous avons suivi pas à pas la place du juge dans ce contrat, de l'argumentaire économique qui voulait l'évincer, aux actions judiciaires qui l'ont replacé à son centre, à l'épilogue signé par l'OIT.

#### A) L'éviction du juge au cœur de l'argumentaire économique du CNE

Dans les modèles du marché de l'emploi, le contentieux figure comme facteur d'insécurité juridique. Les contestations seraient le résultat de la complexité du droit, qui pousserait les employeurs à la faute et serait cause de leur condamnation. De plus, le recours au tribunal perturbe le jeu de la prise de décision par l'employeur, le tribunal étant inapte à traiter efficacement des questions touchant à l'entreprise, notamment sur le terrain du licenciement économique, estimé abusivement investi par des « juges » <sup>95</sup>. La préconisation est habituellement de simplifier le droit de la rupture. Telle a été la fonction assignée au CNE, qui se fondait sur une limitation des *contraintes* pesant sur l'employeur, notamment sur une simplification de la procédure et la suppression de la motivation.

L'argumentaire du « *risque contentieux* » a été central dans l'élaboration du CNE. Examinant les articles de la loi d'habilitation, la Commission des affaires culturelles familiales et sociales de l'Assemblée Nationale <sup>96</sup> prend pour référence « les très petites entreprises qui passent difficilement le cap de la première embauche », et établit le diagnostic : « *La France compte 2,4 millions de travailleurs indépendants et entrepreneurs, mais un million seulement d'entre eux sont employeurs. (...). La complexité des démarches, le poids des charges, mais aussi la crainte d'avoir à justifier éventuellement devant un juge du motif d'un licenciement – donc d'avoir à dévoiler devant des tiers la vie de son entreprise – ap-*

---

<sup>94</sup> Voir l'étude complète Guiomard, F., Serverin, E. « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *RDT* 2007, n° 9, 502 [V. Volume II, XI].

<sup>95</sup> Juges qui sont en réalité ceux des cours suprêmes, et non les juges du fond, si on suit les exemples donnés par Pierre Cahuc, Francis Kramarz dans « Le contrat de travail unique, clé de voûte d'une Sécurité sociale professionnelle », *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 55-85.

<sup>96</sup> Rapport n° 2412 du 23 juin 2003, fait au nom de la Commission des affaires culturelles familiales et sociales sur le projet de loi n° 2403 habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures d'urgence pour l'emploi.

*paraissent constituer les principaux freins à l'embauche en contrat à durée indéterminée dans les très petites entreprises. »*

L'ordonnance prise dans le cadre de l'habilitation a été précédée d'un rapport tout aussi explicite sur le diagnostic, tout en élargissant le domaine de la justification : les petites entreprises sont un gisement d'emplois précieux qu'il faut exploiter prioritairement : « *Au 1er janvier 2004, les entreprises comptant jusqu'à vingt salariés étaient au nombre de 2,5 millions, dont 1,5 million sans aucun salarié. Ces entreprises représentaient à cette date environ 30% de l'emploi salarié. Or les chefs de ces entreprises hésitent encore trop souvent à embaucher, même lorsque leur plan de charge immédiat le leur permettrait. En raison de la volatilité de l'économie et des incertitudes liées à l'évolution de leur marché, par crainte des difficultés et des incertitudes, tant juridiques que financières, inhérentes à une rupture du contrat au cas où la conjoncture économique ou la personne du salarié rendrait nécessaire la cessation de la relation de travail, les chefs d'entreprise sont souvent réticents à recruter de façon pérenne sans visibilité à long terme* »<sup>97</sup>.

L'absence d'évidence du lien entre les textes et leur finalité de création d'emploi a compliqué la tâche du gouvernement, tenu de défendre le dispositif devant les organes saisis de recours contre le texte.

La question s'est posée d'abord au Conseil constitutionnel, à qui la loi d'habilitation était soumise<sup>98</sup>, qui s'est trouvé placé devant la situation inédite de devoir valider un modèle économique. Situation inédite sous cette forme abstraite, car si le Conseil avait été conduit à examiner à plusieurs reprises des mesures à caractère économique, c'était dans une relation de cause à effet « lisible ». Ainsi, le Conseil avait été conduit à examiner des mesures d'exonérations de charges prévues par la loi d'habilitation de 1986 concernant diverses mesures économiques et sociales. Il s'agissait alors de savoir si ces mesures portaient atteinte au principe d'égalité entre les entreprises, et le Conseil constitutionnel en avait admis sans difficulté la légalité en considérant « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées »<sup>99</sup>. De même, la question des seuils d'effectifs, souvent considérés comme des freins au recrutement de salariés supplémentaires, l'a amené à trancher sur les représentations des employeurs. Là encore, sans trop de peine, le Conseil a pu reconnaître un lien direct entre seuil et augmentation de la contrainte pour l'employeur.

Dans le cas du CNE, le lien n'a plus rien d'évident : en quoi l'allègement des procédures de licenciement (par définition créatrice de risque de perte d'emploi) peut-il répondre à une « urgence » aux fins de création d'emplois ? On l'a vu, cet énoncé n'a un sens qu'à l'intérieur du modèle où la rotation de la main d'œuvre est un facteur favorable à la création de l'emploi. Bien incapable de juger de sa crédibilité, le Conseil s'est borné à vérifier l'existence et la précision d'un argumentaire gouvernemental sur ce point : « *la finalité de l'autorisation délivrée au gouvernement (...), qui est de lever certains freins à l'embauche de nouveaux salariés dans les petites entreprises et le domaine dans lequel l'ordonnance pourra intervenir sont définis avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution* »<sup>100</sup>. L'adhésion devient explicite dans la justification

---

<sup>97</sup> JO n° 179, 3 août 2005, p. 12689.

<sup>98</sup> Cons. constit., 12 septembre 1977, décision n° 76-72 DC.

<sup>99</sup> Cons. constit., 26 juin 1986, décision n° 86-207 DC.

<sup>100</sup> Cons. constit., 25 juillet 2005, décision n° 2005-521 DC. « Considérant, en l'espèce, que, comme il ressort des termes mêmes de l'habilitation critiquée, la finalité de l'autorisation délivrée au Gouvernement par le 1° de l'article 1er de la loi déferée, qui est de lever certains freins à l'embauche de nouveaux sala-

que les commentateurs autorisés donnent de la décision du Conseil quant à l'appréciation du caractère suffisant de la précision apportée par la loi : « *le projet englobe les entreprises en effet très petites, pour lesquelles culmine le risque d'embauche (risque de retournement de conjoncture ou d'évaluation erronée des compétences professionnelles ou des qualités personnelles de la personne embauchée)* ». La dimension psychologique du phénomène visé est affirmée : « *Objectif, ce risque est également subjectif. En le diminuant, le contrat 'nouvelles embauches' est susceptible de desserrer un frein psychologique à l'embauche, frein beaucoup plus fort dans les petites entreprises, notamment à défaut de service des ressources humaines et de services contentieux* »<sup>101</sup>.

Se trouve ainsi validé le schéma dans lequel l'autorisation de détruire des emplois aurait *en elle-même* une portée créatrice sur l'emploi.

Le Conseil d'Etat, saisi de l'ordonnance prise dans le cadre de la loi d'habilitation, allait s'engager dans la même voie. Parmi les divers griefs formés contre l'ordonnance, figurait le moyen tiré de la méconnaissance de la loi d'habilitation, en raison de la disproportion de l'ordonnance attaquée au regard de l'objectif assigné au gouvernement par le législateur. Pour écarter le moyen, le Conseil d'Etat se réfugiait derrière la déclaration du gouvernement, sans l'endosser directement : « en excluant l'application de certaines règles protectrices contre le licenciement, l'ordonnance du 2 août 2005 n'a fait que mettre en œuvre l'habilitation conférée au gouvernement par la loi, « *le législateur ayant lui-même établi le lien que contestent les requérantes entre la définition de règles de rupture spécifiques et pour les entreprises ainsi visées, l'incitation à l'embauche* ».

On ne pouvait mieux dire que le lien entre le dispositif et la création emploi *n'existait pas dans les textes*, mais dans les déclarations gouvernementales, elles-mêmes dispensées d'établir, scientifiquement, la réalité de ce lien.

Ce modèle a été clairement utilisé pour produire le CNE, et c'est ce modèle qui sera fermement condamné par l'OIT. Mais qu'est-il devenu en pratique ? La question a été posée sur deux points : comment les salariés ont-ils réagi aux licenciements dont il ont fait l'objet ? les promesses de sécurisation juridique des ruptures faites aux employeurs ont-elles été tenues ?

## **B) Le CNE: les leçons du contentieux**<sup>102</sup>

Quoi qu'il en soit de son efficience économique, le CNE existe, et appartient au droit positif. Deux ans après son instauration, il était alors inscrit dans le paysage des contrats de travail, avec 814.400 intentions d'embauche formulées entre août 2005 et janvier 2007 (données Acoff). Il était temps d'évaluer sa portée juridique et judiciaire.

Quelle meilleure voie d'entrée pour procéder à cette évaluation que le contentieux, qui voit s'affronter prétentions et interprétations devant les juridictions du travail ? Nous avons profité d'une opportunité (la collecte de statistiques et de décisions par la Direction des affaires civiles et du sceau dans le cadre de l'application d'une circulaire du 8 mars 2006)<sup>103</sup>, pour procéder à une étude qui ne pouvait pas être réalisée à partir de la source

---

riés dans les petites entreprises, et le domaine dans lequel l'ordonnance pourra intervenir, sont définis avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution ».

<sup>101</sup> Cahiers du Conseil constitutionnel, 2005, jurisprudence, n° 19.

<sup>102</sup> Le texte présenté ici est un résumé de l'étude publiée dans la revue électronique *Telos*. L'étude complète a été publiée dans la *RDT* [V. Volume II, XI].

<sup>103</sup> L'objectif premier de cette circulaire n'était pas scientifique, mais visait à identifier les procédures dans lesquelles était mise en jeu la conformité du CNE à la convention 158 de l'OIT.

statistique habituelle <sup>104</sup>. L'exploitation de cette source nous a permis de recenser l'ensemble des demandes formées devant les conseils de prud'hommes et de disposer de la plupart des jugements et ordonnances prud'homaux rendus en la matière. De cette analyse <sup>105</sup>, nous avons pu tirer quatre grandes leçons concernant ce dispositif : la faiblesse des recours, la diversité des contestations, le renouveau du contentieux de la rupture, le grand retour du juge sur la scène du contrat.

La rupture des CNE a suscité très peu de recours de contentieux. L'étude a permis de recenser 867 demandes introduites devant les conseils de prud'hommes, ce qui, rapporté au nombre de ruptures du CNE constaté au cours de la période, établit le taux de contestation des ruptures à environ 0,48 %. En d'autres termes, moins de 5 ruptures de CNE sur 1.000 ont donné lieu à saisine d'un conseil de prud'hommes, au fond ou en référé. Sans doute n'est-ce pas surprenant. Le CNE concerne des salariés qui par hypothèse ne disposent que de très peu d'ancienneté, qui occupent des fonctions peu qualifiées et souvent mal rémunérées : ils n'ont pas grand chose à réclamer aux prud'hommes car ils disposent de peu de droits à faire valoir en justice. L'hypothèse peut être posée que le taux en question n'est pas très différent de celui qui concerne les contrats à durée indéterminée dans une situation comparable.

Pour n'être pas nombreux, les contentieux liés au CNE sont très variés. Si le motif d'incompatibilité du CNE avec les normes de l'OIT a été fort médiatisé, il n'engage que très peu d'affaires : la question a été posée dans quinze procédures, dont huit ont donné lieu à jugements, parmi lesquels deux seulement se fondaient exclusivement sur ce motif. Plus nombreux sont les contentieux qui concernent l'application des règles propres au CNE : le droit de l'employeur de recourir à ce contrat (lorsque le CNE a succédé à un précédent contrat conclu avec le même employeur), le respect du formalisme propre au CNE et surtout, évidemment, les conditions de la rupture du CNE, qui concernent 56% des affaires étudiées. Enfin, une proportion importante des contentieux touche à l'exécution du CNE *en tant que contrat de travail*, sur des points qui en disent long sur les conditions de travail dans les très petites entreprises : non-paiement des salaires (quelquefois pendant plusieurs mois), défaut de paiement des indemnités de rupture, travail dissimulé, défaut de visite médicale d'embauche, etc.

Peu d'affaires, mais une grande incertitude juridique dans le fondement des actions et des décisions. Le choix du gouvernement de neutraliser l'application d'un certain nombre de règles relatives au licenciement a laissé ouverte la question des règles à appliquer à la rupture. Faute de pouvoir appliquer des règles spécifiques, les juridictions ont donc été contraintes de faire appel aux règles du droit commun, c'est-à-dire aux règles générales du droit des contrats et de la responsabilité civile, qui leur laissent une large marge d'appréciation. Renaît ainsi de ses cendres la théorie de l'abus de droit dans la résiliation du contrat de travail, que la loi du 13 juillet 1973, en obligeant les employeurs à justifier un licenciement par « une cause réelle et sérieuse », avait plongée dans l'oubli. L'abus de droit permet d'accueillir nombre des demandes des salariés, particulièrement lorsque la rupture intervient dans un contexte de réclamation par le salarié de ses droits les plus élémentaires. Les prud'hommes n'hésitent pas à allouer des dommages et intérêts dans des hypothèses de licenciement consécutifs à des demandes de paiement de salaire ou heures supplémentaires, de bénéfice de congés, d'aménagements de poste de travail ou encore à des licenciements postérieurs à des accidents du travail, visiblement destinés à en éluder

---

<sup>104</sup> Le répertoire général civil des prud'hommes, qui a fourni la base de notre étude « Les litiges du travail en perspective contentieuse », ne comporte aucune information sur la nature des contrats.

<sup>105</sup> Dont on trouvera le détail dans la publication [V. Volume II, XI].

les conséquences. Les condamnations relevées dans ce contexte peuvent d'ailleurs paraître lourdes si on tient compte de la faible durée d'emploi : les dommages et intérêts en cas d'abus de droit avoisinent les 7.200 € pour une durée d'emploi de 4,4 mois en moyenne. Il semblerait que les six mois de salaires prévus par l'article L. 122-14-4 du code du travail pour les licenciements sans cause réelle et sérieuse restent une référence solide.

De façon surprenante, le CNE a signé le grand retour du *pouvoir d'interprétation* des juges dans le contrat de travail. En neutralisant les règles qui encadraient sa rupture, le gouvernement a remis à l'appréciation du juge la recherche de l'équilibre des relations contractuelles, ainsi que l'évaluation des indemnités qui en découlent. On avait bien dû en convenir depuis l'aube de ce contrat, le CNE n'est pas synonyme de liberté de licencier de manière discrétionnaire. L'employeur qui aura choisi la voie du licenciement par lettre recommandée avec avis de réception devra bien se résigner à indiquer aux juges les motifs jusqu'alors tenus cachés au salarié.

La persistance de l'intervention des juges dans ces questions de rupture du contrat est en soi une leçon : les règles perçues comme allouant une protection aux seuls salariés protègent également les employeurs en *donnant un cadre* aux prétentions. L'élimination de ce cadre ne saurait en rien freiner l'accès à la justice. Elle ouvre même la porte à des contestations nouvelles et à des réclamations plus exigeantes, que seul un long travail jurisprudentiel permettra de stabiliser. Or, même en se situant du point de vue de l'employeur, la sûreté des anticipations est toujours préférable à la quête toujours vaine d'un droit du travail sans juge.

### C) Epilogue <sup>106</sup>

Décidément, le modèle économique sur lequel s'est fondée l'ordonnance du 2 août 2005 instaurant le contrat nouvelles embauches est soumis à rude épreuve. La dernière en date est la conclusion de non conformité de ce contrat à la Convention 158 de l'OIT prononcée par le Conseil d'administration de l'OIT <sup>107</sup>. Cette décision met à mal les deux mécanismes qui sont au cœur de la création du CNE : l'allégation de la *nécessité pour l'emploi* de suspendre les garanties dues au travailleur licencié pendant une durée longue, et la promotion de la *limitation du contrôle* du juge par la suppression de l'énoncé des motifs. En arrière-plan se profile une critique plus générale des mesures de flexibilisation prises par les États.

