

Les indicateurs de protection de l'emploi (OCDE et Banque Mondiale).

Présentation et éléments de discussion sur la mesure du droit du travail

Thierry Kirat
CNRS (IRISES, Paris Dauphine)

Projet "Evaluation du droit du travail"
Institut international de la Défense - DARES, février 2006

Abstract

The paper focuses on various issues relating to quantitative measure of labour law. It first provides insights into the way two indexes are set-up, namely the World Bank (Doing Business Program) labour law index and the OECD Employment Protection Legislation (I.-). That methodological overview is a first step towards a better understanding of a certain heterogeneity of nations relative position in the two rankings. This heterogeneity, which affects a significant number of countries among 28 OECD members, shows how sensitive are the rankings to a few apparently minor differences in the indexes content (II.-). Extensive methodological comments on the issue of “what an index measure” and, conversely, what ‘it does not measure”, follow (III.-).

Sommaire

1. construction des indicateurs
2. comparaison des classements de 28 pays de l'OCDE
3. discussion méthodologique sur les indicateurs du droit du travail

Introduction

La mesure quantitative des dispositifs juridiques relatifs à l'emploi salarié est le problème auquel cette note est consacrée. Elle rend compte de la manière dont les indicateurs de réglementation du marché du travail utilisés par la Banque mondiale (programme *Doing Business*) et l'OCDE sont construits, à quels diagnostics et recommandations ils conduisent (I.-). Les indicateurs de la réglementation étant utilisés pour établir des classements ordinaux des pays caractérisés sous cet angle, une comparaison des classements des deux institutions multilatérales montre combien ils sont sensibles à des différences d'apparence mineure dans le contenu des indicateurs, ce qui donc inciter à adopter des positions nuancées et à compléter l'analyse en recourant à des études plus profondes du droit du travail et sa mise en oeuvre (II.-). Un bilan des atouts et des limites des indicateurs s'impose alors, compte tenu de la nécessité de clarifier ce qu'ils mesurent et, corrélativement, ne mesurent pas (III.-).

I – Construction des indicateurs

Cette section rend compte de la manière dont les indicateurs de mesure de la réglementation de l'emploi de la Banque mondiale (Doing Business) et l'OCDE sont construits.

A- Les indicateurs de la Banque mondiale (Doing Business)

Le programme Doing Business comporte un volet "droit du travail", plus précisément intitulé "Hiring and Firing Workers". Les données consistent en des scores attribués à l'issue de l'exploitation de questionnaires écrits adressés à des répondants dans chaque pays, soit entre deux et dix répondants en fonction de la taille du pays, de son niveau de développement, de la complexité de ses dispositifs institutionnels. Les répondants sont dans l'immense majorité des cas des cabinets d'avocats.

Dans le domaine du droit du travail, la Banque mondiale retient trois indicateurs de base ("flexibilité du recrutement", "flexibilité du licenciement", "conditions de l'emploi") et un indicateur synthétique ("droit de l'emploi", qui est la moyenne des trois indices précédents). Ces indicateurs institutionnels sont complétés par deux autres, qui sont censés mesurer l'impact économique des précédents (coût du recrutement et coûts de licenciement, exprimés en pourcentage des salaires). Notons dès à maintenant que, de même que dans la méthode de Botero et al. (2004), aucune pondération n'est introduite dans la construction des indicateurs synthétiques. Il faut également noter que les questionnaires sont ciblés sur un cas particulier, celui d'un "salarié standardisé", qui présente des caractéristiques précises énumérées dans les instructions adressées aux répondants : un salarié à temps plein père de deux enfants et dont l'épouse est inactive, 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.

a) L'indicateur "difficulté du recrutement" (*difficulty of hiring index*)

L'indicateur concerne les modalités du recrutement limité à deux cas de figures : les contrats à temps partiel (*part-time*) ou à durée déterminée (*fixed-term*). Le tableau suivant (tableau 1), qui reprend en grande partie les instructions de réponse aux questionnaires communiquées par la Banque mondiale aux répondants nationaux, expose le contenu de l'indicateur "difficulté du recrutement", qui comprend deux indicateurs élémentaires :

- réglementation du recours aux contrats à temps partiel,
- réglementation du recours aux contrats à durée déterminée.

Tableau 1 - Composition de l'indicateur "Flexibilité du recrutement"

Indicateur	Contenu	Précisions*	Réponse
Contrats à temps partiel (part-time contracts)	L'emploi à temps partiel est interdit	L'interdiction est prévue par le droit du travail	Oui/Non
	Les salariés à temps partiel ne sont pas exemptés du bénéfice des dispositifs qui concernent les salariés à temps plein	Un salarié à mi-temps bénéficie-t-il d'au moins la moitié des dispositifs concernant les salariés à temps plein ? Non si le salarié à temps partiel n'a pas droit : (i) à au moins la moitié de la durée maximale de travail, des congés et paiement des heures complémentaires, (ii) à la couverture sociale (retraite, santé, chômage), ou (iii) s'il existe des seuils de plus de la moitié de la durée légale du travail pour le bénéfice des heures complémentaires, des congés ou de la couverture sociale	Oui/Non
	Il n'est pas plus facile ou plus coûteux de résilier un contrat à temps partiel qu'un contrat à temps plein	Oui si un salarié à mi-temps bénéficie au moins de la moitié du préavis ou de l'indemnité de rupture du contrat prévus pour les salariés à temps plein	Oui/Non
Contrats à durée déterminée (fixed-term contracts)	Les CDD ne sont autorisés que pour des tâches à durée déterminée	Oui si les CDD ne sont autorisés que pour (i) des emplois temporaires par nature, (ii) le remplacement d'un salarié en congé maternité ou maladie, (iii) pour les contrats de qualification, (iv) pour les travaux saisonniers, ou (v) si la loi stipule expressément que l'accord des parties de conclure un CDD n'est pas un motif suffisant de la légalité du contrat	Oui/Non
	Quelle est la durée maximale des CDD ?	Durée maximale cumulée des CDD successifs	En mois

* précisions données dans le questionnaire ou dans les instructions qui lui sont annexées

b) L'indicateur "Conditions de l'emploi" (*conditions of employment*)

Cet indicateur concerne la flexibilité du temps de travail, le paiement des congés et jours fériés, la législation sur le salaire minimum (tableau 2)

Tableau 2 - Composition de l'indicateur "Conditions de l'emploi" (*conditions of employment*)

Indicateur	Contenu	Précisions*	Réponse
Durée du travail (hours of work)	Quelle est la durée légale du repos hebdomadaire ?	Définie soit en jours soit par la durée journalière maximale	Jours ou heures
	Quelle est la durée maximale de travail hebdomadaire ?	Durée définie à l'exclusion des heures complémentaires	Jours
	Quelle est prime payable pour les heures complémentaires ?	Heures ouvrées au delà de la durée légale	En % de la rémunération horaire normale
	Y-a-t'il des restrictions sur le travail de nuit ?	Restrictions légales ou conventionnelles du type : (i) limitation des heures ouvrées de nuit, et/ou (ii) prime de travail de nuit	Oui/Non
	Y-a-t'il des restrictions sur le travail les jours de repos hebdomadaire ?	Restrictions légales ou conventionnelles du type : (i) interdiction totale, (ii) désignation explicite de certains jours ouvrés non modifiables sans le consentement du salariés, (iii) plafonnement des heures ouvrées les jours de repos, (iv) prime de travail.	Oui/Non
Congés (leaves)	Durée des congés payés dans l'industrie manufacturière	Pour les salariés de plus de 20 ans d'ancienneté	Jours
	Le paiement des congés est-il obligatoire ?	Obligation légale ou conventionnelle	Oui/Non
Salaire minimum (minimum wage)	Il existe un salaire minimum obligatoire	Obligation légale ou conventionnelle	Oui/Non
	Conditions de l'emploi dans la Constitution	Mesure du degré auquel la régulation des conditions de l'emploi est visé soit par la Constitution soit par des dispositifs de politique publique	Oui/Non