#### **La suspension pour une durée de deux ans des droits des salariés en CNE n'est pas nécessaire à la promotion de l'emploi**

L'ordonnance instaurant le CNE a été présentée par le gouvernement comme l'instrument d'une politique d'emploi fondée sur l'idée d'une nécessité « *d'assouplir les procédures qui constitueraient un frein à l'embauche et au développement économique* » (n° 29). Contraint de justifier cet *assouplissement* au regard de la Convention 158, le gouvernement a cherché à le faire entrer dans le cadre de la dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 2 b, qui autorise un membre à ne pas appliquer les protections de la Convention aux « *travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable* ». Le gouvernement affirme que la période de deux ans a été conçue comme une période d'ancienneté « *dont le but est de permettre la consolidation de la relation contractuelle à*

---

<sup>106</sup> Serverin E., Guiomard, F., « L'économie du contrat nouvelles embauches revue et corrigée par l'OIT », *RDT 2007*, n° 12, 692 [V. Volume II, XXIII].

<sup>107</sup> Sixième rapport supplémentaire du comité chargé d'examiner la réclamation présentée par la CGT-FO, GB.300/20/6 du 14 novembre 2007, approuvé par le Conseil d'administration en assemblée plénière le 16 nov. 2007.

*mesure que la petite entreprise se développe jusqu'à ce qu'elle s'inscrive dans un contexte économique stabilisé » (n°5 0). Le Comité se déclare peu convaincu par cet argument, et relève que la question de la consolidation de l'emploi « n'a guère de lien » avec la situation visée par l'article 2b. Il admet « néanmoins que la période de consolidation de l'emploi pourrait relever de la 'période d'ancienneté requise' ». Mais c'est à condition que la durée de l'exclusion des avantages de la convention soit limitée « à ce qui peut raisonnablement être considéré comme nécessaire à la lumière des objectifs pour lesquels la période d'ancienneté a été fixée ». Compte tenu de l'objectif déclaré par le gouvernement de « permettre à l'employeur de mesurer la viabilité économique et les perspectives de développement de son entreprise », et en l'absence d'éléments justifiant le choix d'une durée plus longue que des durées d'ordinaire reconnues en France comme « raisonnables » dans d'autres circonstances, le comité s'est déclaré « dans l'incapacité de conclure qu'une période d'une durée aussi longue que deux ans soit raisonnable » (n° 71), et déclare injustifiée « l'exclusion des travailleurs concernés de la protection de la convention pendant cette durée » (n° 72). Autrement dit, la durée de sacrifice des droits ne sera jugée raisonnable que s'il est prouvé qu'elle est nécessaire pour atteindre le but recherché. Cette rigueur dans le raisonnement contraste avec la démarche suivie par le Conseil d'Etat dans sa décision du 19 octobre 2005, qui s'était contenté de déclarer la durée raisonnable « eu égard au but en vue duquel cette dérogation a été édictée et à la circonstance que le contrat 'nouvelles embauches' est un contrat à durée indéterminée ».*

### **Aucun licenciement ne peut être prononcé sans que soient énoncés des motifs contrôlables par un juge**

Faute de pouvoir bénéficier de la dérogation de l'article 2-2b, le CNE doit être conforme à l'ensemble des droits garantis par la Convention n° 158, notamment à travers l'exigence d'un motif valable de licenciement (art. 4) et du respect d'une procédure contradictoire en cas de licenciement pour motif personnel (art. 7). Le Comité conclut que le dispositif applicable à la rupture du CNE est insuffisant sur ces deux points, estimant trop limitée l'étendue du bénéfice de la procédure contradictoire (réservée aux licenciements à caractère disciplinaire), et trop étroit l'espace de contrôle du motif de licenciement. Il invite en conséquence le gouvernement, en consultation avec les partenaires sociaux, à « donner effet aux dispositions de l'article 4 de la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, en assurant que, conformément à la convention, les contrats 'nouvelles embauches' ne puissent en aucun cas être rompus en l'absence d'un motif valable » (recommandation 89, b, ii).

La promesse gouvernementale de sécuriser les licenciements en suspendant l'obligation de motivation préalable s'est définitivement envolée. Nous en avons déjà démontré le caractère fallacieux, en observant que l'absence de procédure et d'énonciation du motif de licenciement a pu être sanctionnée par les juges en empruntant des voies diverses, telles la déclaration de non conventionalité, l'allégation d'une faute disciplinaire ou la requalification en CDI de droit commun. Les conséquences seront plus lourdes encore pour les employeurs après la déclaration de l'OIT : il est prévisible que se développeront de nouveaux recours contre les licenciements prononcés sans énonciation écrite du motif, risque que nous avons signalé dans notre étude, et dont le gouvernement a bien pris la mesure en attirant l'attention du comité sur « l'effet déstabilisateur » que produirait le refus de reconnaître la validité de la dérogation (n° 53).

### **Derrière la critique du CNE, la critique de la flexibilité ?**

Malgré les revers juridiques, il semble que le gouvernement français considère toujours le CNE comme une de ces mesures « fortes, pragmatiques et efficaces destinées à relever

l'emploi et la croissance » (n° 26). Cette appréciation a été confortée par le regard d'autres organisations internationales sur les initiatives de cet ordre. L'OCDE approuvait la France d'avoir instauré le CNE, « *mécanisme d'exclusion de certaines mesures de protection de l'emploi en fonction de la taille de l'entreprise* »<sup>108</sup>. Quant à la Banque Mondiale, elle n'a cessé de déplorer que « *les réformes dans le domaine de la réglementation de l'emploi et de la sécurité sociale visant à accroître la flexibilité du marché du travail peinent à s'installer* »<sup>109</sup>.

Dans ce contexte, l'évaluation négative du CNE par l'OIT prend la valeur d'un acte de résistance aux injonctions de ces organismes. Il est significatif qu'au cours de cette même session de novembre 2007, le Conseil d'administration de l'OIT se soit attaqué aux indicateurs du marché du travail produits par la Banque mondiale dans son rapport *Doing Business* pour 2007<sup>110</sup>. L'indicateur relatif à l'embauche « *pose problème pour l'OIT* », et notamment l'affirmation de la Banque mondiale qui considère « *désormais possible qu'une économie obtienne la note la plus élevée pour la facilité d'embauche des travailleurs... tout en respectant l'ensemble des 187 conventions de l'OIT* ». Pour l'OIT, une telle prétention est erronée : une forte flexibilité de la main d'œuvre ne peut être obtenue qu'au prix d'un abaissement des droits des salariés en dessous du seuil des garanties apportées par les conventions. Le message est clair : les États signataires qui se lanceraient sans retenue dans ce « dumping » social courraient le risque de ne plus être en conformité avec leurs engagements, et de voir leurs expérimentations condamnées par leurs propres tribunaux. À en juger par la multiplicité des voies juridiques empruntées par les juridictions pour contrôler la rupture du CNE, cette dernière menace ne manque pas de crédibilité.

## **VI.2.2. Deux questions empiriques : comment expliquer la baisse du taux de recours aux prud'hommes en cas de licenciement pour motif personnel et les évolutions des motifs de licenciement ?**

Deux questions empiriques ont été posées dans le cadre de ce programme. La première prolonge le constat de la baisse du recours aux prud'hommes en cas de licenciement pour motif personnel, dont la description a été faite dans l'étude de B. Munoz-Perez et E. Serverin, et rappelée en introduction (*cf. tableau 1, supra*) ; la seconde concerne la thèse selon laquelle la complexité du droit du licenciement économique serait à l'origine d'une *substitution* des licenciements pour motif personnel, qui seraient ainsi des licenciements économiques déguisés.

Nous nous proposons, à l'aide d'une analyse statistique qui sera présentée en détail dans les développements qui suivent :

- d'expliquer la baisse du recours prud'homal en cas de licenciement pour motif personnel (A),
- de mettre à l'épreuve d'une analyse empirique l'hypothèse de substitution des motifs de licenciement (B).

---

<sup>108</sup> OCDE, *Perspectives de l'emploi*, éd. 2007, p. 23.

<sup>109</sup> *Doing Business in 2006*, p. 21 et s.

<sup>110</sup> *Les Nations Unies et la réforme : faits nouveaux dans le système multilatéral*. Rapport de la Banque mondiale sur la pratique des affaires (*Doing Business*) : l'indicateur d'embauche des salariés, Rapport GB.300/4/1, Genève, nov. 2007.

### **A) Comment expliquer la baisse du taux de recours aux prud'hommes en cas de licenciement pour motif personnel (LMP) ?**

Le constat de la baisse des taux de recours aux prud'hommes après licenciement pour motif personnel au cours de la dernière décennie n'a fait l'objet d'aucun commentaire. Ce silence n'a rien d'étonnant, compte tenu de l'indifférence persistante de la plupart des économistes à l'égard des statistiques des tribunaux. La question n'en reste pas moins posée. Alors que le taux de recours était de 36,7% en 1993, et à un niveau au moins aussi élevé au cours des 5 années suivantes, il connaissait, ensuite, une baisse quasi continue jusqu'à 2004, pour s'établir à 25,8%. Certes, les demandes tendant à contester le motif de la rupture restent stables au cours de la même période (autour de 21%), mais il n'en reste pas moins que pris dans leur ensemble, les licenciements pour motif personnel ont suscité de moins en moins de saisines des conseils au fil du temps.

Les contempteurs de l'action en justice pourraient considérer que ces taux, quoiqu'en baisse, sont encore à un niveau trop élevé. Se focaliser sur l'étiage des recours serait une erreur, en raison des sources utilisées pour l'établir. En effet, le taux de recours est le produit d'un rapport entre deux chiffres, celui des licenciements prononcés et celui des saisines des conseils de prud'homme. Or du côté du dénominateur, le chiffre des licenciements prononcés n'est qu'un minimum, aucune source statistique ne fournissant de donnée complète, comme on le verra à propos de la source ANPE<sup>111</sup>. D'autre part, concernant le numérateur, en France tous les litiges individuels du travail sont pris en compte par la statistique, en raison de la compétence exclusive des conseils de prud'hommes. Il en résulte qu'aucun litige n'échappe à l'observation. On ajoutera que les saisines ne conduisent pas nécessairement à des jugements : 44% des affaires en moyenne se concluent par une radiation, transaction, désistement, procès verbal de conciliation..., ce qui montre que le temps du procès est aussi un temps de négociation. Enfin, il faut signaler que les demandeurs n'agissent pas à la légère puisque les jugements rendus le sont en leur faveur dans 70% des cas.

Il faut donc retenir des *tendances* d'évolution, ce qui laisse entière la question des motifs de cette baisse. Que s'est-il passé qui explique le recul des demandes, une fois écartée l'hypothèse irénique selon laquelle les licenciements seraient subitement devenus irréprochables, et en l'absence de changement brusque et radical du cadre juridique ?

L'hypothèse à tester est l'influence de la valeur des droits sur l'exercice de l'action. En effet, comme nous avons pu le constater à propos du CNE, des salariés licenciés dont les droits sont de faible valeur sont très peu actifs devant les tribunaux. Si le nombre de salariés licenciés titulaires de ce type de droits augmente au fil du temps, il peut en résulter une rétraction du nombre de recours. Deux variables peuvent être testées en ce sens. Il s'agit de l'accroissement de l'instabilité de l'emploi et du mouvement de réduction de taille des établissements. Par là, l'ancienne observation de Collin et al. selon laquelle « *il existe un affaiblissement des protections des salariés qui ne doit rien à l'abrogation de normes légales antérieures, mais qui est le produit de mutations économiques que le droit ne vient pas accompagner* »<sup>112</sup> pourrait trouver une vérification empirique.

---

<sup>111</sup> Voir *infra* § VI.2.2.B.

<sup>112</sup> Collin F., Dhoquois R., Goutierre P.H., Jemmaud A., Lyon-Caen A., 1980, *Le droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Critique du droit.

## L'accroissement de l'instabilité de l'emploi

Si Behaghel <sup>113</sup>, Givord et Maurin <sup>114</sup>, L'Horty <sup>115</sup> ou Ramaux <sup>116</sup> proposent des réponses contrastées sur la question de la montée de l'instabilité de l'emploi, tous s'accordent sur un constat : l'accroissement de la part des salariés ayant une faible ancienneté dans leur entreprise et la concentration du risque de perte d'emploi pour ces salariés.

Or, en matière de rupture de contrat, le délai congé et surtout le minimum légal de l'indemnité de licenciement dépendent de l'ancienneté du salarié. En particulier, si l'on s'en tient au Code du travail <sup>117</sup>, ce n'est qu'après deux années d'ancienneté que des indemnités légales de licenciement sont dues au salarié. De plus pour les entreprises de plus de dix salariés, des dommages intérêts de six mois de salaire au moins seront versés par le tribunal si le licenciement est jugé être dénué de cause réelle et sérieuse (*cf. encadré 1*).

### Encadré 1 : Indemnité de licenciement

#### Article L122-9

Le salarié lié par contrat de travail à durée indéterminée et qui est licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité minimum de licenciement. Le taux de cette indemnité, différent suivant que le motif du licenciement est le motif prévu à l'article L. 321-1 ou un motif inhérent à la personne du salarié, et ses modalités de calcul, en fonction de la rémunération brute dont il bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail, sont fixés par voie réglementaire.

#### Article L122-14-4

Si le licenciement d'un salarié survient sans observation de la procédure requise à la présente section, mais pour une cause réelle et sérieuse, le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ; si ce licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ; en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité. Cette indemnité, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité prévue à l'article L. 122-9. (...).

#### Article L122-14-5

À l'exception des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 122-14 relatives à l'assistance du salarié par un conseiller, les dispositions de l'article L. 122-14-4 ne sont pas applicables aux licenciements des salariés qui ont moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et aux licenciements opérés par les employeurs qui occupent habituellement moins de onze salariés. Les salariés mentionnés à l'alinéa précédent peuvent prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité calculée en fonction du préjudice subi.

Il s'agit ici de mettre en relation l'évolution de la part des salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté au moment de leur LMP et celle des taux de recours consécutif à un LMP.

Pour cela, nous avons mobilisé la base de données des Déclarations Mensuelles des Mouvements de Main-d'Oeuvre (DMMO), apparié ses volets annuels pour en dégager les tendances d'évolution, et corrélé cette série avec celle de l'évolution des taux de recours.

<sup>113</sup> Behaghel L., 2003, « Insécurité de l'emploi : le rôle protecteur de l'ancienneté a-t-il baissé en France ? », *Economie et statistique*, n° 366.

<sup>114</sup> Givord P., Maurin E., 2003, « La montée de l'instabilité professionnelle et ses causes », *La revue économique*, vol. 54, n° 3, pp. 617-626.

<sup>115</sup> L'Horty Y., 2004, « Instabilité de l'emploi : quelles ruptures de tendance ? », *Les Papiers du CERC* n°2004-1.

<sup>116</sup> Ramaux C., 2006, « Les emplois ne sont pas plus instables : explications et incidences sur la régulation de l'emploi », *Economie et sociétés, Série Socio Economie du Travail*, n° 26, août, pp. 1443-1470.

<sup>117</sup> Les conventions collectives ou l'usage peuvent prévoir des indemnités d'un montant supérieur.

### a) La base de données

Les données utilisées sont issues des DMMO qui recensent toutes les entrées et sorties aux frontières des établissements de 50 salariés et plus des secteurs privés et semi-public <sup>118</sup>. Elles sont mobilisées ici sur les années 1993 à 2002. L'encadré ci-dessous décrit les caractéristiques de la base de données mobilisée.

#### Encadré 2 – Présentation de la base d'établissements issue des DMMO

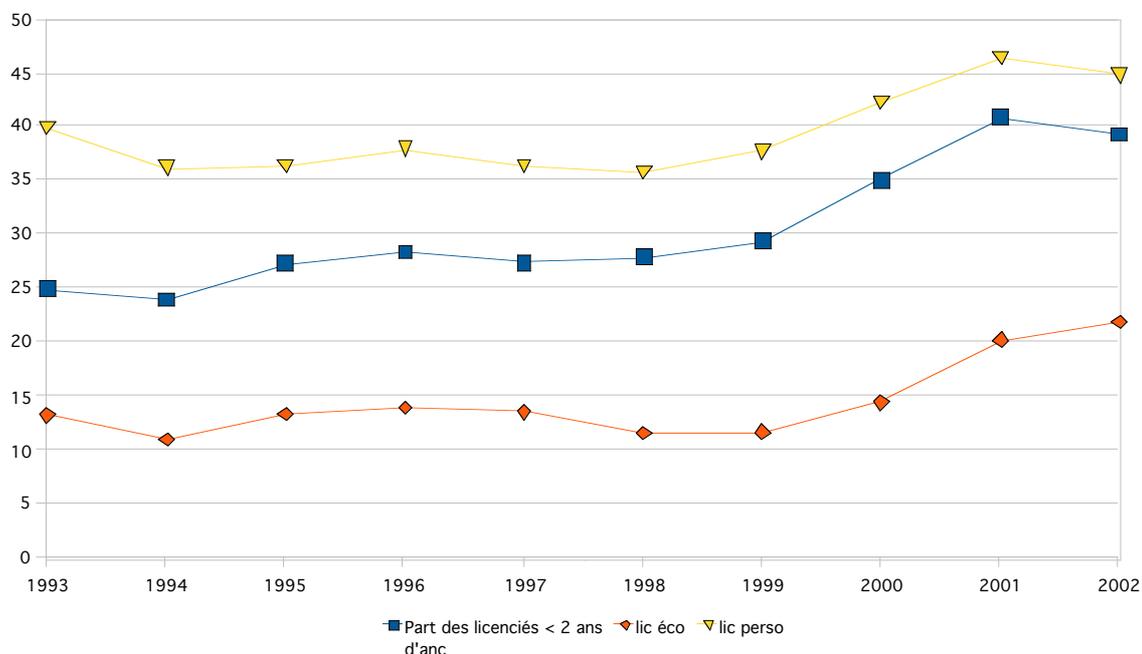
La base des établissements issue des DMMO est composée de 22.000 à 25.000 établissements par an qui regroupent environ six millions de salariés, soit près de la moitié des salariés du secteur principalement marchand. Entre 127.000 et 215.000 licenciements interviennent chaque année dans ces établissements, soit environ un quart des licenciements qui figurent dans les statistiques de l'ANPE.

### b) Evolution

Dans les DMMO figure une variable qui indique en principe, pour chaque mouvement de sortie, l'ancienneté du salarié dans l'établissement au moment de la sortie. Cette variable est toutefois assez mal renseignée, même si sa qualité s'améliore au fil du temps. Malgré cette carence d'information pour certaines sorties, nous avons utilisé cette variable afin d'étudier l'ancienneté des salariés au moment du licenciement. Les licenciements pour lesquels nous ne disposons pas de cette variable ont été exclus de cette étape de notre travail. Ce qui nous intéresse avant tout, ce n'est pas le niveau absolu de la variable, mais son évolution. Il faudra néanmoins tenir compte d'un éventuel biais de sélection au moment de l'interprétation des résultats.

Le graphique 1 retrace l'évolution de la part des salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté parmi les salariés licenciés.

**Graphique 1 – Part des salariés de moins de deux ans d'ancienneté parmi les salariés licenciés, par motif de licenciement**



Source : DMMO

<sup>118</sup> L'enquête Emploi représentative de l'ensemble de la population permet de suivre l'évolution des individus par rapport à l'emploi mais ne fournit pas d'informations suffisamment précises pour repérer les licenciements.

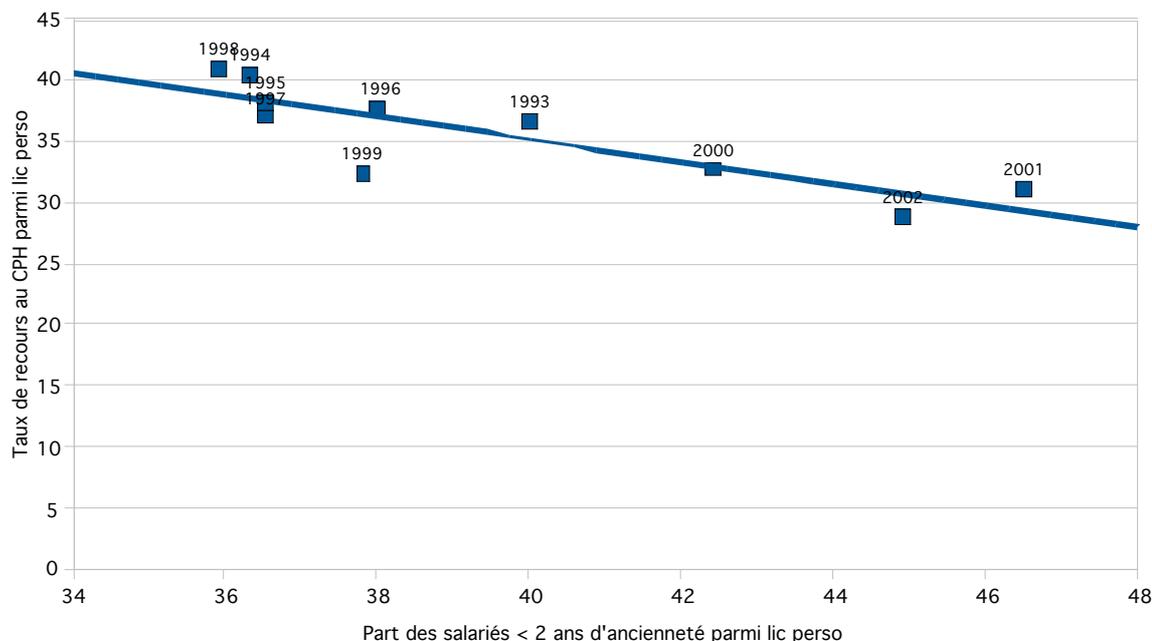
On observe globalement une hausse, parmi les salariés licenciés, de la proportion des salariés de moins de deux ans d'ancienneté, sauf la dernière année, pour les LMP. Cette hausse apparaît plus marquée pendant la période de reprise de la fin des années quatre-vingt-dix. Pour les LMP, la hausse totale est de 12,5%. Pour les LE, la hausse est d'environ 69%, mais elle ne se « déclenche » que sur les 4 dernières années <sup>119</sup>. Dans les deux cas, l'essentiel de la hausse est réalisée pendant cette période de reprise (entre 1998 et 2001).

Au total, il y aurait sur le champ de ces établissements près de 45% des salariés licenciés pour motif personnel qui, en 2002, n'ont pas accès à une indemnité légale de licenciement si, dans leur établissement, les règles en la matière ne vont pas au-delà du minimum requis par le droit du travail.

*c) Mise en relation avec le taux de recours après un LMP*

La deuxième étape a consisté à mettre en relation la courbe d'évolution de la part des salariés licenciés par un LMP avec moins de deux ans d'ancienneté, et le taux de recours aux Conseils de prud'hommes des salariés licenciés pour ce même motif (*graphique 2*).

**Graphique 2 – Taux de recours au CPH selon la part des salariés licenciés pour motif personnel avec moins de deux ans d'ancienneté**



Sources : DMMO, Ministère de la justice DACS, DARES-ANPE (BMST)

La mise en relation exprimée par la droite n'a pas vocation à représenter ici une causalité. Toutefois, on observe bien une relation inverse entre la part des salariés licenciés avant pu acquérir deux ans d'ancienneté, et le taux de recours aux prud'hommes dans le cas du licenciement pour motif personnel.

Cette relation est cohérente avec l'idée selon laquelle les salariés vont d'autant moins aller réclamer des droits que leur intérêt à agir est faible. En effet, plus la part des salariés ayant

<sup>119</sup> Ces résultats peuvent-ils provenir de l'évolution du biais de sélection dû à l'amélioration du renseignement de la variable ancienneté ? Cela supposerait que les non-réponses aient été particulièrement concentrées sur les salariés licenciés avec une faible ancienneté. On peut penser au contraire que l'information sur l'ancienneté du salarié dans l'établissement est d'autant plus défaillante que sa date d'entrée dans celui-ci est éloignée dans le temps.

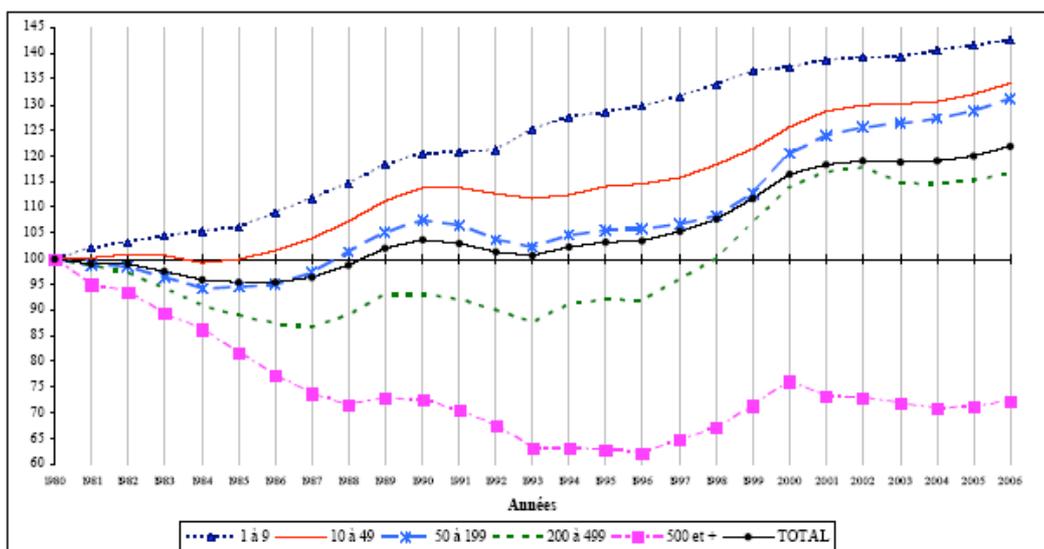
moins de deux ans d'ancienneté est élevée, plus la proportion des salariés qui ont droit à des indemnités de licenciement (et donc intérêt à agir aux prud'hommes) est faible. La baisse de la part des salariés ayant un intérêt à agir pourrait donc expliquer la baisse du taux de recours aux Prud'hommes en matière de licenciement pour motif personnel.

### La multiplication des établissements de petite taille

Le droit du travail est en partie modulé en fonction des effectifs. Ce n'est qu'à partir de 11 salariés que l'entreprise est tenue d'organiser l'élection de délégué du personnel. Ce qui ne signifie pas que tous les établissements de 11 à 50 salariés élisent des délégués du personnel. En effet, en tenant compte des effectifs des établissements de moins de 11 salariés et de la faible présence de délégué dans les autres, seuls 5 % des salariés des établissements ou entreprises de moins de 20 salariés bénéficient d'une représentation syndicale, contre plus de 80 % pour les établissements de plus de 200 salariés. Le seuil juridique de 50 salariés modifie les droits en matière d'hygiène et de sécurité (obligation de création du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail), d'emploi (règlement du licenciement collectif, en particulier obligation d'élaborer un plan social), de formation (attribution de congés formation..) et surtout de représentation collective (obligation de création du comité d'entreprise). Même si le comité d'entreprise (CE) ne constitue pas une instance de décision, mais seulement de consultation et d'information, sa présence est un moyen de contrôle de l'activité des dirigeants susceptible d'améliorer le rapport de force des salariés au sein de l'entreprise. En outre, il peut être le vecteur de garanties sociales additionnelles pour les vacances, le restaurant du personnel, la mutuelle, l'accès à la culture, l'aide sociale. Au total, un salarié sur quatre est exclu « légalement », du fait de la présence des seuils juridiques, des institutions représentatives du personnel (établissements de moins de 11 salariés) et seule la moitié des salariés a droit à un comité d'entreprise<sup>120</sup>.

Le graphique suivant (*graphique 3*) permet d'évaluer le développement des effectifs des entreprises par tranche d'effectifs.

**Graphique 3 – Evolution des effectifs salariés selon la taille de l'établissement, base 100 en 1980**



Source : UNEDIC.

<sup>120</sup> En pratique moins de 40% de salariés élisent un CE.

Depuis près de 30 ans, ce sont les effectifs des établissements de petites tailles qui augmentent le plus fortement

Le graphique prend pour point de départ l'année 1980. À partir de cette date, on observe :

- une hausse de 40% des effectifs salariés appartenant à un établissement de moins de 10 salariés,
- une baisse de 25% des effectifs salariés appartenant à un établissement de 500 salariés et plus,
- des hausses d'autant plus marquées que la taille de l'établissement est faible.

Si l'on prend pour point de départ l'année 1993 (en relation avec les autres données mobilisées dans cette étude), les hausses sont aussi d'autant plus fortes que la taille de l'établissement est faible.

La protection, les garanties et les droits des salariés, notamment lorsque se profile une rupture du contrat de travail soit pour motif personnel, soit pour motif économique, sont en partie fonction de la taille des entreprises. On peut raisonnablement formuler l'hypothèse que la dynamique de l'emploi dans les petites entreprises et, au contraire, son déclin dans les entreprises de grande taille, s'accompagnent d'un affaiblissement des protections des salariés et, pour reprendre l'expression de Collin et al. citée précédemment, soit « le produit de mutations économiques que le droit ne vient pas accompagner ». L'évidence empirique semble bien confirmer ce jugement.

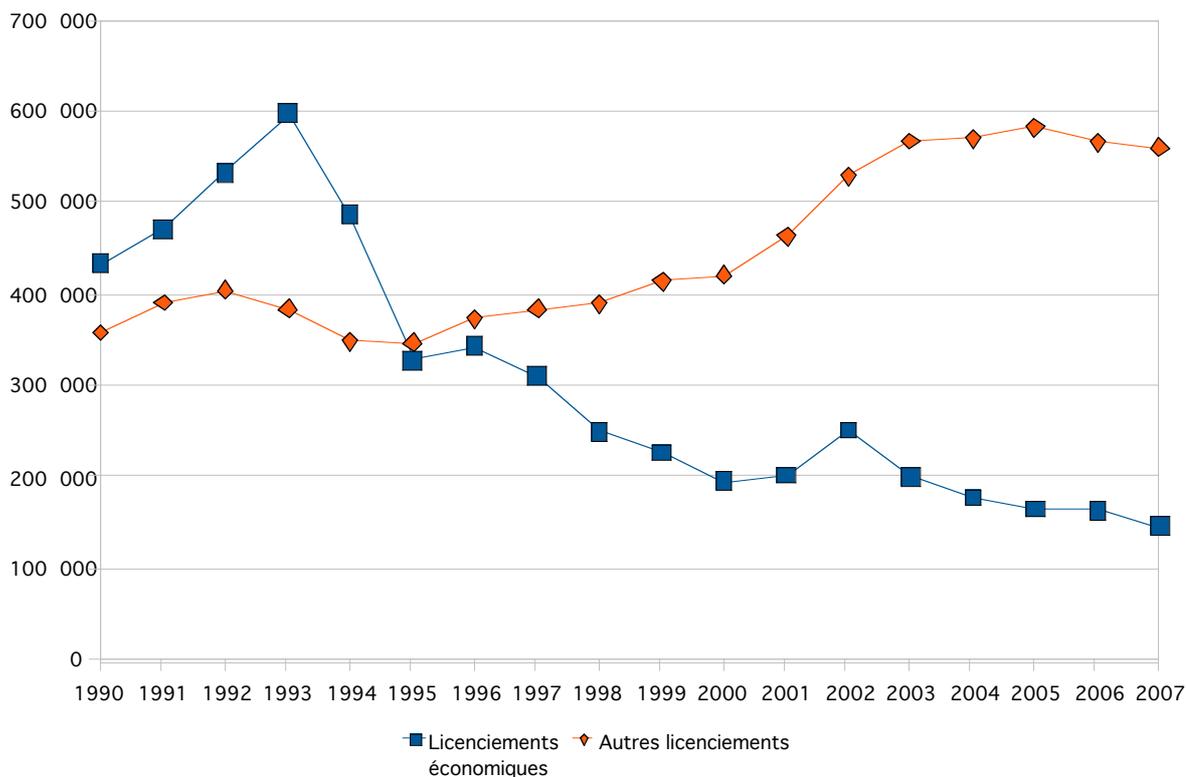
## **B) Quels fondements pour l'hypothèse de substitution entre licenciement pour motif personnel et licenciement pour raison économique ?**

Depuis peu, une nouvelle critique a vu le jour sur l'efficacité du droit du licenciement, dite « hypothèse de substitution ». Cette hypothèse suggère que les règles protectrices du licenciement pour motif économique ont été appliquées avec tant de rigueur par les juges que les employeurs se sont vus contraints de dissimuler sous des motifs personnels des licenciements qui seraient économiquement nécessaires. Pour preuve, un graphique d'évolution des motifs de rupture, qui a donné lieu à d'abondants commentaires explicatifs, que nous allons nous efforcer de mettre à l'épreuve empirique.