* précisions données dans le questionnaire ou dans les instructions qui lui sont annexées

c) L'indicateur "Difficulté du licenciement" (*difficulty of firing index*)

L'indicateur concerne les motifs du licenciement, les procédures de licenciement, la durée du préavis, le montant d'indemnisation du chômage (tableau 3).

Tableau 3 - Composition de l'indicateur "flexibilité du licenciement" de la Banque mondiale

Indicateur	Contenu	Précisions*	Réponse
Justification du licenciement (grounds for firing)	Il est illégal (unfair) de résilier le contrat de travail sans cause	Mesure de la liberté des acteurs à s'entendre sur les conditions de la rupture du contrat de travail	Oui/Non
	La loi établit une liste de causes légales (fair) au licenciement	Concerne les causes autres que la faute du salarié (grave misconduct)	Oui/Non
	L'excès de main-d'oeuvre (redundancy) n'est pas considérée comme une cause légale (fair) du licenciement	Le licenciement pour motifs économiques ou au regard des nécessités de l'entreprise est-il permis ?	Oui/Non
Procédures de licenciement (firing procedures)	L'employeur doit notifier à une tierce partie avant de procéder à un licenciement individuel	L'obligation de notification peut être légale ou conventionnelle	Oui/Non
	L'employeur doit recevoir l'autorisation d'une tierce partie avant de procéder à un licenciement individuel	L'autorisation préalable (par un syndicat, un comité d'entreprise ou une entité publique) peut être légale ou conventionnelle	Oui/Non
	L'employeur doit notifier à une tierce partie avant de procéder à un licenciement collectif	L'obligation de notification (à un syndicat, un comité d'entreprise ou une entité publique) peut être légale ou conventionnelle	Oui/Non
	L'employeur doit recevoir l'autorisation d'une tierce partie avant de procéder à un licenciement collectif	L'autorisation préalable (par un syndicat, un comité d'entreprise ou une entité publique) peut être légale ou conventionnelle	Oui/Non
	La loi contraint l'employeur à établir un plan de reconversion (retraining) ou de reclassement (replacement) préalablement au licenciement	L'obligation de reconversion ou de reclassement peut être légale ou conventionnelle	Oui/Non
	Il existe des règles de priorité concernant les salariés licenciés	La loi ou les dispositions conventionnelles établissent-elles des règles de priorité dans le licenciement en fonction de différents critères objectifs (ancienneté, sexe, statut marital...)?	Oui/Non
	Il existe des règles de priorité concernant la ré-embauche (re-employment)	La loi ou les dispositions conventionnelles établissent-elles des règles de priorité dans l'embauche de salariés postérieurement aux licenciements ?	Oui/Non
Préavis et indemnisation (notice and severance payment)	Période de préavis obligatoire pour les salariés de plus de 20 ans d'ancienneté ?		Nombre de semaines
	Montant de l'indemnisation du chômage exprimé en mois de salaires temps plein pour les salariés de plus de 20 ans d'ancienneté		Nombre de mois
Droit constitutionnel à la sécurité de l'emploi (Right to job security in the constitution)	Le droit à la sécurité de l'emploi est-il prévu dans la Constitution du pays ?	Le droit à la sécurité de l'emploi peut également être prévu dans des dispositifs législatifs ou des actions de politique publique	Oui/Non

* précisions données dans le questionnaire ou dans les instructions qui lui sont annexées

d) L'indicateur synthétique global : l'indice de rigidité de l'emploi (*rigidity of employment index*)

L'indicateur de rigidité de l'emploi est calculé comme la moyenne arithmétique, sans pondération, des trois indicateurs précédents. Le tableau suivant (tableau 4) en donne quelques exemples.

Tableau 4 - Exemples de mesures (*Doing Business, 2004*)

Pays	Indice de difficulté d'embauche	Indice de rigidité des temps de travail	Indice de difficulté du licenciement	Indice de rigidité de l'emploi
Allemagne	44	80	40	55
Belgique	11	40	10	20
Danemark	11	40	10	20
Espagne	67	80	50	66
France	78	80	40	66
Irlande	28	40	30	33
Italie	61	80	30	57
Portugal	33	80	60	58
Canada	11	0	30	14
Japon	17	40	0	19
Royaume Uni	11	20	10	14
Etats-Unis	0	0	10	3

Source : Doing Business, 2004.

e) L'interprétation des indicateurs

L'interprétation des indicateurs est réalisée par la Banque mondiale dans le rapport *Doing Business 2004 : Understanding Regulation* dont le chapitre 3 intitulé *Hiring and Firing Workers* débute avec l'affirmation que le droit du travail n'est en soi pas condamnable : il assure la protection des salariés contre "les actions arbitraires, déloyales, ou discriminatoires des employeurs" et contribue à la justice sociale, via les conventions de l'OIT qui concernent les principes fondamentaux et les droits du travail. Plus précisément, la liberté d'association, le droit à la négociation collective, l'élimination du travail forcé, l'abolition du travail des enfants, l'élimination de la discrimination "représentant la réglementation minimale nécessaire à un fonctionnement efficace du marché du travail" (Doing Business 2004, p. 29).

Ce qui est cœur dans l'évaluation et les recommandations de la Banque mondiale concerne les "autres aspects de la relation d'emploi" dont la rigidité excessive "réduit la participation de la force de travail, accroît le chômage, et pousse les travailleurs vers l'économie informelle" (ibid.). L'"analyse économique" est alors convoquée pour argumenter cette idée, sans qu'elle ne soit assortie de réserves ou de précautions. La démarche consiste à pratiquer une sorte d'économie-fiction, par laquelle les conséquences sur l'emploi et le chômage d'une flexibilisation des dispositifs juridiques sont définies avec précision. Le modèle de ce procédé consiste à poser que "si le Mozambique réduisait son niveau de réglementation pour l'aligner sur celui constaté en Zambie, la part de l'emploi informel serait abaissée d'environ 13,5%..." (ibid.). Plus

généralement, le rapport précise la conception des effets de la réglementation de l'emploi dont la Banque mondiale se fait le relais :

- une forte réglementation renforce la position des *insiders* au détriment des nouveaux entrants sur le marché du travail, et constitue donc un facteur de la persistance d'un chômage de longue durée touchant particulièrement certaines catégories de la population active (les jeunes et les femmes) ;
- une forte réglementation réduit l'adaptabilité de la main-d'œuvre dans la mesure où de fortes durées de chômage génèrent une certaine obsolescence des compétences des travailleurs inemployés ;
- au sein de l'OCDE, les pays dont la réglementation de l'emploi est flexible investissent davantage de l'ordre de 30% dans la R&D et la technologie que ceux qui réglementent plus fortement. Deux raisons sont avancées : d'abord que les salariés protégés résistent souvent à l'introduction de nouvelles technologies, ensuite que les dirigeants d'entreprise étant découragés de licencier par un droit trop rigide, ils conservent une main-d'œuvre dont la qualité et la quantité entravent l'acquisition de nouvelles technologies...

La seule observation que j'avancerai sur les arguments qui précèdent est que le rapport Banque mondiale ne s'embarrasse pas de précautions méthodologiques pas plus qu'elle ne fait écho aux controverses académiques (nombreuses). Tout se passe comme si les conclusions étaient écrites d'avance. Sur tous ces plans, les Perspectives de l'emploi de l'OCDE se distinguent nettement de la publication de la Banque mondiale.

B- La législation de protection de l'emploi (LPE) de l'OCDE

a) Des indicateurs élémentaires aux indices synthétiques

En ce qui concerne l'OCDE, l'indicateur "Législation de protection de l'emploi" (LPE) est obtenu à partir de 18 indicateurs couvrant trois grands domaines :

- Partie A : la protection de l'emploi des travailleurs réguliers contre les licenciements individuels.
- Partie B : la réglementation des formes temporaires d'emploi.
- Partie C : les conditions applicables aux licenciements collectifs.

A partir de ces indicateurs de base, l'OCDE suit une procédure en plusieurs étapes pour construire des indicateurs synthétiques cardinaux de la rigueur de la LPE.

Les 18 indicateurs sont exprimés au départ (tableau 5, infra):

- soit en unités de temps (délai de préavis, nombre de mois d'indemnisation),
- soit en quantité (nombre maximum de contrats à durée déterminée successifs autorisés),
- soit en score sur une échelle ordinale (0 à 2, 3, 4 ou "oui/non").

La première étape consiste à établir des scores pour tous les indicateurs de premier niveau, en unités comparables, ensuite converties en scores cardinaux ajustés sur une échelle de 1 à 6. Les étapes suivantes consistent à appliquer des pondérations successives de façon à construire trois séries d'indicateurs synthétiques (tableau 5, pages suivantes):

- la réglementation des contrats permanents (avec une pondération de 5/12),
- la réglementation des contrats temporaires (avec une pondération de 5/12),
- la réglementation des licenciements collectifs (avec une pondération de 2/12).

Pour construire l'indicateur de la rigueur globale, l'OCDE a pris le parti d'attribuer aux contrats temporaires un poids de 40% et de donner à l'indicateur synthétique "licenciements collectifs" un plus faible coefficient de pondération (16%). Ce dernier choix est justifié par le fait que la réglementation des licenciements collectifs représente une protection marginale (au sens économique du terme) par rapport à celle des licenciements individuels. Le tableau 6 (infra) présente les indicateurs synthétiques de la LPE à quatre niveaux successifs d'agrégation ainsi que les pondérations retenues.

Tableau 5 – Les indicateurs de l'OCDE
Partie A. Licenciements individuels de salariés en contrat régulier

Unité d'origine - brève description		Attribution de scores numériques au degré de rigueur						
		0	1	2	3	4	5	6
Indicateur 1 <i>Procédures de notification</i>	Echelle 0-3 0 une notification verbale suffit 1 une notification écrite des motifs de licenciement doit être adressée au salarié 2 un tiers (comité d'entreprise ou administration compétente) doit être avisé 3 l'employeur ne peut procéder au licenciement sans autorisation d'une tierce partie							
		Echelle (0 - 3) x 2						
Indicateur 2 <i>Délai à respecter avant que le préavis entre en vigueur</i>	Jours Délai estimé selon les hypothèses suivantes : six jours, lorsqu'une procédure d'avertissement est obligatoire, un jour lorsque le licenciement peut être notifié verbalement ou par lettre remise directement au salarié, deux jours lorsque la lettre de licenciement doit être envoyée par la poste et trois jours lorsqu'elle doit l'être par recommandé	≤ 2	< 10	< 18	< 26	< 35	< 45	≥ 45
Indicateur 3 <i>Durée du préavis pour</i>	9 mois d'ancienneté (mois) 4 ans d'ancienneté (mois) 20 ans d'ancienneté (mois)	0 0 < 1	≤ 0.4 ≤ 0.75 ≤ 2.75	≤ 0.8 ≤ 1.25 < 5	≤ 1.2 < 2 < 7	≤ 1.6 < 2.5 < 9	< 2 < 3.5 < 11	≥ 2 ≥ 3.5 ≥ 11
Indicateur 4 <i>Indemnité de licenciement pour</i>	9 mois d'ancienneté (mois de salaire) 4 ans d'ancienneté (mois de salaire) 20 ans d'ancienneté (mois de salaire)	0 0 0	≤ 0.5 ≤ 0.5 ≤ 3	≤ 1 ≤ 1 ≤ 6	≤ 1.75 ≤ 2 ≤ 10	≤ 2.5 ≤ 3 ≤ 12	< 3 < 4 ≤ 18	≥ 3 ≥ 4 < 18
Indicateur 5 <i>Définition du licenciement justifié ou abusif</i>	0 l'inaptitude du salarié ou la suppression de poste constitue une raison suffisante de licenciement 1 des considérations sociales, d'âge ou d'ancienneté doivent, lorsque c'est possible, être prises en compte dans le choix des salariés à licencier 2 une mutation et/ou une reconversion doit être tentée avant le licenciement 3 l'inaptitude du travailleur ne peut constituer un motif de licenciement							
		Echelle (0 - 3) x 2						
Indicateur 6 <i>Durée de la période d'essai</i>	Mois Période durant laquelle les contrats réguliers ne sont pas totalement couverts par les dispositions de protection de l'emploi et où les recours pour licenciement abusif ne sont en général pas possibles	≥ 24	> 12	> 9	> 5	> 2.5	≥ 1.5	< 1.5
Indicateur 7 <i>Indemnisation pour licenciement abusif</i>	Mois de salaire	≤ 3	≤ 8	≤ 12	≤ 18	≤ 24	≤ 30	> 30
Indicateur 8 <i>Possibilité de réintégration suite à un licenciement abusif</i>	Echelle 0-3 La mesure de la réintégration dépend du point de savoir si lorsqu'un licenciement est jugé abusif le salarié a la possibilité d'être réintégré dans son emploi précédent, même contre le gré de l'employeur							
		Echelle (0 - 3) x 2						