### **L'énoncé de l'hypothèse**

L'une des pièces maîtresses versées à charge au dossier de la mise en question de l'efficacité des règles qui régissent le droit du licenciement est l'évolution en nombre (et/ou en part) des deux motifs de licenciement en France sur les 15 dernières années, qui laisse apparaître un accroissement du recours aux LMP et un reflux assez considérable des LE (*graphique 4*).

**Graphique 4 – Evolution du nombre de licenciements par type de licenciement de 1990 à 2007**



Source : DARES – ANPE, *BMST*

Ce graphique doit en premier lieu être commenté sans recourir au terme de « substitution », porteur d’ambiguïté sur la nature de l’opération. Ce que l’on peut dire, c’est que dans le total des licenciements, les licenciements personnels ont représenté une part croissante, jusqu’à dépasser celle des licenciements économiques. Le phénomène est plus ou moins net selon les périodes, mais il est particulièrement marqué sur la décennie 1993-2003 :

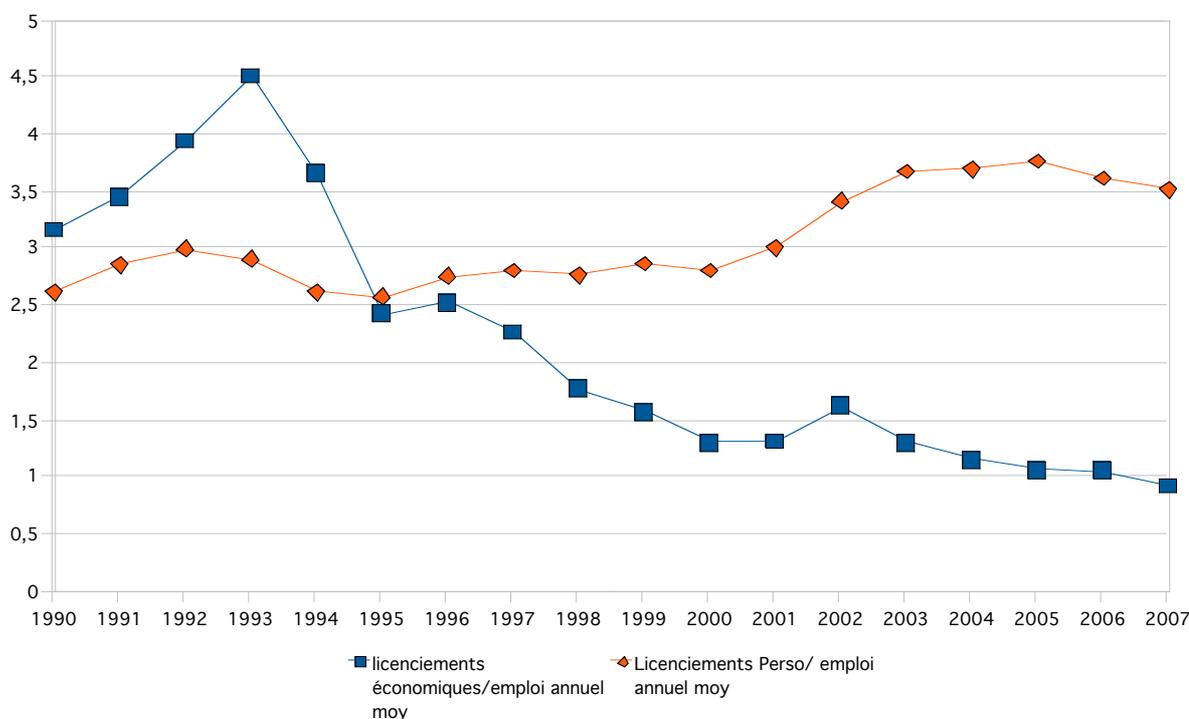
- En 1993, sur un volume total de 1 million de licenciements, 600.000 relevaient du licenciement économique contre 400.000 pour le licenciement personnel.
- En 2006, pour un volume total d’un peu moins de 800.000 licenciements, il y a cette fois près de 600.000 licenciements pour motif personnel pour moins de 200.000 licenciements économiques.

La lecture du graphique 4 appelle cependant d’autres commentaires :

- On observe une atténuation de la dimension conjoncturelle des licenciements économiques. Celle-ci est marquée jusqu’en 2002 mais peu apparente par la suite. En effet, la récession du début des années 1990 a porté le nombre des licenciements économiques à son niveau le plus élevé sur les 15 dernières années en 1993, tandis que la reprise de la fin de cette même décennie a permis leur décreue rapide. En revanche, la baisse continue des licenciements depuis 2002 ne donne pas à voir l’inflexion de 2005 par exemple.
- La montée du nombre des LMP est nette à partir de 1999 après une longue période de quasi stagnation. Elle peut s’interpréter jusqu’en 2001 comme le résultat d’une hausse de l’emploi, la part des salariés dans l’ensemble des licenciements étant maintenue plus stable sur la période. En revanche, l’évolution observée à partir de 2001 ne peut s’expliquer de la sorte puisque l’évolution de l’emploi se tasse au

moment où l'accroissement du nombre de LMP s'amplifie (*graphique 5*). On observe bien une augmentation de la part des licenciés pour motif personnel par rapport à l'emploi salarié principalement marchand.

**Graphique 5 – Part (en %) des salariés licenciés rapportés à l'emploi annuel moyen de 1990 à 2007**



Sources : INSEE, Ministère du travail, *Enquête trimestrielle ACEMO* et ANPE

Si on en reste à cette première lecture, on peut tout aussi bien conclure que la situation de l'emploi a changé, que le temps des grands licenciements économiques est passé, et que les motifs de licenciements sont davantage liés aux personnes, peut-être en raison d'une modification des méthodes de management. Autrement dit l'observation de *l'inversion* des courbes n'autorise pas à conclure à une *substitution des motifs*.

Ce n'est pourtant pas ainsi que nombre d'observateurs lisent ce graphique. Pourquoi ?

### **L'hypothèse de substitution opérée par les employeurs entre LMP et LE dans la littérature**

#### *a) Deux hypothèses pour une observation*

L'un des premiers articles à avoir produit le fameux graphique a été publié en 2003 dans les Premières synthèses de la DARES<sup>121</sup>. Le point central mis en avant est celui d'un accroissement du nombre de LMP fortement supérieur à celui des autres entrées au chômage et ayant conduit les LMP à s'inscrire comme seconde raison d'entrée au chômage après les fins de CDD.

Les auteurs proposent deux pistes pour expliquer la hausse du motif personnel. L'idée d'une substitution opérée par les employeurs est évoquée rapidement, sans être vraiment défendue : « *Il est difficile d'appréhender les causes de cette évolution. Des observations*

<sup>121</sup> Pignoni M-T., Zouary P. (2003), « Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel, *Premières Synthèses*, Dares, n°28.2, juillet.

convergentes relient la progression des licenciements pour motif personnel à des pratiques nouvelles de gestion de l'emploi et des effectifs. Dans une logique d'évitement des plans sociaux, 'compte tenu des incertitudes et des risques de judiciarisation qu'ils comportent', les licenciements pour motif personnel seraient l'un des moyens de réduire ou de recomposer la main-d'œuvre dans le cadre des restructurations<sup>122</sup>. Moins visibles que les licenciements économiques des plans sociaux, ils préserveraient l'image de l'entreprise et seraient 'indolores' pour le corps social. Enfin, ils permettraient de procéder à des licenciements plus sélectifs ».

Il est à noter que les auteurs relient expressément cette hypothèse au risque contentieux, comme il est habituel lorsqu'il est question de motif économique.

L'argumentaire se déploie de manière plus convaincue et convaincante en direction des conditions de travail : « Par ailleurs, on constate la progression importante des causes non fautive dans le cas de licenciements pour motif personnel, ainsi que le développement, depuis les années 80, de pratiques contractuelles intégrant des clauses d'objectifs et de résultats. Ces clauses de performance seraient utilisées comme motifs de licenciement ou de non-renouvellement du contrat de travail. La faute ou l'insuffisance professionnelle à l'origine du licenciement traduirait ainsi un décalage entre les objectifs fixés par l'employeur et les résultats obtenus par le salarié. Dès lors, on peut faire l'hypothèse qu'un lien existe entre le recours accru par les employeurs à ce type de licenciement et la diffusion de formes de management par objectifs, caractérisées par une gestion de l'emploi plus individualisée, une plus grande autonomie et responsabilisation des salariés dans l'exécution du travail, mais aussi des formes de contrôle plus systématiques et individualisées et des obligations de résultat plus contraignantes. À ce propos, les enquêtes sur les conditions de travail montrent que les salariés les plus autonomes dans leur travail sont aussi ceux qui expriment le plus souvent le sentiment d'une charge mentale accrue, soumis qu'ils sont à des injonctions de productivité et de qualité difficilement conciliables entre elles. Le dilemme auquel ces salariés sont confrontés débouche sur une tension permanente sous l'effet de la peur de sanctions, du chômage ou du déclassement [Gollac]. Dans ce contexte, 'le recours croissant au licenciement pour motif personnel ne serait peut-être qu'un symptôme de ces nouvelles contraintes qui échappent pour l'instant à l'analyse juridique' [Kerbourc'h] ».

#### b) Une observation, une interprétation

Le graphique va ensuite circuler, mais il ne restera plus que l'interprétation en termes de substitution.

• Le rapport Cahuc-Kramarz de 2004 est le premier à procéder de cette sorte, en soutenant l'hypothèse de substitution par une référence vague aux « témoignages de la pratique ».

« En fait, nous assistons, depuis le début des années 1990, à une montée en puissance des licenciements pour motif personnel et à une diminution des licenciements pour motif économique. Il semble que les entreprises tentent de plus en plus de congédier leur main-d'œuvre en évitant certaines procédures de plus en plus complexes et aléatoires, étroitement contrôlées par l'administration. Ce phénomène est illustré par la figure ci-dessous [laquelle renvoie au graphique ci-dessus], qui met en évidence une profonde transforma-

---

<sup>122</sup> C'est nous qui soulignons.

tion de la composition des motifs d'inscription au chômage depuis 15 ans : les licenciements pour motif économique diminuent régulièrement et ont été divisés par 2,9 entre 1989 et 2004, tandis que les licenciements pour motif personnel ont cru de 50% sur cette période. (...)

Pourquoi en sommes-nous arrivés à une telle situation ? Tous les témoignages obtenus auprès de chefs d'entreprises, de syndicalistes, et de directions de ressources humaines suggèrent que les licenciements pour motifs personnels sont fréquemment des licenciements économiques déguisés. Pour l'employeur, l'alibi du motif personnel permet de passer outre les procédures de licenciement économique, voire collectif ; l'employeur est donc incité à invoquer un motif personnel pour licencier, quitte à conclure une transaction avec le salarié, afin que ce dernier abandonne ses droits de recours en contrepartie d'une indemnité ».

• Mais c'est l'article de Lagarenne et Leroux, issu lui aussi des *Premières synthèses DARES* en 2006<sup>123</sup>, qui a retenu l'attention des médias<sup>124</sup>. L'hypothèse de substitution est retenue comme étant la solution la plus plausible.

« La législation concernant les licenciements pour motif personnel s'est avérée très stable depuis 1973. La jurisprudence a donc pu s'élaborer dans la durée et la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement est aujourd'hui bien circonscrite. Les variations du nombre des licenciements pour motif personnel ne s'expliquent donc ni par de constantes modifications législatives, ni par de brusques mouvements jurisprudentiels. En revanche, de nombreuses lois se sont succédées concernant les licenciements économiques au cours des 30 dernières années. Comme les licenciements pour motif personnel ont cru beaucoup plus rapidement que les licenciements pour motif économique, on peut émettre l'hypothèse qu'il y a eu un effet de substitution entre les deux types de licenciement, notamment dans les entreprises de plus de 50 salariés. Ces dernières sont, en effet, soumises à de plus grandes contraintes en matière de licenciement collectif, particulièrement lorsqu'elles licencient dix salariés ou plus sur une période de 30 jours ».

### c) Les enjeux d'une interprétation

Une fois retenue l'hypothèse de substitution, les propositions divergent. Certains font valoir la nécessité d'assouplir les contraintes qui s'appliquent au licenciement économique. D'autres au contraire demandent un encadrement plus strict du LMP. C'est le cas de Franck Seuret qui, dans un article d'*Alternatives économiques*, citant l'exemple d'Alcatel en 2001, s'inquiète « des marges de manœuvre » dont disposent les employeurs « pour faire porter aux salariés une responsabilité d'un licenciement qui ne leur serait pas imputable ».

Une autre étude veut étayer l'hypothèse d'un point de vue qualitatif, en recherchant pourquoi les employeurs dissimulent les véritables motifs de licenciement. Florence Palpacuer, Amélie Seignour et Corinne Vercher<sup>125</sup> ont ainsi réalisé pour le compte de la DARES une étude sur les logiques d'utilisation des licenciements pour motif personnel (LMP). Partant du fait que l'utilisation du LMP touche tout particulièrement les cadres et s'observe plus

---

<sup>123</sup> Lagarenne C., Leroux M., 2006, « Les licenciements pour motifs économiques, trois fois plus nombreux en 2003, pour motif personnel que pour raison économique », *Premières synthèses*, DARES, n°11.1, mars.

<sup>124</sup> Par exemple : *L'Expansion* 15 mars 2006, *Alternatives Economiques* de décembre 2006, *Les Échos* en novembre 2007, le site de la Cegos....

<sup>125</sup> Palpacuer F., Seignour A., Vercher C. « Le licenciement pour motif personnel : un dispositif juridique au carrefour des mutations contemporaines de la relation d'emploi », Rapport DARES, novembre 2005.

souvent, côté employeur, dans les grandes entreprises et dans le secteur des nouvelles technologies, l'étude fait apparaître que le recours accru à ce type de licenciement obéit à une logique de substitution à d'autres modalités de départ, tout particulièrement les PSE <sup>126</sup>. Tout en soulignant que c'est cette absence de contrainte, de transparence et de régulation qui constitue aux yeux des directions d'entreprise l'atout principal du LMP.

### **Discussion de la thèse de la substitution**

Nous présenterons rapidement les arguments déjà discutés dans la littérature (a) avant de proposer un test empirique de l'hypothèse (b).

#### *a) La mise en question de la substitution : les arguments présents dans la littérature*

Deux problèmes se posent : les limites des données et la rationalité de la préférence pour le LMP.