Partie B. Emploi temporaire

Unité d'origine - brève description		Attribution de scores numériques au degré de rigueur						
		0	1	2	3	4	5	6
Indicateur 9 <i>Cas autorisés de recours aux contrats de durée déterminée (CDD)</i>	Echelle 0-4 0 CDD autorisés uniquement pour raison "objective" ou "circonstance matérielle", c'est-à-dire pour effectuer une tâche de durée limitée 1 des exemptions particulières s'appliquent en fonction des besoins de l'employeur (lancement d'une nouvelle activité) ou du salarié (travailleur à la recherche du premier emploi) 2 exemptions possibles aussi bien pour l'employeur que pour le salarié 3 pas de restrictions à l'utilisation de CDD							
Indicateur 10 <i>Nombre maximum de CDD successifs</i>	Nombre	Pas de limite	≥ 5	≥ 4	≥ 3	≥ 2	≥ 1.5	< 1.5
Indicateur 11 <i>Durée cumulée maximum de CDD successifs</i>	Mois	Pas de limite	≥ 36	≥ 30	≥ 24	≥ 18	≥ 12	< 12
Indicateur 12 <i>Types de travail pour lesquels un contrat d'intérim est légal</i>	Echelle 0-4 0 contrats d'intérim illégaux 1-3 1 à 3 selon de degré de restriction 4 pas de restriction							
Indicateur 13 <i>Restrictions au nombre de renouvellements</i>	Oui/Non	-	-	Non	-	Oui	-	-
Indicateur 14 <i>Durée cumulée maximum des contrats d'intérim</i>	Mois	Pas de limite	≥ 36	≥ 24	≥ 18	≥ 12	> 6	≤ 6

Partie C. Licenciements collectifs

Unité d'origine - brève description		Attribution de scores numériques au degré de rigueur						
		0	1	2	3	4	5	6
Indicateur 15	Echelle 0-4	Echelle (0 - 4) x 6/4						
<i>Définition du licenciement collectif</i>	0 pas de réglementation supplémentaire pour licenciement collectif 1 réglementation particulière à partir de 50 licenciements 2 réglementation particulière à partir de 20 licenciements 3 réglementation particulière à partir de 10 licenciements 4 réglementation particulière en dessous de 10 licenciements							
Indicateur 16	Echelle 0-2	Echelle (0-2) x 3						
<i>Obligations de notifications supplémentaires</i>	Il peut y avoir obligation de notification au comité d'entreprise (ou aux représentants des salariés) et à l'administration (service public de l'emploi). Les scores sont attribués selon qu'il existe des obligations supplémentaires par rapport à celles qui s'appliquent au licenciement individuel pour suppression de poste 0 pas d'obligation supplémentaire 1 notification à un acteur supplémentaire 2 notification à deux acteurs supplémentaires							
Indicateur 17	Jours	0	< 25	> 30	> 50	> 70	> 90	≥ 90
<i>Délaï supplémentaire à respecter avant que le préavis entre en vigueur</i>								
Indicateur 18	Echelle 0-2	Echelle (0 - 2) x 3						
<i>Autres coûts spécifiques incombant à l'employeur</i>	Existence légale ou de pratique courante d'obligations supplémentaires en matière d'indemnités de licenciement et de plans sociaux (mesures de réemploi, de reconversion, de reclassement, etc.) 0 pas d'obligation supplémentaire 1 une obligation supplémentaire 3 les deux obligations s'appliquent							

Tableau 6 – Le système de pondération et les indicateurs synthétiques de l'OCDE

Niveau 4 Echelle 0-6	Niveau 3 Echelle 0-6	Niveau 2 Echelle 0-6	Niveau 1 Echelle 0-6
Indicateur synthétique global	Contrats permanents (version 2 : 5/12) (version 1 : 1/12)	Difficultés procédurales (1/3)	1. Procédures de notification (1/2) 2. Délai à respecter avant que le préavis entre en vigueur (1/2)
		Préavis et indemnités de licenciement pour licenciement individuel sans faute (1/3)	3. Durée du préavis après 9 mois (1/7) 4 ans (1/7) 20 ans (1/7) 4. Indemnité de licenciement après 9 mois (4/21) 4 ans (4/21) 20 ans (4/21)
		Difficulté de licenciement (1/3)	5. Définition du licenciement abusif (1/4) 6. Période probatoire (1/4) 7. Indemnisation (1/4) 8. Réintégration (1/4)
	Contrats temporaires (version 2 : 5/12) (version 1 : 1/12)	Contrats de durée déterminée (1/2)	9. Cas où les CDD sont autorisés (1/2) 10. Nombre maximum de contrats successifs (1/4) 11. Durée cumulée maximum (1/4)
		Contrats d'intérim (1/2)	12. Types de travail pour lesquels l'intérim est légale (1/2) 13. Restrictions au nombre de renouvellements (1/4) 14. Durée cumulée maximum (1/4)
	Licenciements collectifs (version 2 : 2/12) (version 1 : 0)		15. Définition du licenciement collectif (1/4) 16. Obligations supplémentaires de notification (1/4) 17. Délais supplémentaires (1/4) 18. Autres coûts spécifiques pour les employeurs (1/4)

Il faut signaler que les indicateurs des licenciements collectifs n'existent que depuis la fin des années 1990. Pour permettre des comparaisons sur une durée plus longue (de la fin années 1980 à 2003), l'OCDE a construit un indicateur alternatif (indice global de remplacement, dit "version 1") qui est la moyenne pondérée des indicateurs synthétiques correspondant aux contrats permanents et temporaires. Les données de l'OCDE comprenant l'indicateur "licenciement collectif" sont dites "version 2".

b) Conclusions de l'OCDE sur les estimations de la LPE

L'OCDE¹ admet – c'est là une qualité que l'on lui peut reconnaître – que la LPE est économiquement légitime. La réglementation protectrice de l'emploi répond en effet à trois ordres de justification. Les deux premiers sont analysés explicitement, alors que le troisième intervient de manière plus ponctuelle, donc plus discrète :

- la première est bâtie en référence à la notion d'assurance : les travailleurs ayant de l'aversion pour le risque et ne disposant pas de possibilité de s'assurer – à titre privé – contre les « aléas du marché du travail », la protection de l'emploi (en l'occurrence l'indemnisation du licenciement) permet aux salariés de lisser les fluctuations de leurs revenus en cas de licenciement. En effet, si les entreprises sont neutres au risque et ont librement accès au marché des capitaux, "il est optimal pour les travailleurs comme pour les employeurs de prévoir le versement d'indemnités de licenciement dans les contrats de travail." (OCDE, 2004, p. 99).²

- la deuxième est relative à un argument en terme de contribution au bien-être social : des suppressions d'emploi par des licenciements peuvent être socialement inefficaces. La valeur sociale d'un emploi peut en effet être supérieure à sa valeur privée : la fiscalité et le financement des prestations de chômage étant assis sur les salaires, un emploi génère des ressources pour la collectivité même si il devient improductif pour un employeur. L'absence de protection de l'emploi tendrait dans ces conditions à "générer trop de licenciements par rapport à ce qui est souhaitable pour la société et l'économie." (OCDE, 2004, p. 100). 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.).

- le troisième est évoqué dans le cours du rapport, sans être placé au même niveau d'explicitation que les deux précédents : la protection de l'emploi contribue assez bien à la stabilité de l'emploi qui, encourageant l'effort productif et la coopération des travailleurs, « peut accroître la productivité en encourageant l'investissement en capital humain... » (OCDE, 2004, p. 88)

Voilà pour le cadre général du rapport de l'OCDE. Ce qui est ensuite en jeu, c'est l'évaluation des effets de la protection de l'emploi, en particulier en ce qu'elle touche les emplois permanents et les emplois temporaires. Sur ce plan, la position prise par le rapport de l'OCDE est relativement paradoxale. En effet, à de nombreuses reprises le rapport reconnaît que "les travaux théoriques n'apportent pas de réponse tranchée quant aux effets de la protection de l'emploi sur le chômage et l'emploi agrégés" (ibid.) ; ensuite, lorsque le rapport évoque les travaux empiriques, il admet que "aucun

¹ Je me réfère ici au seul chapitre 2 (Réglementation relative à la protection de l'emploi et performance du marché du travail) du rapport de l'OCDE consacré aux *Perspectives de l'emploi* 2004.

² Notons une certaine ambiguïté dans le rapport de l'OCDE sur ce point. Il ne distingue pas clairement entre l'indemnisation du licenciement (susceptible d'être versée par l'employeur en cas de licenciement abusif pour motif personnel ou de licenciement économique) et l'indemnisation du chômage.

consensus fort n'émerge véritablement." (p. 89). Deux types de travaux sont plus particulièrement évoqués :

- ceux qui prennent en considération les interactions possibles entre la LPE et "d'autres institutions"(notamment le système de relations professionnelles) et qui tendent à montrer qu'une protection "restrictive" de l'emploi accroîtrait le taux de chômage structurel non pas systématiquement, mais dans les pays connaissant un fort taux de syndicalisation et/ou un niveau intermédiaire de négociation collective. Cependant, le rapport de l'OCDE cite également l'étude de Baker et al. (2003, 2004) qui fait valoir "que ces résultats ne résistent pas à de légères modifications dans les données utilisées, la méthode d'estimation ou la spécification des équations estimées." (p. 89).
- Ceux qui analysent les interactions possibles entre la protection de l'emploi et différents chocs macroéconomiques. Blanchard et Wolfers (2000) sont alors évoqués : ils soutiennent que les évolutions du chômage dépendraient essentiellement de l'évolution à long terme de la croissance de la productivité totale des facteurs, de la demande de travail et du taux d'intérêt réel. Ces facteurs joueraient davantage sur le chômage dans les pays à cadre institutionnel "rigide" ; autrement dit, les chocs exogènes auraient un impact sur la persistance du chômage via le cadre institutionnel du marché du travail.

Le rapport conclue provisoirement en admettant que les estimations l'impact de la LPE sur le chômage agrégé sont, théoriquement et empiriquement, "mitigées", il n'en reste pas moins qu'un consensus se fasse sur les effets de la LPE sur l'emploi de "divers groupes démographiques". En la matière, on ne trouve plus de réserves ou de précautions dans l'exposé des effets suivants :

- la LPE n'a que "peu ou pas d'effets sur les taux d'emploi des hommes d'âge très actif",
- mais elle provoque des effets négatifs sur celui des jeunes et des femmes (bien qu'il soit reconnu quelques lignes plus loin que "les résultats concernant les jeunes ne sont pas tous significatifs", p. 93).

Le rapport admet cependant que les résultats sont mitigés pour deux catégories de travailleurs : les travailleurs âgés et les non qualifiés. Pour les premiers, il semble que les effets nets de la LPE sur les embauches et les licenciements soient relativement neutres, c'est-à-dire se compensent. Pour les seconds, les effets semblent s'exercer dans deux directions : d'une part une forte protection des salariés titulaires de contrats permanents qui limite les licenciements en période de faible croissance et, d'autre part, une surreprésentation des non qualifiés dans les contrats temporaires. Cela signifie qu'une LPE restrictive sur les emplois permanents n'est pas incompatible avec l'accès à l'emploi des non qualifiés, il est vrai dans des contrats temporaires offrant peu de perspectives pour des parcours professionnels futurs.

Le rapport de l'OCDE précise, et c'est un point important, que la LPE "remplit l'objectif pour lequel elle a été conçue, à savoir protéger les emplois existants" (p. 98). Cependant, elle n'est pas exempte d'effets pervers, le plus notable d'entre eux étant de

réduire les taux de sortie du chômage, donc de rendre "plus difficile l'accès ou le retour à l'emploi." (ibid.). Par conséquent, le diagnostic de l'OCDE et les propositions d'action formulées sont basées sur une perspective d'équilibre, de politique optimale : la LPE présentant des avantages et des inconvénients, ses inconvénients doivent faire l'objet de mesures de compensation par le biais soit de politiques actives de l'emploi soit de services efficaces de réemploi :

"... une politique optimale devrait s'appuyer, à la fois, sur un certain degré de protection de l'emploi, des services de réemploi efficaces et des politiques actives du marché du travail devant contrecarrer les effets négatifs que la LPE pourrait avoir sur les décisions d'embauche des entreprises." (OCDE, 2004, p. 68).

Deux dernières observations peuvent être faites sur le rapport 2004 de l'OCDE dont on doit souligner au passage la richesse analytique relativement au rapport Doing Business de la Banque mondiale :

- il convient de prendre en considération les interactions qui s'exercent "entre les normes de protection de l'emploi et d'autres institutions ou politiques gouvernant le fonctionnement du marché du travail." (p. 99), c'est-à-dire les systèmes d'assurance-chômage et les politiques actives du marché du travail. On semble raisonner en termes de substituabilité entre ces instruments, de dosages différenciés autour d'une même finalité, sécuriser les trajectoires sur le marché du travail et les revenus des salariés inemployés. Le cas de la politique de flexicurité danoise est particulièrement mis en avant, ce qui laisse à penser qu'elle constitue un modèle dans l'esprit de l'OCDE : une faible LPE est compensée par un système d'indemnisation généreux et une politique active du marché du travail.

- la problématique de l'OCDE est marquée par le poids qu'elle accorde au dualisme entre insiders et outsiders. Constatant une certaine convergence entre les pays, qui vont dans la flexibilisation des conditions de recours aux contrats temporaires sans toucher les dispositions relatives aux contrats permanents dans la plupart des pays (OCDE, 2004, pp. 81 à 83), les Perspectives de l'emploi 2004 soulignent qu'elle renforce les inégalités entre travailleurs protégés et travailleurs entrant sur le marché du travail.

II - Comparaison des classements des pays de l'OCDE selon Doing Business et l'OCDE

La présente section a pour objet de comparer les classements relatifs des pays qui sont couverts par les deux institutions. Cette comparaison sera opérée sur les indicateurs qui, à défaut d'être identiques, ont le même objet.