##### 1) Les limites des données

La première question concerne le constat lui-même. Il n'existe en effet en France aucune source permettant un décompte exhaustif des licenciements et son suivi. Les observations reposent sur des sources partielles : les DMMO/EMMO et les entrées au chômage pour l'inscription à l'ANPE.

Les sources le plus souvent utilisées sont les Déclarations mensuelles de mouvements de main d'œuvre (DMMO) auxquelles sont soumis les établissements du secteur privé employant au moins 50 salariés <sup>127</sup> et les Enquêtes sur les mouvements de la main-d'œuvre qui offrent un suivi trimestriel par sondage au quart pour les établissements de 10 à 49 salariés. Le traitement de ces données est effectué par la DARES. Le décompte des licenciements qui en résulte n'est pas exhaustif pour deux raisons <sup>128</sup> :

- Le champ (exclusion des établissements de moins de 50 salariés pour la partie exhaustive sans sondage), ce qui est particulièrement problématique dans le secteur tertiaire.
- Les non-réponses, qui concernent 18% des établissements. Or, les établissements en difficulté ou, *a fortiori*, ceux qui ont disparu sont probablement surreprésentés dans les non-réponses. Sachant qu'une étude de l'INSEE sur les défaillances d'entreprises évalue à 180.000 les emplois supprimés à cette occasion (40.000 entreprises défaillantes), on comprend que le nombre des licenciements décomptés au moyen de cette source est plus faible que les dénombrements opérés par la seconde source (ANPE).

L'autre source provient de l'ANPE. En effet, les demandes d'emplois sont enregistrées par l'ANPE par motifs d'inscription, parmi lesquels figurent les licenciements pour motif économique et licenciements pour un autre motif. Là encore, cette source n'est pas exhaustive pour essentiellement trois raisons :

---

<sup>126</sup> Les auteurs s'appuient principalement sur 60 entretiens menés auprès de DRH, de cadres touchés par le LMP, de représentants syndicaux et d'experts de la relation d'emploi (juristes, avocats, inspecteurs du travail, consultants), au sein de grands groupes.

<sup>127</sup> Elles sont complétées par une enquête trimestrielle (sondage au quart) auprès des établissements de 10 à 49 salariés (EMMO).

<sup>128</sup> Une troisième lacune des DMMO est qu'elles ne prennent pas en compte les mouvements des salariés qui restent moins d'un mois dans l'établissement. Néanmoins, les licenciements risquent d'être peu touchés par l'absence de données sur ces salariés dont on peut supposer que le contrat est soit en CDD, soit en CDI mais rompu par une période d'essai et non par un licenciement.

- Elle ne prend en compte que les inscriptions à l'ANPE en catégorie 1, ce qui exclut : les salariés licenciés qui ont retrouvé un emploi avant le terme de leur préavis, ceux qui se retirent du marché du travail (départ en retraite ou préretraite en particulier), ceux qui sont à la recherche d'un nouvel emploi à temps partiel (catégorie 2) ou en CDD (catégorie 3).
- Les problèmes de non-réponse sont encore plus importants (en nombre, mais sans doute pas en part de l'ensemble des licenciements puisque le champ est plus large). En effet, les motifs d'inscription sont recueillis sur une base déclarative lors de l'inscription au chômage. Dans près de 30% des cas, ce motif n'est pas qualifié (autres motifs). Or l'absence de motif s'est accrue sur la période : entre 1992 et 2001 l'entrée pour « autre cas » a doublé et même quadruplé pour les entrées à la recherche d'un temps partiel <sup>129</sup>. C'est en raison des non-réponses que nous avons soutenu que le nombre de licenciements était constamment sous-estimé, et donc que l'étiage du taux de recours était surestimé.
- En outre, en raison du caractère administratif de la source, les données sont sensibles aux modifications des règles définissant les catégories de chômage. Précisément, depuis la mi-2005, les salariés signataires de conventions de reclassement personnalisé à la suite d'un licenciement économique (13.000 personnes de plus en 2006) sont classés pendant huit mois comme stagiaires de la formation professionnelle (catégorie 4) et non comme chômeurs <sup>130</sup>. Ces changements perturbent à leur tour les comportements d'inscription au chômage de ces salariés licenciés qui autrefois auraient trouvé intérêt à s'inscrire à l'ANPE.

## 2) L'optimalité du LMP comme choix de licenciement

Le point central des argumentations réside dans l'insécurité juridique et l'excès de contrainte pesant sur le LE, qu'une qualification de LMP viserait à contourner. Au-delà du présupposé d'un accroissement de l'usage frauduleux des motifs de licenciement que sous-tend une telle proposition, la mise en perspective de cette évolution par rapport à celle du recours contentieux rend la thèse difficile à soutenir <sup>131</sup> : en effet, si 25% des LMP donnent lieu à des recours devant les prud'hommes, le contentieux concerne moins de 3% des LE. Dès lors, c'est la thèse de l'insécurité juridique comme fondement de comportements de contournement du droit du travail qui se trouve déstabilisée : pourquoi les employeurs « choisiraient »-ils d'inscrire la rupture de la relation de travail dans un cadre incertain, en courant au surplus le risque de voir déclarer le motif économique non réel et sérieux ? <sup>132</sup>

Nous allons néanmoins prendre au sérieux la thèse de la substitution, et en tester la robustesse à partir des DMMO.

### *b) La substitution à l'épreuve d'un test empirique à partir des DMMO*

Le point de départ de notre analyse consiste à prendre au sérieux l'idée selon laquelle la dynamique observée serait le produit d'une transformation des licenciements économiques en LMP. Elle repose sur les prédictions attendues de cette substitution sur la dynamique des comportements d'embauche des établissements qui les pratiquent.

<sup>129</sup> Pignoni et Zouary, 2003, op. cit.

<sup>130</sup> Lemoine M., « Chômage : débattre de la mesure », *La Lettre de l'OFCE*, n° 286, juin 2007.

<sup>131</sup> Ce que d'ailleurs précise l'article de Lagarenne et Leroux (2006).

<sup>132</sup> Cette objection est soulevée dans Munoz-Perez et Serverin, 2005, p. 22.

### **Encadré 3 - Règles concernant les embauches suite à un licenciement pour motif économique**

#### **CDD : Article L122-2-1**

Sans préjudice de l'application de l'article L. 321-14, dans un établissement où il a été procédé à un licenciement pour motif économique et dans les six mois qui suivent ce licenciement, un salarié ne peut être embauché par contrat de travail à durée déterminée pour le motif d'accroissement temporaire de l'activité, y compris pour l'exécution d'une tâche occasionnelle, précisément définie et non durable, ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise.

Cette interdiction s'applique aux postes concernés par ledit licenciement.

Elle ne s'applique pas lorsque la durée du contrat non susceptible de renouvellement n'excède pas trois mois, ou lorsque le contrat est lié à la survenance dans l'entreprise, qu'il s'agisse de l'entrepreneur principal ou d'un sous-traitant, d'une commande exceptionnelle à l'exportation dont l'importance nécessite la mise en œuvre de moyens quantitativement ou qualitativement exorbitants de ceux que l'entreprise utilise ordinairement.

Cette possibilité est subordonnée à l'information et à la consultation préalable du comité d'entreprise, ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe.

#### **Intérim : Article L124-2-7**

Sans préjudice de l'application de l'article L. 321-14, dans un établissement où il a été procédé à un licenciement pour motif économique, dans les six mois qui suivent ce licenciement, il ne peut être fait appel à un salarié d'une entreprise de travail temporaire pour le motif d'accroissement temporaire de l'activité, y compris pour l'exécution d'une tâche occasionnelle, précisément définie et non durable, ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise utilisatrice.

Cette interdiction s'applique aux postes concernés par ledit licenciement.

Elle ne s'applique pas lorsque la durée du contrat non susceptible de renouvellement n'excède pas trois mois, ou lorsque le contrat est lié à la survenance dans l'entreprise, qu'il s'agisse de l'entrepreneur principal ou d'un sous-traitant, d'une commande exceptionnelle à l'exportation dont l'importance nécessite la mise en œuvre de moyens quantitativement ou qualitativement exorbitants de ceux que l'entreprise utilise ordinairement.

Cette possibilité est subordonnée à l'information et à la consultation préalable du comité d'entreprise, ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe.

#### **CDI : Article L321-14**

Le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauchage durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il manifeste le désir d'user de cette priorité au cours de cette année. Dans ce cas, l'employeur l'informe de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. En outre, l'employeur est tenu d'informer les représentants du personnel des postes disponibles et d'afficher la liste de ces postes. Le salarié ayant acquis une nouvelle qualification bénéficie également de la priorité de réembauchage au titre de celle-ci, s'il en informe l'employeur.

- Examinons dans un premier temps la spécificité des comportements d'embauche que l'on devrait observer selon les deux modalités de licenciement, *en faisant l'hypothèse que ces qualifications de rupture ne seraient pas « frauduleuses »*. Lorsqu'une entreprise souhaite licencier un salarié pour des raisons économiques, cette rupture ne renvoie pas à un reproche fait au salarié. C'est la disparition du poste occupé qui justifie la rupture. Son remplacement est plus difficile. Si, en droit, l'employeur peut néanmoins procéder à une embauche en CDD, il ne peut le faire que de manière limitée, soit pour remplacer un salarié absent, soit pour faire face à un surcroît d'activité lié à une commande à l'exportation ; ces besoins sont donc transitoires et devraient donner lieu à des embauches en CDD (*encadré 3*). Dès lors, sauf exception, le poste que quitte ainsi le salarié ne devrait pas être à nouveau pourvu. À l'inverse, lorsque l'entreprise se sépare d'un salarié pour motif personnel, son poste n'est pas supprimé, et on peut estimer que l'activité productive reste nécessaire à

l'entreprise. On devrait donc observer des embauches en vue de pourvoir les postes laissés vacants.

- Supposons maintenant que, pour une part croissante, les LMP *sont frauduleux* et dissimulent des LE. On devrait observer un changement de dynamique des comportements d'embauche des établissements, qui devraient se comporter comme celles qui suppriment des postes et ne pas embaucher. Exprimée autrement, l'hypothèse de substitution implique que les employeurs devraient de plus en plus fréquemment laisser vacants les postes des salariés qu'ils ont indûment licenciés pour motif personnel.

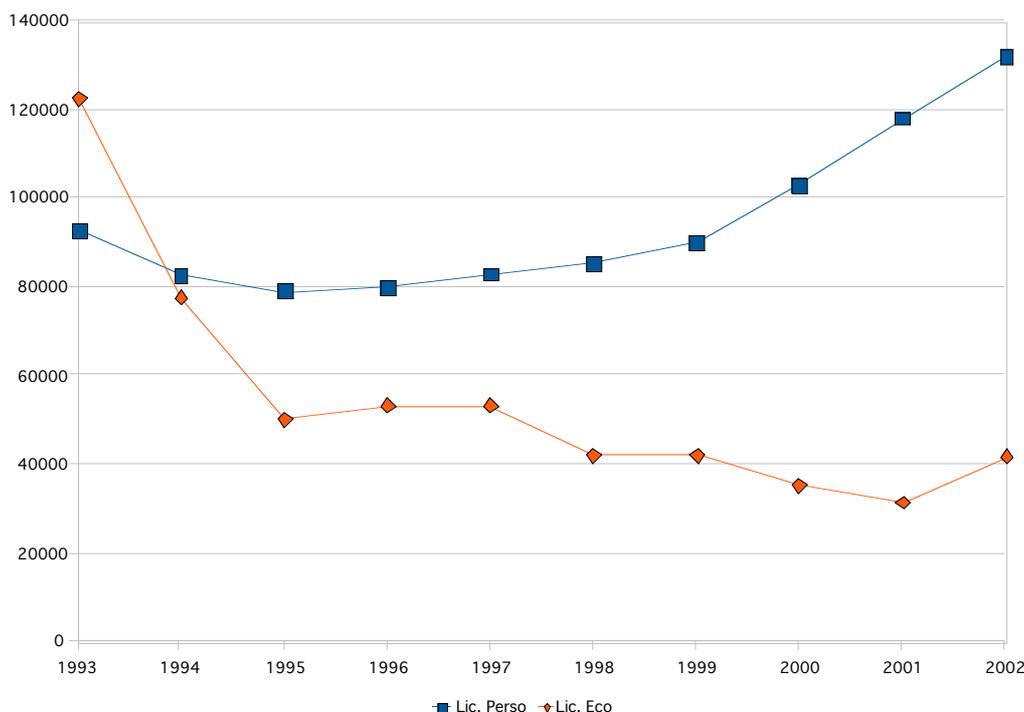
- Testons à présent l'hypothèse.

À partir des DMMO des années 1993 à 2002 <sup>133</sup>, nous avons procédé à une désagrégation de l'effectif salarié en 4 catégories, selon le premier niveau des PCS : cadres, professions intermédiaires, employés et ouvriers. L'objectif est d'étudier la dynamique de la part des établissements qui embauchent un salarié dans les 6 mois consécutifs au LMP d'un salarié de même PCS. L'hypothèse de substitution opérée par les employeurs implique que cette part se réduise sur la décennie étudiée, qui correspond à la période de quasi inversion des effectifs de LE et LMP.

Deux questions préalables doivent être posées :

a) Observe-t-on bien le même mouvement de décrue des LE et d'accroissement des LMP sur le champ mobilisé ? Le graphique ci-dessous (*graphique 6*), qui dénombre les licenciements effectués à partir des DMMO, fait bien apparaître, pour des volumes nettement plus faibles étant donné le champ restreint aux établissements de 50 salariés et plus, le même mouvement.

**Graphique 6 – Evolution du nombre de licenciements par motif, dans la base DMMO**



Source : DMMO 1993-2002

<sup>133</sup> La base de données est la même que celle utilisée précédemment (Cf. encadré 2, *supra*).

b) *Les comportements de LMP et de LE sont-ils exclusifs ?*

Le test est réalisé en observant les comportements d'embauche des établissements de janvier à juin des établissements ayant opéré au moins un LMP au mois de décembre de l'année précédente.

Le tableau suivant (*tableau 3*) retrace la répartition des établissements en 1993 et en 2002 en fonction de leurs comportements vis-à-vis du LE et du LMP au mois de décembre de chaque année. On distingue les établissements selon qu'ils ont opéré exclusivement des LMP, des LE, les deux ou aucun des deux et ceci pour chaque PCS salariée (au niveau le plus agrégé).