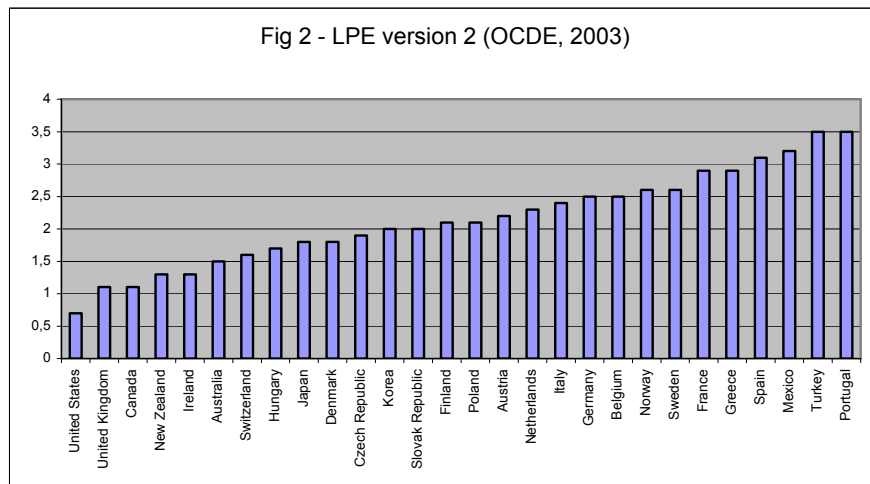
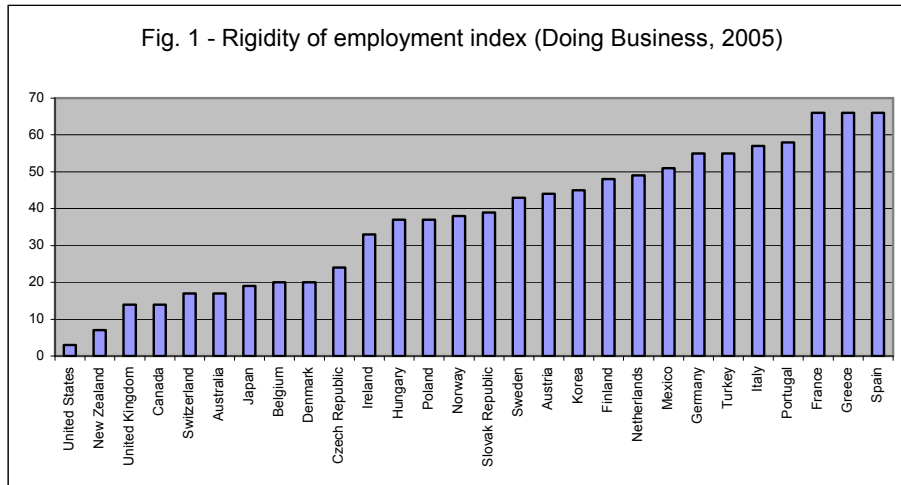
A- Comparaison sur les indicateurs globaux : indice de rigidité de l'emploi et LPE

Rappelons que :

- l'indice de rigidité de l'emploi de la Banque mondiale est la moyenne des notes des indicateurs "difficulté du recrutement" (à temps partiel ou en CDD), "difficulté du licenciement" et "rigidité du temps de travail"

- l'indice LPE est l'indicateur synthétique agrégé des indicateurs "emploi permanent", "emploi temporaire" et "licenciements collectifs" (pris ici dans la version 2, le LPE comprend les licenciements collectifs).

Considérons les positions relatives des 28 pays de l'OCDE dans les deux classements, selon des indicateurs synthétiques qui ont la même visée : mesurer l'importance de la réglementation de l'emploi.



Les deux classements sont dans les grandes lignes convergents. Ils permettent de distinguer trois groupes de pays :

- les pays de common law (Etats-Unis, Canada, Australie, Nouvelle Zélande, Royaume-Uni) et certains autres (Japon, Suisse, Danemark, Tchéquie) apparaissent comme ayant un faible réglementation de l'emploi relativement aux autres,
- les pays d'Europe occidentale (Pays-Bas, Allemagne, Italie, France, Grèce, Espagne, Portugal) et certains autres (Mexique, Turquie) apparaissent comme

- ayant un niveau de réglementation de l'emploi plus élevé relativement aux autres,
- un groupe de pays intermédiaires (Corée du Sud, Pologne, Autriche, Slovaquie) se situe entre les deux groupes précédents.

Cependant, on ne peut manquer de constater que certains pays figurent à des positions relatives assez nettement différentes dans les deux classements :

- la Belgique figure dans le groupe des pays peu réglementés dans le classement de la Banque mondiale (à proximité des pays de common law, du Japon, du Danemark) alors que dans celui de l'OCDE, elle est plutôt située dans le groupe des pays réglementés,
- L'Irlande est considérée par l'OCDE comme ayant un score faible de LPE, alors que la Banque mondiale classe ce pays dans le groupe des pays intermédiaires (avec la Hongrie, la Pologne et la Norvège),
- La Norvège est considérée par l'OCDE comme ayant un niveau élevé de protection de l'emploi, alors que la Banque mondiale classe ce pays dans le groupe intermédiaire.

Au sein des groupes, notamment des pays à forte réglementation, les positions relatives ne sont pas stables : le Portugal n'est pour la Banque mondiale pas aussi réglementeur que pour l'OCDE, alors que l'Italie est considérée comme plus rigide par la Banque mondiale que par l'OCDE.

B- Comparaison sur le droit du licenciement

Si l'on resserre la comparaison sur des indicateurs synthétiques moins agrégés que précédemment, les écarts de classements deviennent plus importants. C'est le cas lorsque la comparaison porte sur les indicateurs de difficulté du licenciement. Le tableau suivant situe le contenu de l'indicateur "flexibilité du licenciement" de la Banque mondiale par rapport à l'indicateur OCDE "rigueur globale de la réglementation des licenciements".

Tableau 7 – Comparaison de deux indicateurs de réglementation du licenciement

Indicateurs	Contenu			
OCDE : rigueur globale de la réglementation des licenciements	Définition du licenciement individuel abusif	Période probatoire	indemnisation	réintégration
Banque mondiale : flexibility of firing	Oui (<i>grounds for firing</i>) Licenciements individuel et collectif	Oui (<i>legally mandated notice period</i>) pour les salariés dont l'ancienneté est supérieure à 20 ans)	Oui (pour les salariés dont l'ancienneté est supérieure à 20 ans)	Non

Le tableau précédent compare le contenu de l'indicateur de la Banque mondiale par rapport à celui de l'OCDE. Il apparaît que l'indicateur de l'OCDE est globalement plus large que celui de la Banque mondiale sauf sur un point :

- il est plus large dans la mesure où il intègre les dispositions relatives à la réintégration des salariés licenciés sans motif valable et où les régimes de préavis d'indemnisation sont précisés en fonction de trois niveaux d'ancienneté des salariés (plus de 9 mois, de 4 ans, ou de 20 ans), alors que l'indicateur de la Banque mondiale ne retient que la seule ancienneté de 20 ans,
- mais il est plus restrictif que l'indicateur Banque mondiale car ce dernier porte sur les licenciements individuels et collectifs, alors que celui de l'OCDE ne concerne que les licenciements individuels.

Le tableau suivant compare les classements de Doing Business et de l'OCDE. Il précise, sur les pays pour lesquels l'écart de classement est nettement marqué, le sens de l'évaluation de la Banque mondiale par rapport à celle de l'OCDE.

Tableau 8 – Comparaison des classements de 28 pays de l'OCDE

	Difficulty firing (Doing Business 2005)	Rigueur globale de la réglementation des licenciements (OCDE, 2004)	Classement Doing Business par rapport à OCDE
Japan	1 ^e	17	(++) flexible
United States	2	1	
New Zealand	3	9	(+) flexible
United Kingdom	4	2	
Switzerland	5	3	
Australia	6	5	
Belgium	7	8	
Denmark	8	6	
Czech Republic	9	26	(++) flexible
Hungary	10	11	
Canada	11	4	(--) flexible
Ireland	12	7	(--) flexible
Norway	13	14	
Korea	14	18	(+) flexible
Italy	15	10	(--) flexible
Poland	16	13	
Slovak Republic	17	27	(++) flexible
Sweden	18	24	(--) flexible
Austria	19	16	
Finland	20	12	(--) flexible
Germany	21	23	
Turkey	22	21	
France	23	20	(-) flexible
Greece	24	19	(--) flexible
Spain	25	22	
Netherlands	26	25	
Mexico	27	15	(--) flexible
Portugal	28	28	

Sur les 28 pays considérés, un décalage manifeste entre le classement de la Banque mondiale sur l'indicateur "Difficulté du licenciement" et celui de l'OCDE (indicateur "Rigueur globale du licenciement") peut être constaté pour près de la moitié d'entre eux (13 pays) :

- cinq pays apparaissent comme plus flexibles en matière de licenciement dans le classement de la Banque mondiale : c'est particulièrement le cas du Japon, pour lequel l'écart de classement est très net. Les autres pays concernés sont la Corée du Sud, la Nouvelle Zélande, la Slovaquie et la République Tchèque.
- huit pays sont considérés comme moins flexibles par la Banque mondiale que par l'OCDE, alors que l'indicateur de Doing Business n'intègre pas les dispositifs de réintégration des salariés qui, s'ils avaient été pris en compte, aurait probablement "dégradé" davantage la position des pays considérés qui sont, à l'exception du Canada et du Mexique, des pays de l'Union européenne (Irlande, Italie, Suède, Finlande, France, Grèce). L'indicateur de la Banque mondiale dégrade donc les performances relatives de six pays de l'U.E. par rapport à l'indicateur de l'OCDE.

Le bref exercice de comparaison des classements qui vient d'être mené conduit à deux conclusions également raisonnables : d'une part, que les classements sont spécifiques aux appareils de mesure qui permettent de les établir et que, par voie de conséquence, les comparaisons entre échelles ordinales ne peuvent conduire qu'à des conclusions relativistes ; mais, plus importante est la deuxième conclusion possible : on constate une grande sensibilité de certains pays à des différences a priori mineures de composition des indicateurs.

III – Indicateurs et mesure du droit du travail : éléments de discussion

En matière de données de base, il importe de signaler que, dans l'absolu, les indicateurs peuvent être basés soit sur des données objectives, soit sur des données subjectives. Les données objectives visent à mesurer, par exemple, le nombre de jours nécessaires à l'obtention d'une inscription aux registres du commerce ou d'un titre exécutoire, pour faire exécuter une décision de justice, pour licencier un salarié pour motif personnel, etc. Quant aux données subjectives, elles recueillent l'opinion des répondants sur des phénomènes censés être réels et non accessibles par la consultation des règles formelles : l'importance de la corruption, le degré réel d'indépendance du judiciaire par rapport au politique, l'emprise de groupes de pressions sur la politique économique, etc. Ces données subjectives caractérisent les bases de données constituées en vue d'estimer la perception que les milieux d'affaire ont du risque que l'investissement fait courir dans tel ou tel pays (par exemple : l'International Country Risk Guide).

Les indicateurs qui nous occupent ici sont basés sur des données institutionnelles à vocation objective, mais leur qualité en tant qu'instruments de mesure mérite discussion. Il convient de s'interroger sur ce que les indicateurs mesurent (A-), sur ce qu'ils ne mesurent pas (B-), préalablement à une discussion méthodologique plus large (C-).

A- *Qu'est ce que les indicateurs mesurent ?*

a) Des mesures du droit positif

Les indicateurs de la Banque mondiale et de l'OCDE mesurent le droit positif en vigueur sur la base de méthodes très différentes de recueil des données :

- le recours à des questionnaires auprès d'experts-praticiens nationaux pour Doing Business,
- l'exploitation des législations nationales pour l'OCDE.

Il est donc patent que les indicateurs mesurent les dispositifs de droit positif (c'est-à-dire les règles substantielles ou procédurales en vigueur) et pas les usages qui en sont fait dans les situations d'emploi effectivement mises en oeuvre. Les indicateurs de DLLS et, dans leur prolongement, ceux de la Banque mondiale, sont construits à partir de protocoles de recueils de données auprès de répondants nationaux, en règle générale des cabinets d'avocats.

Les données "objectives" sont ainsi recueillies, par DDLS et la Banque mondiale, par consultation de répondants qui sont censés être détenteurs d'une connaissance juste et représentative des situations juridiques saisies par questionnaires. Les données objectives (Banque mondiale et DLLS) sont basées sur les règles *de jure* ; elles ne rendent alors pas compte à première vue des situations *de facto*³. D'autres spécialistes estiment *a contrario* que « les perceptions importent »⁴ : « les perceptions subjectives de la gouvernance importent souvent autant que la réalité juridique » (Kaufmann et al., 2003, p. 20). Nous sommes donc confrontés à deux possibilités de saisie quantitative des situations juridiques, chacune présentant des limites :

- le recours à des experts chargés d'informer l'organisme enquêteur sur les données juridiques objectives ne permet d'obtenir, au mieux, que des descriptions du droit positif en vigueur. Dans ce cas de figure, la consultation par l'organisme enquêteur des droits du travail nationaux constitue une voie alternative qui présente l'intérêt d'éviter les biais subjectifs inhérents au recours à des experts ;
- la saisie des situations de facto peut être interprétée comme l'expression de la volonté de mesurer le fonctionnement des dispositifs juridiques, c'est-à-dire le "droit en action" plutôt que le "droit des livres". Toutefois, rien n'indique que l'on puisse assimiler le droit en action à des opinions par nature subjective sur la

³ Nous verrons plus loin (§ B-c) que Botero et. (2004) soutiennent que leurs observations ne se limitent pas à un cadre de jure, dans la mesure où des indicateurs spécifiques sont construits pour mesurer les coûts de l'observation des règles en vigueur. Ils offrent un argument à l'appui de leur affirmation selon laquelle les indicateurs économiques (coût de l'augmentation de la durée du travail et coût du licenciement) permettent d'approcher "what happens 'on the ground' ", ce que ne permet pas d'emblée l'analyse en termes de "formal rules" (Botero et al., 2004, p. 1347).

⁴ D. Kaufmann, A. Kraay, M. Mastruzzi, *Governance Matters III : Gouvernance Indicators for 1996-2002*, Banque Mondiale, 30 juin 2003.

perception que certains experts ont du fonctionnement des dispositifs juridiques. Ainsi, sur certaines variables quantitatives, la pertinence du recours à des estimations formulées par des experts peut être mise en doute. C'est particulièrement le cas des durées effectives des procédures, pour lesquelles les estimations faites par un praticien ne peuvent qu'être fondées sur une expérience locale dont rien n'assure *a priori* la qualité de représentativité des situations globales.

b) Des mesures basées sur un modèle-type universel

Les indicateurs sont construits sur la base de conventions de mesure, c'est-à-dire de représentations partagées de la nature de l'objet qu'il s'agit de mesurer.