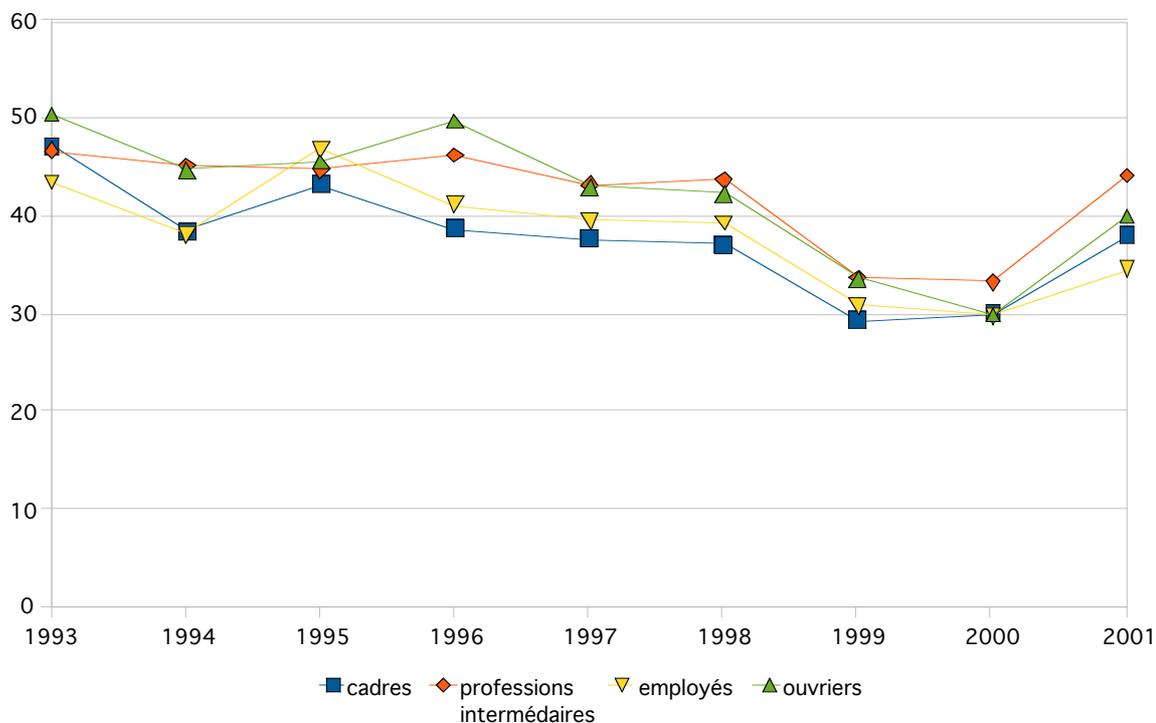
**Tableau 3 – Répartition des licenciements selon le recours et le type de recours au licenciement par PCS**

	1993		2002	
	En % du total des étab.	En % des étab. qui licencient	En % du total des étab.	En % des étab. qui licencient
<b>Cadres</b>				
Absence de licenciement	93,46		93,29	
Deux types de lic.	0,27	4,13	0,22	3,28
Lic éco seul	2,65	40,52	0,94	14,01
Lic perso seul	3,62	55,35	5,55	82,71
<b>Professions intermédiaires</b>				
Absence de licenciement	91,13		93,58	
Deux types de lic.	0,27	3,04	0,07	1,09
Lic éco seul	4,12	46,45	1,25	19,47
Lic perso seul	4,48	50,51	5,1	79,44
<b>Employés</b>				
Absence de licenciement	91,16		92	
Deux types de lic.	0,27	3,05	0,08	1
Lic éco seul	3,43	38,8	0,86	10,75
Lic perso seul	5,14	58,14	7,06	88,25
<b>Ouvriers</b>				
Absence de licenciement	85,4		88,57	
Deux types de lic.	0,72	4,93	0,18	1,57
Lic éco seul	5,38	36,87	1,07	9,35
Lic perso seul	8,49	58,19	10,19	89,07

Si la répartition évolue sur la décennie, conformément à ce qui a pu être observé au niveau agrégé, la part des établissements qui ont recours aux deux catégories de licenciement reste faible : elle n'excède jamais 5% des établissements qui licencient quelle que soit la PCS (et 1% de l'ensemble des établissements).

Le graphique suivant (*graphique 7*) retrace l'évolution de la part des établissements qui n'embauchent pas dans les 6 mois qui suivent un LMP selon chacune des PCS.

**Graphique 7 – Part (en %) des établissements qui n'embauchent pas dans les six mois qui suivent un licenciement pour motif personnel par PCS**



Source : DMMO 1993-2002

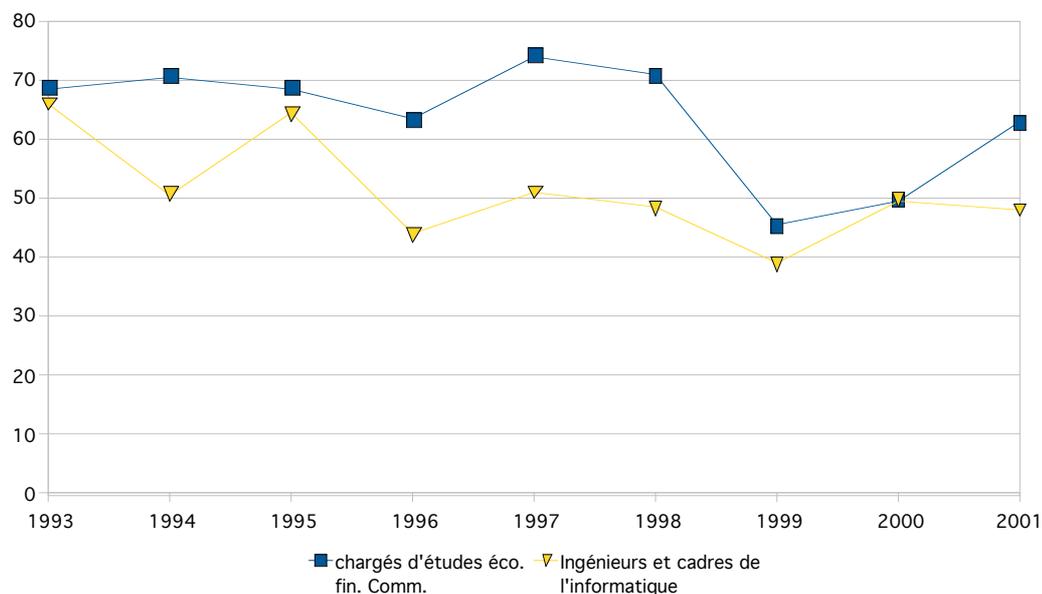
Sur le graphique 7, l'année correspond à celle du licenciement. Le premier point indique la part des établissements qui n'embauchent pas dans les 6 mois consécutifs à un LMP ayant eu lieu en décembre 1993. Il s'agit donc en fait des embauches qui ont pu avoir lieu entre janvier et juin 1994, et cela pour chaque PCS.

Nous pouvons constater que :

- sur la période 1993-2000, l'hypothèse de substitution semble remise en cause, puisque la courbe retraçant l'évolution de la proportion d'établissements qui n'embauchent pas à la suite d'un licenciement pour motif personnel est globalement décroissante ;
- en revanche, le dernier point fait apparaître un accroissement de la part des établissements qui n'embauchent pas.

Le niveau relativement agrégé que nous avons retenu pour l'analyse des comportements d'embauche suivant un licenciement peut se discuter. Il serait certainement plus pertinent de mettre en rapport les licenciements et les embauches qui les suivent au niveau le plus désagrégé de la nomenclature PCS. Aussi avons-nous pris deux exemples de PCS à quatre chiffres afin de vérifier la robustesse de nos résultats. Nous avons choisi deux PCS appartenant aux cadres et professions intellectuelles supérieures, dans la mesure où c'est pour cette catégorie de salariés que la frontière entre licenciement économique et licenciement pour motif personnel est supposée être le plus perméable. Les résultats sont présentés dans le graphique 8.

**Graphique 8 – Part (en %) des établissements qui n’embauchent pas dans les six mois qui suivent un licenciement pour motif personnel pour deux catégories de cadres**



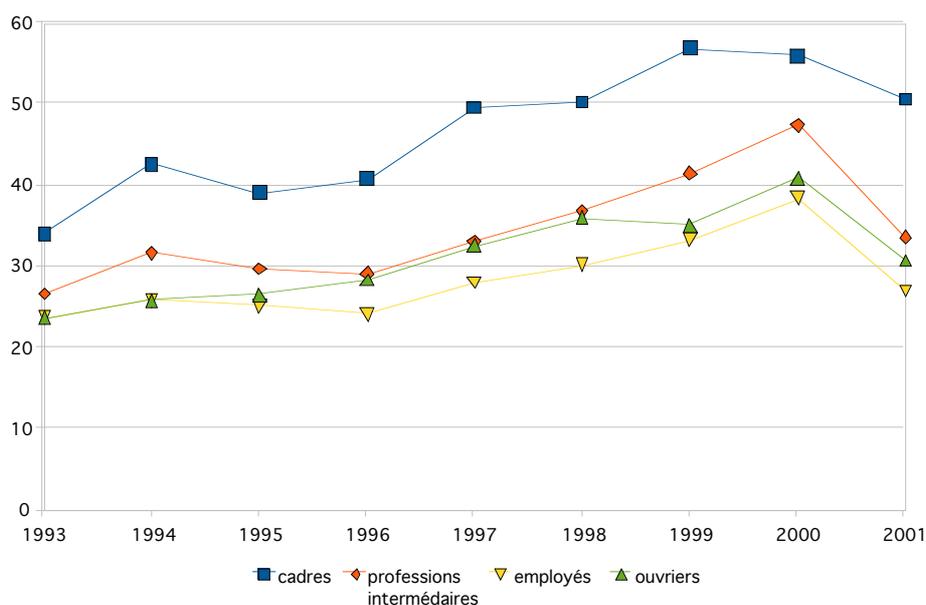
Source : DMMO 1993-2002

La part des établissements qui n’embauchent pas dans les six mois qui suivent un licenciement pour motif personnel est plus élevée lorsqu’on raisonne sur un niveau de PCS plus fin. La dynamique de l’évolution de cette proportion demeure cependant la même. On observe une tendance à la baisse au cours de la période 1993-2001.

*c) Les questions ouvertes*

Il est intéressant de montrer l’évolution de la part des établissements qui auraient un comportement « frauduleux » du point de vue du LE, c’est-à-dire la part des établissements qui embauchent dans les 6 mois qui suivent un LE (*graphique 9*).

**Graphique 9 – Part (en %) des établissements qui embauchent dans les 6 mois qui suivent un licenciement économique**



Source : DMMO 1993-2002

Les données présentées sur le graphique 9 appellent les commentaires suivants.

La part des établissements qui embauchent à la suite d'un LE s'accroît sauf la dernière année. Cette courbe étant le complément à 100 de la précédente, le sentiment qui prévaut est la similarité des comportements d'embauche quel que soit le type de licenciement mis en œuvre.

Mais si l'on compare en niveau la part des établissements qui embauchent après un licenciement en 1993, on observe qu'entre 50 et 57% (selon les PCS) des établissements embauchent suite à un LMP, mais seulement entre 22 et 34% parmi ceux qui ont connu un LE. En fin de période, ces pourcentages se situent entre 60 et 65% pour le LMP et entre 27 (employés) et 50% (cadres) pour les LE.

Lorsqu'on cherche à comparer les comportements d'embauche des établissements qui opèrent des licenciements économiques à ceux qui n'en font aucun (ni LE, ni LMP), le constat qui se dégage est même surprenant : la proportion des établissements ayant embauché parmi ceux qui ont opéré au moins un licenciement économique est identique (sinon plus élevée) à celle des établissements qui embauchent parmi celles qui n'ont opéré aucun licenciement.

Finalement, la thèse de la substitution ne semble pas étayée au niveau empirique. En effet la dynamique des comportements des employeurs en matière de choix de la modalité des licenciements, postulée dans l'hypothèse de substitution, n'est pas cohérente avec celle de leurs comportements d'embauche.

Ces constats renvoient à une autre question : pourquoi les LE sont-ils devenus moins fréquents ?

L'une des pistes essentielle à notre sens, qui n'est pas étayée ici, réside dans la montée du recours aux CDD, au travail temporaire et à la sous-traitance comme mode de mobilisation de la main-d'œuvre (que pourrait d'ailleurs particulièrement bien traduire l'inflexion de 2001) : lorsque la situation économique se dégrade, les établissements se contentent de ne pas renouveler le volant de CDD, d'intérim, et de mettre fin aux contrats commerciaux auprès de leurs preneurs d'ordres<sup>134</sup>.

## **CONCLUSION DU CHAPITRE VI : CE QU'APPORTE LA PERSPECTIVE CONTENTIEUSE A L'EVALUATION DU DROIT DU TRAVAIL**

L'objectif des participants à ce programme était double: 1) développer un cadre théorique commun à des juristes et des économistes qui permette d'évaluer le droit du travail d'un point de vue dynamique comme support de droits défendables en justice ; 2) y inscrire des études de genre différent (critique, juridique ou empirique), relevant de plusieurs disciplines (droit, sociologie du droit, économie). Considérer le droit du travail comme réservoir de droits défendables en justice ne conduit pas seulement à produire des études sur les litiges, mais introduit à un très large répertoire d'objets mettant le droit en perspective d'action. Dans le cadre de ce programme, nous avons mené quatre études qui font du contentieux un instrument d'évaluation du droit : comme moyen de critique des indicateurs internationaux (A), comme outil de comparaison des droits (B), comme mesure de l'usage

---

<sup>134</sup> Valentin J. dir (2006), Relations de travail et dynamiques des arbitrages des firmes vis-à-vis des dispositifs juridiques : quelles substitutions ? Le recours aux CDD et à la sous-traitance en France 1984-2000, Rapport du Matisse-CES pour le Ministère de l'emploi et de la solidarité - DARES, Mission Animation de la recherche, Avril 2006.

d'un droit particulier (C), comme variable dans les usages du droit (D). À chaque résultat sont associées des conclusions et des propositions pour aller plus loin dans cette voie de recherche.

### **A) Critiquer les indicateurs internationaux à partir de « l'angle mort » de la jurisprudence et du contentieux**

Les indicateurs de protection de l'emploi de l'OCDE (« Législation de protection de l'emploi ») et du programme Doing Business de la Banque mondiale et de la Société financière internationale (indicateur « Hiring and Firing Workers ») sont désormais une des sources de données les plus couramment utilisées dans les travaux d'analyse économique appliquée du marché du travail. Bien que différents dans leur contenu et dans les méthodes de recueil des données, ces indicateurs partagent l'objectif d'exprimer le degré de rigueur et de formalisme des règles applicables dans divers États en matière de recrutement et de licenciement de salariés. Ces indicateurs sont basés sur une série de variables qualitatives destinées à capturer de manière uniforme les caractéristiques de la législation de l'emploi en vigueur dans ces pays, de façon à permettre des classements internationaux.

La faiblesse de ces indicateurs est de ne pas tenir compte de la contribution des tribunaux à la mise en œuvre du droit du travail, donc à la réalisation effective de la protection de l'emploi. Ils font la part belle aux procédures qui encadrent les conditions du licenciement pour motif personnel ou pour motif économique et sur les obligations qui pèsent sur les employeurs, sans se préoccuper de leur mesure par les tribunaux. En ce sens, on peut parler « d'angle mort » du contentieux et de la jurisprudence. Cette lacune est source de conclusions erronées sur la description de l'état du droit du travail dans les différents pays, dont les traditions juridiques influent sur les méthodes d'écriture des droits. Ainsi, les dispositions spéciales de la législation sur le licenciement de la plupart des pays de *common law* sont en nombre plus limité que dans les pays de droit civil et le contenu de ces règles est en apparence moins formel. Pour autant, on ne saurait en conclure que le licenciement n'est pas soumis à des règles. En effet, la portée de ces règles ne se découvre que devant le tribunal, le contrôle de l'*unfair dismissal* étant essentiellement judiciaire dans les pays de *common law*. Les indicateurs de protection de l'emploi ne prenant pas en compte la jurisprudence, ce sont des pans entiers de la protection de l'emploi dans les pays de droit anglo-américain qui disparaissent de l'observation.

Ces considérations appellent à la plus grande prudence sur la qualité de l'information contenue dans les indicateurs et, partant, quant à la comparabilité des réglementations nationales de protection de l'emploi. Elles incitent également à valoriser les travaux qui s'efforcent d'intégrer dans leurs modèles les positions des juges du fond en matière de conflit du travail, en utilisant les statistiques judiciaires. Ces approches empiriques mettent en évidence le fait que la mesure des coûts du licenciement ne peut être valablement opérée à partir des normes légales en vigueur, mais suppose de prendre en considération la manière dont les juges décident en pratique. Or cet aspect n'est pas capturé par les indicateurs de protection de l'emploi.

### **B) Comparer des schémas procéduraux**

Comparer les droits à partir de leurs énoncés ne suffit pas à en mesurer la portée. L'étude du droit du licenciement dans trois pays (France, Royaume-Uni, Italie) a retenu un angle procédural, en considérant le licenciement comme un processus, comportant des séquences d'actions qui forment une chaîne dont le tribunal est le dernier maillon. Cette approche permet d'introduire un point de vue dynamique sur les droits sans présupposer, comme les concepteurs d'indicateurs, que les textes fournissent une description réaliste des actions.

L'attention a été portée aux conditions de la mise en œuvre des droits, et notamment aux obstacles de toute nature qui peuvent être apportés aux réclamations en justice.

Le travail comparatif a mis en évidence la très grande complexité des droits nationaux en matière de rupture du contrat de travail. La synthèse permet d'établir des « types » procéduraux, qui diffèrent selon les catégories de licenciements.

- Le traitement des licenciements individuels (tous motifs confondus) suit des voies très différentes dans chacun des pays étudiés. Le système du Royaume-Uni est le plus fermement orienté vers la résolution amiable des litiges individuels de travail en dehors des tribunaux, ce qui donne lieu à un très grand nombre d'étapes procédurales. Comparé au modèle britannique, le système français des licenciements individuels apparaît d'une rare simplicité, avec ses deux étapes très peu formelles (convocation à un entretien préalable, entretien), suivies d'une lettre notifiant le licenciement, dont les termes seront ceux du litige en cas de saisine du conseil de prud'hommes. L'Italie représente un modèle intermédiaire : le licenciement individuel est encore plus facile et rapide qu'en France, mais la saisine obligatoire d'une commission de conciliation extrajudiciaire préalable à la procédure ajoute de la complexité en ralentissant le traitement de l'affaire.

- Les licenciements collectifs présentent une configuration plus resserrée. La France comme l'Italie multiplient les procédures préalables à tout licenciement collectif, voire avant tout projet de licenciement. Dans ces deux pays, les institutions représentatives du personnel jouent un rôle décisionnel de plus en plus important. Le droit du Royaume-Uni est moins engagé dans ce processus de prévision des licenciements collectifs, dans les limites des règles du droit communautaire qui a prévu en cas de licenciement collectif une information et une consultation des institutions représentatives du personnel.

L'étude a montré le besoin d'unifier les modes de description des affaires pour que les statistiques judiciaires comparatives établies au plan européen par le CEPEJ soient pertinentes. Selon les sources et les démarches suivies, les chiffres peuvent varier considérablement, et avec eux leurs commentaires. L'unification devrait porter sur deux points. D'abord, pour pouvoir comparer ce qui est comparable, la collecte des informations juridiques et leur chiffrage, ainsi que le calcul des durées, doivent suivre la chaîne complète des procédures, de l'événement déclencheur de la première procédure à la conclusion judiciaire. Ensuite, le taux de recours doit être calculé en le rapportant, non à la population entière d'un pays, mais aux seuls événements déclencheurs de la procédure (les licenciements prononcés dans le cas étudié). La comparaison pourrait se faire par « ensemble de pays », regroupés selon les schémas procéduraux, ce qui éviterait l'effet de classement des « bons » et « mauvais » élèves.

### **C) Observer les usages du droit : le cas du CNE**

Le contrat nouvelles embauches a été instauré par l'ordonnance du n° 2005-893 du 2 août 2005, issue d'une habilitation donnée au gouvernement par la loi du 26 juillet 2005 de prendre « des mesures urgentes pour l'emploi ». Réservé aux entreprises de moins de 21 salariés, ce contrat à durée indéterminée peut être rompu par l'une ou l'autre des parties pendant une période de deux ans (dite de « consolidation »), sans avoir à suivre les règles prévues par le Code du travail, ce qui signifie, pour l'employeur, qu'il n'a pas à faire connaître les motifs du licenciement au moment de la rupture. À partir d'une enquête sur 18 mois d'affaires prud'homales, nous avons pu tirer quatre grandes leçons concernant ce dispositif : les taux de contestation des ruptures sont très bas (environ 0,48 %), indice de la faiblesse des droits dont disposent les salariés en CNE ; les demandes sont nombreuses et variées, en raison du cumul d'un régime spécial de rupture avec le droit commun du CDI ;

L'incertitude juridique règne dans le fondement des actions et des décisions, contraignant les juridictions à faire retour aux règles générales du droit des contrats et de la responsabilité civile, qui leur laisse une large marge d'appréciation ; enfin, de façon surprenante, le CNE a signé le grand retour du pouvoir d'interprétation des juges dans le contrat de travail. En neutralisant les règles qui encadraient sa rupture, le gouvernement a remis à l'appréciation du juge la recherche de l'équilibre des relations contractuelles, ainsi que l'évaluation des indemnités qui en découlent.

L'étude empirique du contentieux du CNE a mis en évidence l'écart existant entre la fréquence des recours (contentieux) et la construction juridique d'un problème (jurisprudence). Le contentieux est de très faible ampleur, traduisant une faiblesse des droits qui amoindrit les capacités d'action des parties ; le processus jurisprudentiel a été au contraire très dynamique et s'est développé précocement, très en amont de l'intervention des cours suprêmes, signe de l'enjeu que représentait la réussite juridique d'une mesure phare pour le gouvernement. Distinguer entre ces registres d'action est nécessaire pour donner un sens aux résultats, mais pose des exigences de méthodes. En effet, l'ampleur du recours au tribunal signale les capacités d'action des titulaires de droit, et ne peut être établie que par des collectes de décisions et/ou l'analyse de statistiques de contentieux. La jurisprudence rend compte du travail d'élaboration de la signification d'une norme et implique la collaboration des professionnels du droit, qui passe notamment par la diffusion et le commentaires des décisions dans la presse spécialisée.

Pour prendre la mesure exacte des actions, il est plus que jamais nécessaire de développer des enquêtes empiriques sur les recours aux tribunaux, qu'il s'agisse de traiter des décisions ou des statistiques de contentieux. Sur ce point, la France accuse un retard notable, dû à l'absence d'investissement des sciences sociales dans la dimension contentieuse des droits, qui contraste avec l'ampleur des moyens consacrés à l'étude des litiges en droit du travail, notamment dans les universités anglaises et nord-américaines.

#### **D) Tester les hypothèses sur les usages du droit du travail**

Traduites en langage économique, beaucoup d'hypothèses sont devenues des convictions, et nombre de choix théoriques valent pour des descriptions de la réalité. Il en va ainsi de la « judiciarisation » dont un florilège est présenté en introduction, ou de la substitution des motifs de licenciement par l'employeur. Outre leur influence sur les propositions normatives que nombre d'économistes ne manquent pas d'émettre, ces « vérités » font obstacle à la recherche d'explications pour des faits dont l'existence, ou l'interprétation, ne relèvent pas de la « connaissance commune ». Pour remettre en discussion ces « évidences », des tests statistiques ont été effectués sur deux séries d'observations : la baisse du taux de recours dans le licenciement pour motif personnel et l'inversion des courbes des motifs de licenciement.

Deux variables ont été testées pour répondre à la question de la baisse du taux de recours dans le licenciement pour motif personnel : l'accroissement de l'instabilité de l'emploi, et le mouvement de réduction de taille des établissements.

- Sur la première variable, on observe bien une relation inverse entre la part des salariés licenciés avant d'avoir pu acquérir deux ans d'ancienneté, et le taux de recours aux prud'hommes dans le cas du licenciement pour motif personnel.
- Sur la seconde variable, on observe depuis près de 30 ans une forte augmentation des effectifs des établissements de petite taille (40%), et une baisse de 25% des effectifs salariés appartenant à un établissement de 50 salariés et plus.

L' « hypothèse de substitution » suggère que les règles protectrices du licenciement pour motif économique ont été appliquées avec tant de rigueur par les juges que les employeurs se sont vus contraints de dissimuler sous des motifs personnels des licenciements qui seraient économiquement nécessaires. Pour la mettre à l'épreuve, le comportement d'embauche des entreprises a été observé à partir de la source DMMO. En principe, lorsqu'une entreprise souhaite licencier un salarié pour des raisons économiques, cette rupture ne renvoie pas à un reproche fait au salarié. C'est la disparition du poste occupé qui justifie la rupture, et son remplacement est plus difficile. Si le comportement est frauduleux, les entreprises qui ont licencié en LMP devraient se comporter comme elles qui ont procédé à un LME, et ne pas recruter. Sur la période 1993-2000, *l'hypothèse de substitution* semble remise en cause, puisque la courbe retraçant l'évolution de la proportion d'établissements qui n'embauchent pas à la suite d'un licenciement pour motif personnel est globalement décroissante. Finalement, la thèse de la substitution ne semble pas étayée au niveau empirique.

Les sources de données utilisées en matière de licenciement présentent des lacunes qui rendent difficile leur appariement avec d'autres sources, notamment judiciaires. Il n'existe en effet en France aucune source permettant un décompte exhaustif des licenciements et son suivi. Les observations reposent sur des sources partielles : les DMMO/EMMO et les entrées au chômage pour l'inscription à l'ANPE. Ces sources ne fournissent qu'une information imparfaite sur les effectifs de licenciés, conduisant à surestimer l'étiage des taux de recours, même si les tendances peuvent être correctement restituées. Il serait souhaitable à l'avenir de disposer de nouvelles sources de données. On pense ici à l'exploitation des déclarations à l'ASSEDIC, riches en données sur les contrats de travail, les entreprises, les motifs de rupture, les indemnités versées..., et dont la communication par l'employeur à l'organisme a été rendue obligatoire par le décret n° 2006-390 du 30 mars 2006 (article R 351-5 du Code du travail modifié). Cette disposition est un effet collatéral du CNE, puisqu'elle a pour but de permettre à l'ASSEDIC de recouvrer la contribution supplémentaire de 2 % prévue par l'ordonnance. Ce serait une revanche de l'histoire que de voir un dispositif, fondé sur un modèle purement théorique, être à l'origine d'une nouvelle source statistique qui permettrait d'en contrôler la pertinence.

\*\*\*

# ANNEXES

---

## ANNEXE 1. LISTE DES SEMINAIRES, PROGRAMMES ET PARTICIPANTS

Grâce à l'appui du MATISSE, tous les séminaires à l'exception du troisième ont eu lieu dans les locaux de la Maison des Sciences Économiques de l'Université de Paris I.

### SEMINAIRE 1 - 23 & 24 NOVEMBRE 2005

#### • Programme

1. Présentation générale du projet
2. Réactions aux rapports d'économistes français mettant en cause la protection de l'emploi
  - La règle de droit à l'épreuve du jugement d'efficacité : T. Sachs
  - Commentaire des rapports : F. Gaudu
  - Sur l'évaluation : A. Jeammaud
  - Questions autour du Contrat Nouvelle Embauche : A. Lyon-Caen
  - Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? : F. Eymard-Duvernay
3. La rationalité de l'entrepreneur
  - Rationalité de l'entrepreneur et diversité des modes d'évaluation : S. Leader ;  
Discutant : L. Thévenot
4. L'approche systémique des relations entre droit et économie : S. Deakin
5. Questions de méthodes
  - Systèmes juridiques et performances économiques. Un survol de la littérature : T. Kirat
  - Quantification du recours aux pratiques de sous-traitance et CDD : N. Thévenot,  
J. Valentin
  - Épargne salariale : Law & Economics vs. Institutionnalismes : S. Montagne
5. Élaboration du programme des séminaires

#### • Documents présentés / discutés

SACHS T., « Droit du travail et rhétorique libérale : la règle de droit à l'épreuve du jugement d'efficacité », in Lyon-Caen A., Perulli A., (eds.), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Milan, Cedam, 2005.

GAUDU F., « Des illusions des juristes aux illusions scientifiques », in Jeammaud A., (ed.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005.

GAUDU F., « Le Plan d'urgence pour l'emploi, ou les 35 heures de la droite », *Droit Social*, 2005.

JEAMMAUD A., SERVERIN E., « Évaluer le droit », *Recueil Dalloz, Chroniques* p. 263, 1992.

EYMARD-DUVERNAY, F., « Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciements », *Droit social*, n° 9/10, septembre-octobre 2004.

EYMARD-DUVERNAY, F., « Droit du travail et économie : pour une approche institutionnaliste. Application aux situations de licenciement et de recrutement », in Jean-maud A., (ed.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005.

LEADER S., « Inflating Consent, Inflating Function, and Inserting Human Rights », in Dine J., Fagan A., (eds), *Capitalism and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, 2005.

KIRAT T., « Systèmes juridiques et performances économiques. Un survol de la littérature », Séminaire Évaluation du droit du travail, Projet IPLD-DARES, 23-24 novembre 2005.

#### • Participants

J. Affichard	IPLD / INSEE
A. Allouache	Paris X
C. Ballero	Paris X
S. Deakin	Université de Cambridge (Grande-Bretagne)
E. Dockès	Lyon II
F. Eymard-Duvernay	Paris X
O. Favereau	Paris X
V. Flachaire	DARES
F. Gaudu	Paris I
A. Ghirardello	Paris X
L. Gubert	ENS Cachan / Paris X
A. Jeammaud	Lyon II
L. Joly	Paris X
T. Kirat	CNRS / Paris IX
S. Leader	Université d'Essex (Grande-Bretagne)
O. Leclerc	Paris X
A. Lyon-Caen	IPLD / Paris X / EHESS
S. Montagne	CNRS / ParisIX
E. Peskine	Paris X
T. Sachs	Paris X / IPLD
E. Serverin	Paris X
J. Stavo-Debauge	EHESS / IPLD
L. Thévenot	EHESS / INSEE
N. Thèvenot	Paris I
B. Tinel	Paris I
J. Valentin	Paris I
S. Vernac	Paris X / IPLD

## SEMINAIRE 2 - 2 & 3 MARS 2006

### • Programme

1. Le droit du travail comme cadre d'action
  - Textures et réalisation du droit : A. Jeammaud
  - Pluralité des fins et des outils du droit du travail : E. Dockès
2. Le statut de la règle de droit dans les évaluations économiques récentes du droit du travail : O. Favereau
3. Présentation des recherches rattachées au chantier lutte contre les discriminations
  - Le traitement de la discrimination dans les modèles économiques : A. Ghirardello
  - Trois concepts d'égalité : O. de Schutter
  - Les directions de la mise en œuvre du droit : l'exemple du droit anti-discriminatoire : L. Thévenot, J. Stavo-Debauge ; Discutant : S. Leader

### • Documents présentés / discutés

JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », Recueil Dalloz, Chroniques p. 199, 1990.

JEAMMAUD A., « Les règles juridiques et l'action », Recueil Dalloz, Chroniques p. 207, 1993.

GHIRARDELLO A., « Pour une analyse économique positive de la discrimination », Economies et Sociétés, série Économie du travail (AB), n°24, 11/2004, pp. 1877-1902.

STAVO-DEBAUGE J., « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations », Carnets de bord, n° 6, 2003, et n° 7, 2004.

DE SCHUTTER O., « Three models of Equality and European Anti-discrimination Law », Northern Ireland Legal Quarterly, vol. 57, n° 1, 2006.

### • Participants

J. Affichard	IIPLD / INSEE
A. Allouache	Paris X
C. Ballero	Paris X
N. Berta	Paris I
E. Dockès	Lyon II
F. Eymard-Duvernay	Paris X
O. Favereau	Paris X
A. Ghirardello	Paris X
L. Gubert	ENS Cachan / Paris X
A. Jeammaud	Lyon II
L. Joly	Paris X
T. Kirat	CNRS / Paris IX
S. Leader	Université d'Essex (Grande-Bretagne)
O. Leclerc	Paris X
A. Lyon-Caen	IIPLD / Paris X / EHESS
S. Montagne	CNRS / ParisIX
E. Peskine	Paris X
T. Sachs	Paris X / IIPLD

O. de Schutter	Université Catholique de Louvain (Belgique)
E. Serverin	Paris X
J. Stavo-Debaugé	EHESS / IIPLD
L. Thévenot	EHESS / INSEE
J. Valentin	Paris I
S. Vernac	Paris X / IIPLD
C. Wolmark	Paris X / IIPLD

### **SEMINAIRE 3 - DU 5 AU 9 JUIN 2006**

Ce séminaire consacré à l'efficacité du droit du travail s'est tenu à Venise dans les locaux de l'Université Ca' Foscari. Ils se sont déroulés en italien, français et anglais.

Il a été co-financé par l'Institut International de Paris La Défense, l'Université de Paris X-Nanterre (École doctorale de sciences juridiques et politiques) et l'Université Ca' Foscari de Venise (Département des sciences juridiques).

Plusieurs des travaux qui y ont été présentés ou qui en sont issus s'inscrivent dans le cadre des chantiers du programme.

#### **• Programme**

1. Séance introductive : Discussion générale
2. Travail en groupes
  - Groupe 1 : La réalisation du droit
  - Groupe 2 : Rationalité et droit du travail
  - Groupe 3 : L'efficacité du droit du travail
3. Comptes rendus des groupes de travail
4. Discussion générale et conclusions

#### **• Documents présentés / discutés**

DAHAN C., « La recherche du but d'une mesure par le juge ».

GHIRARDELLO A., « Rationalité économique et efficacité du droit du travail ».

GUAMÁN HERNÁNDEZ A., « Les limites apportées par l'employeur aux droits fondamentaux des salariés. Étude du principe de proportionnalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle espagnole ».

JOLY L., SWEENEY M., « La lutte contre les discriminations : un champ de renouvellement de la réflexion du droit sur sa propre réalisation ».

PASQUIER T., « Le Contrat 'Nouvelles Embauches' ou l'ambition illusoire d'un droit du licenciement sans intervention judiciaire ».

SACHS T., « L'emploi à la croisée des discours juridique et économique ».

#### **• Participants**

A. Perulli	Juriste	Italie
F. Martelloni	Juriste	Italie
S. Marcuzzo	Juriste	Italie
V. Bruno	Juriste	Italie
C. Fabris.	Juriste	Italie

S. Nagy	Juriste	Hongrie
A. Lyon-Caen	Juriste	France
L. Joly	Juriste	France
T. Sachs	Juriste	France
C. Dahan	Juriste	France
M. Sweeney	Juriste	France
S. Vernac	Juriste	France
T. Pasquier	Juriste	France
C. Wolmark	Juriste	France
J. Porta	Juriste	France
R. Dalmasso	Juriste	France
J. Stavo-Debaugé	sociologue	France
L. Thévenot	Sociologue	France
O. Favereau	Economiste	France
A. Ghirardello	Economiste	France
S. Deakin	Juriste	Grande Bretagne
A. Koukiadaki	Politologue	Grèce
Renée-Claude Drouin	Juriste	Canada
Adoracion Guaman Hernandez	Juriste	Espagne
Juan Carlos Garcia Quinones	Juriste	Espagne

#### SEMINAIRE 4 - 19 JUIN 2007

##### • Programme

1. Le concept d'efficacité appliqué au droit du travail : O. Favereau ;  
Discutant : A. Jeammaud
2. Évaluation et pluralisme du droit du travail : L. Thévenot ;  
Discutants : S. Montagne, A. Lyon-Caen

##### • Documents présentés / discutés

FAVEREAU O., « Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée ».

THEVENOT L., « Les sciences économiques et sociales et le droit : quels bien reconnus pour quelles évaluations ? ».

##### • Participants

P.-A. Adèle	Paris X
J. Affichard	IIPEC / INSEE
A. Allouache	Paris X
C. Dahan	Paris X
R. Dalmasso	Nancy II
E. Dockès	Lyon II/IETL/ CERCRID/ERDS
F. Eymard-Duvernay	EconomiX/Paris X
O. Favereau	EconomiX/Paris X
A. Ghirardello	EconomiX/CEPN
A. Jeammaud	Lyon II
L. Joly	Paris X
T. Kirat	CNRS / Irises/Dauphine

O. Leclerc	Paris X
A. Lyon-Caen	IIPEC / Paris X / EHESS
S. Montagne	CNRS / Paris IX
J. Porta	Paris X/ IIPEC
D. Sauze	CES Matisse
J. Stavo-Debaugé	IMM-EHESS
L. Thévenot	EHESS/INSEE
J. Valentin	Paris I
S. Vernac	Paris X / IIPEC

## SEMINAIRE 5 - 16 & 17 JANVIER 2008

### • Programme

#### 1. Le contentieux du travail comparé

- Présentation générale - L'évaluation, de quels droits ? E. Serverin, T. Kirat
- L'hypothèse de substitution des motifs de licenciement : J. Valentin, D. Sauze
- Comparaisons internationales de schémas procéduraux en matière de licenciement : France, Italie, Royaume-Uni : R. Dalmasso
- Les indicateurs de protection de l'emploi dans la perspective de l'usage des droits : T. Kirat

#### 2. Le régime de l'emploi au Danemark : K. Nielsen Discutant : A. Perulli

#### 3. Préparation du rapport final et publications

### • Documents présentés / discutés

BREDGAARD T., LARSEN F., MADSEN P.K., *The flexible Danish labour market, a review*, CARMA, Aalborg University, April 2005.

KESTING S., NIELSEN K., « Varieties of Capitalism. Theoretical critique and empirical observations » (with S. Kesting), in W. Elsner and H. Hanappi (eds.): *Varieties of Capitalism and New Institutional Deals*. Cheltenham, Edward Elgar (forthcoming 2007/2008).

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

KIRAT T., « 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 ? », *Economie et institutions*, n°9, pp. 85-127, 2007.

SERVERIN E., « Donner un sens aux litiges du travail », in « La protection de l'emploi en question : vers la fin du droit du travail », *Economie et institutions*, n°9, 2007.

### • Participants

J. Affichard	IIPEC / INSEE
A. Allouache	Paris X
F. Ballouhey	Cour d'appel de Versailles
N. Berta	Paris I/ Reims
T. Courvalin	Paris X
R. Dalmasso	Nancy II

E. Dockès	Lyon II/IETL/ CERCRID/ERDS
F. Eymard-Duvernay	EconomiX/Paris X
O. Favereau	Paris X
A. Ghirardello	EconomiX/CEPN
F. Guiomard	Paris X
L. Joly	Paris X
T. Kirat	CNRS / Irises
M. Le Friant	Avignon/CERCRID/ERDS
O. Leclerc	Paris X
A. Lyon-Caen	IIPEC / Paris X / EHESS
S. Montagne	CNRS / Paris IX
K. Nielsen	Birkbeck College, University of London
A. Perulli	Venise
T. Sachs	Paris X / IIPEC
D. Sauze	LEG
M. Sweeney	Paris X
E. Serverin	Paris X
J. Valentin	Paris I
S. Vernac	Paris X / IIPEC

## ANNEXE 2. LISTE DES TRAVAUX REALISES DANS LE CADRE DU PROJET

- I. **DAHAN C.**, « La recherche du but d'une mesure par le juge », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- II. **DALMASSO R.**, « Les procédures de licenciement en droit comparé (Royaume-Uni, Italie, France). Contribution à une comparaison procédurale des litiges relatifs aux licenciements », programme de recherche DARES *L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes*, IIPEC, 2008.
- III. **DALMASSO R.**, « Efficacité du droit du licenciement économique ; brève approche comparée », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- IV. **DEAKIN S.**, « Economic Approaches to the Evaluation of Labour Law: Comparing Coase, Hayek and Sen », in *Efficacia e diritto del lavoro*", a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître, & in Affichard J., Lyon-Caen, A., (eds), *L'évaluation du droit du travail : La pluralité des cadres d'analyse*, Dalloz, à paraître.
- V. **DOCKES E.**, « Le juge et les politiques de l'emploi », *Droit social*, pp. 911-916, n° 9/10, 2007.
- VI. **FAVEREAU O.**, « Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître, & in Affichard J., Lyon-Caen, A., (eds), *L'évaluation du droit du travail : La pluralité des cadres d'analyse*, Dalloz, à paraître.
- VII. **GAUDU F.**, « Le plan d'urgence pour l'emploi, ou les 35 heures de la Droite », *Droit social*, pp. 1097-1102, n° 12, 2005.
- VIII. **GAUDU F.**, « Un document qui ne tient pas le langage de la vérité », *Controverse, Revue de droit du travail*, 72-77, n°2, 2007.
- IX. **GHIRARDELLO A.**, « Rationalité économique et efficacité du droit du travail », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- X. **GUAMÁN HERNÁNDEZ A.**, « Les limites apportées par l'employeur aux droits fondamentaux des salariés. Étude du principe de proportionnalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle espagnole », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- XI. **GUIOMARD F.**, **SERVERIN E.**, « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *RDT*, 2007, n° 9, 502.
- XII. **JOLY L.**, **SWEENEY M.**, « La lutte contre les discriminations : un champ de renouvellement de la réflexion du droit sur sa propre réalisation », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- XIII. **KIRAT T.**, *Systèmes juridiques et performances économiques. Un survol de la littérature*, programme de recherche DARES *L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes*, IIPEC, 23-24 novembre 2005.

- XIV. **KIRAT T.**, « 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 ?*, *Economie et institutions*, n°9, pp. 85-127, 2007.
- XV. **LYON-CAEN A.**, « Evaluer le droit du travail. Sommaire d'un programme », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître, & in Affichard J., Lyon-Caen, A., (eds), *L'évaluation du droit du travail : La pluralité des cadres d'analyse*, Dalloz, à paraître.
- XVI. **NIELSEN K.**, « Preconditions and Challenges of 'Flexicurity'. Economic and Institutional Aspects of the Danish Labour Market Model », programme de recherche DARES *L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes*, IIPeC, 2008.
- XVII. **PASQUIER T.**, « Le Contrat 'Nouvelles Embauches' ou l'ambition illusoire d'un droit du licenciement sans intervention judiciaire », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- XVIII. **PERULLI A.**, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *Revue de droit du travail*, pp. 85-91, 2006.
- XIX. **PERULLI A.**, « Efficacia e diritto del lavoro » in *Efficacia e diritto del lavoro*", a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître, & in Affichard J., Lyon-Caen, A., (eds), *L'évaluation du droit du travail : La pluralité des cadres d'analyse*, Dalloz, à paraître.
- XX. **SACHS T.**, « L'emploi à la croisée des discours juridique et économique », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- XXI. **SERVERIN E.**, « Donner un sens aux litiges du travail », in *La protection de l'emploi en question : vers la fin du droit du travail*, *Economie et institutions*, n°9, pp. 129-152, 2007.
- XXII. **SERVERIN E.**, « Le traitement des litiges du travail en droit français et britannique : deux modèles d'intégration des procédés amiables », *Revue de droit du travail* 2007, n°2, p. 195.
- XXIII. **SERVERIN, E., GUIOMARD, F.**, « L'économie du contrat nouvelles embauches revue et corrigée par l'OIT », *RDT*, 2007, n° 12, 692.
- XXIV. **STAVO-DEBAUGE J.**, « 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 *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- XXV. **THEVENOT L.**, « Les sciences économiques et sociales et le droit : quels bien reconnus pour quelles évaluations ? », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître, & in Affichard J., Lyon-Caen, A., (eds), *L'évaluation du droit du travail : La pluralité des cadres d'analyse*, Dalloz, à paraître.
- XXVI. **VALDES DAL-RE F.**, « Ne pas sous-estimer la 'modernisation' advenue, se défier d'une conception unitaire du couple 'flexibilité/sécurité' », *Controverse*, *Revue de droit du travail*, 72-77, n°2, 2007.

- XXVII. **VERNAC S.**, « Emploi et contrôle des décisions de gestion en droit des sociétés », in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- XXVIII. « Le droit et la pensée de la réalisation du droit », Compte-rendu du Groupe n° 1, in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- XXIX. « Efficacité et rationalité du droit du travail », Compte-rendu du Groupe n° 2, in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- XXX. « Le droit de l'emploi en quête de mesure », Compte-rendu du Groupe n° 3, in *Efficacia e diritto del lavoro*, a cura di Antoine Lyon Caen e Adalberto Perulli, Cedam, 2008, à paraître.
- XXXI. *Livre vert: 'Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle', Contribution à la consultation organisée par la Commission européenne*, par F. VALDES DAL RÉ, F. GAUDU, A. PERULLI, J. AFFICHARD, A. LYON-CAEN, T. KIRAT, O. FAVEREAU, S. LEADER, avril 2007.

### **ANNEXE 3. LISTE DES TRAVAUX AYANT FAIT L'OBJET DE DISCUSSIONS DANS LE CADRE DU PROJET**

- I.** BANQUE MONDIALE, *Doing Business*, Rapport, 2004.
- II.** BLANCHARD O., TIROLE J., *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du C.A.E n°44, La Documentation française, Paris, 2003.
- III.** BREDGAARD T., LARSEN F., P.K. MADSEN, *The flexible Danish labour market, a review*, CARMA, Aalborg University, April 2005
- IV.** CAHUC P., *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.
- V.** CAHUC P., KRAMARZ F., *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre d'Etat, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au Ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, déc. 2004.
- VI.** Commission européenne, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle*, COM(2006) 708 final.
- VII.** DE SCHUTTER O., « Three models of Equality and European Anti-discrimination Law », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 57, n° 1, 2006.
- VIII.** EYMARD-DUVERNAY, F., « Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciements », *Droit social*, n° 9/10, septembre-octobre 2004.
- IX.** EYMARD-DUVERNAY, F., « Droit du travail et économie : pour une approche institutionnaliste. Application aux situations de licenciement et de recrutement », in Jeammaud A., (ed.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, p. 87-99, 2005.
- X.** GAUDU F., « Des illusions des juristes aux illusions scientistes », in Jeammaud A., (ed.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, p. 101-112, 2005.
- XI.** GHIRARDELLO A., « Pour une analyse économique positive de la discrimination », *Economies et Sociétés*, série Économie du travail (AB), n°24, pp. 1877-1902,11/2004.
- XII.** GHIRARDELLO A., « De l'évaluation des compétences à la discrimination : une analyse conventionnaliste des pratiques de recrutement », *Revue de Gestion des Ressources Humaines*, n°56, pp. 36-48 avril-juin 2005.
- XIII.** GHIRARDELLO A., VAN DER PLANCKE V., « Analyse de la discrimination à l'embauche : Pluraliser les actions positives pour réviser les conventions », *L'économie des conventions, Méthodes et résultats*, Tome 2, sous la direction de F. EYMARD-DUVERNAY, La Découverte, pp. 145-158, 2006.
- XIV.** GHIRARDELLO A., JOLY L., « Etat de santé, accès aux soins et discrimination : quelles perspectives pour l'Etat social ? », *Economie Appliquée*, n°1, pp. 231-256, 2007.
- XV.** JEAMMAUD A., SERVERIN E., « Évaluer le droit », *Recueil Dalloz*, Chroniques p. 263, 1992.

- XVI.** JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz*, Chroniques p. 199, 1990.
- XVII.** JEAMMAUD A., « Les règles juridiques et l'action », *Recueil Dalloz*, Chroniques p. 207, 1993.
- XVIII.** KESTING S., NIELSEN K., « Varieties of Capitalism. Theoretical critique and empirical observations » (with S. Kesting), in W. Elsner and H. Hanappi (eds.): *Varieties of Capitalism and New Institutional Deals*, Cheltenham, Edward Elgar (forthcoming 2008).
- XIX.** LEADER S., « Inflating Consent, Inflating Function, and Inserting Human Rights », in Dine J., Fagan A., (eds), *Capitalism and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, 2005.
- XX.** OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2004 à 2006.
- XXI.** SACHS T., « Droit du travail et rhétorique libérale : la règle de droit à l'épreuve du jugement d'efficacité », in Lyon-Caen A., Perulli A., (eds.), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Milan, Cedam, 2005.
- XXII.** SERVERIN E., « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *RDT*, n°1, juin 2006.
- XXIII.** STAVO-DEBAUGE J., « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations », *Carnets de bord*, n° 6, 2003, et n° 7, 2004
- XXIV.** STAVO-DEBAUGE J., « Mobilising statistical powers for action against discrimination : The case of the United Kingdom », *International Social Science Journal*, n°183, 2005.
- XXV.** THEVENOT N., VALENTIN J., « La sous-traitance comme alternative au contrat de travail : une évaluation empirique pour la France 1984-2000 », *Economie Appliquée*, tome LVIII n°3, pp.51-79, 2005.