A cet égard, la consultation de la base Doing Business, des questionnaires utilisés pour recueillir les données procédurales auprès de répondants locaux et des données de DLLS dans l'article « Courts » relève une conception de la procédure civile que l'on peut qualifier d'*additive* : il s'agit de dénombrer le nombre d'étapes qu'un justiciable est réputé devoir suivre avant l'obtention d'un titre exécutoire et l'exécution du jugement. La procédure est donc considérée comme linéaire et comme obligatoire. Je ne sais précisément quelle est réalité du droit processuel, mais j'ignore si sont prises en compte, et de quelle manière, les options procédurales alternatives ouvertes aux justiciables. Par exemple, le rapport de l'OCDE consacré aux Perspectives de l'emploi pour 2004 avoue clairement que, en matière de droit du licenciement, le cas des Pays-Bas pose un problème particulier de mesure au regard du fait que les employeurs désirant licencier un salarié disposent de deux possibilités alternatives : soit en demandant une autorisation préalable auprès d'une instance administrative (le CWI : centre pour le travail et le revenu), soit en demandant à un tribunal judiciaire la dissolution du contrat de travail. Dans ce dernier cas, l'OCDE reconnaît que les tribunaux accordent la dissolution mais en contrepartie du versement au salarié d'une indemnité de licenciement « relativement élevée », alors que dans le premier cas, le CWI n'impose pas d'indemnité de licenciement mais son autorisation est incertaine. C'est pourquoi les grandes entreprises préfèrent recourir à la procédure judiciaire, malgré son coût plus élevé et les petites entreprises usent plutôt de la procédure d'autorisation préalable.⁵

c) Des mesures insensibles aux effectifs et fréquences des populations concernées

Les fréquences ou les effectifs de la population active employée dans tel ou tel régime juridique de l'emploi (qu'il s'agisse des conditions de recrutement, de l'emploi et du licenciement) ne sont pas mesurées, ni par les indicateurs de la Banque mondiale, ni par ceux de l'OCDE. .

Or, dans le dernier cas, les choix de pondération dans les indicateurs synthétiques de l'OCDE ne sont à l'évidence pas neutres, notamment au regard de la forte pondération attribuée à la réglementation de l'emploi temporaire (contrats à durée déterminée). Une pondération de 40% dans le calcul de la LPE peut être contestée, ne serait-ce que parce

⁵ OCDE, *Perspective pour l'emploi 2004*, chapitre 2 (Réglementation relative à la protection de l'emploi et performance du marché du travail), pp. 71 à 73.

qu'elle très disproportionnée par rapport à la part de des contrats temporaires dans le stock de contrats de travail dans les pays de l'U.E. où les contrats permanents représentent au moins 85% du stock.

d) Des mesures insensibles aux architectures et complémentarités institutionnelles

De façon plus générale, il n'est pris en compte le fait que les activités juridiques et juridictionnelles ne sont pas sans être orientées par les architectures institutionnelles et les politiques publiques. Ce constat devrait interdire de comparer terme à terme des éléments pris sans considérer l'ensemble des dispositifs. C'est ce que permet de montrer l'étude de Blankenburg (1994) qui montre pourquoi il est rationnel en Allemagne de recourir aux tribunaux et pas aux Pays-Bas : "Les comparaisons entreprises ici et décrites dans cet article montrent que les différences constatées dans les taux de recours contentieux ne peuvent pas être expliquées en termes de droit codifié ou simplement de mentalité des acteurs sur la scène du droit. Pour expliquer les différences, il est nécessaire, plutôt, de regarder la totalité des interrelations entre facteurs institutionnels, que je qualifie sous le nom de 'culture juridique'. Des développements institutionnels singuliers ont créé aux Pays-Bas une infrastructure d'évitement du recours aux tribunaux. Plus particulièrement, les joueurs récurrents potentiels peuvent recourir à une gamme d'instruments alternatifs de revendiquer leurs droits que le recours contentieux. La tradition allemande, d'un autre côté, tend à canaliser les différends vers les tribunaux en décourageant les services juridiques alternatifs et en optimisant l'efficacité des tribunaux." (Blankenburg, 1994, p. 790).

e) Des mesures de la culture et des perceptions des dirigeants d'entreprise ?

Il n'est pas incongru de considérer que les variables et indicateurs retenus par les organismes enquêteurs ou les chercheurs reposent sur des modèles théoriques implicites qui orientent aussi bien la construction de outils que l'interprétation des résultats. Au delà de ces modèles implicites, on peut trouver des visions du monde, donc des sensibilité quasi-politiques, que les travaux d'Ahlering et Deakin permettent d'identifier.

En effet, ces deux auteurs ont réalisé une analyse des corrélations entre l'indice de droit de l'emploi développé par Botero et al, dans une orientation assez proche des indicateurs de la Banque mondiale, avec d'autres mesures disponibles de la protection de l'emploi : les données du BIT sur les appartenances syndicales et la ratifications des conventions de l'OIT par les Etats, ainsi que l'indicateur de perception de la rigueur de la réglementation utilisé dans le Global Competitiveness Report de l'OCDE. Les résultats de l'analyse des corrélations d'Ahlering et Deakin sont présentés dans le tableau suivant (tableau 9).

Tableau 9 – Corrélations entre l'indice de droit de l'emploi (de BLLV) et d'autres indicateurs alternatifs

		Employment laws index	Trade union membership	Perceptions of labour regulation	ILO conventions ratified
Employment laws index	Correlation coefficient Significance (2 tailed) Number	1.000 -- 49			
Trade union membership	Correlation coefficient Significance (2 tailed) Number	.095 0.519 24	1.000 -- 24		
Perceptions of labour regulation	Correlation coefficient Significance (2 tailed) Number	-3.96* .000 38	-.054 .710 24	1.000 -- 38	
ILO conventions ratified	Correlation coefficient Significance (2 tailed) Number	.411* .014 19	.369 .098 12	-.563* .001 19	1.000

* correlation is significant at the 0.05 level (2 tailed)

Source : Ahlering et Deakin, 2005, p. 22.

Il apparaît que l'indice de droit de l'emploi n'est pas corrélé à l'indicateur de syndicalisation, mais qu'il l'est nettement avec l'indice de perception de la rigueur de la réglementation de l'emploi, c'est-à-dire avec la perception qu'ont les dirigeants d'entreprise de leur environnement juridique. Ahlering et Deakin estiment que « This suggests that the index of Botero et al capture some of the way in which law is perceived and perhaps the way the legal environment operates on the ground » (2005, p. 21). Enfin, l'indice de droit de l'emploi est corrélé, mais moins nettement, avec l'indicateur de rigueur de la législation du travail mesurée par la ratification des conventions de l'OIT.

B- Qu'est-ce que les indicateurs ne mesurent pas ?

Les deux indicateurs qui nous occupent peuvent être soumis à la même question, à savoir ce qu'ils ne mesurent pas. Quatre aspects échappant à la mesure seront mentionnés ici : deux d'entre eux concernent la mise en œuvre du droit (les régulations effectivement mises en œuvre dans des situations réelles et les usages du droit du travail dans la gestion de l'emploi) ; deux autres concernent les liens entre institutions du travail et/ou d'autres institutions qui participent à la gestion et à la régulation de l'emploi.

a) Les régulations effectives de l'emploi

La saisie des régulations effectives de l'emploi est plus délicate que celle des dispositifs de droit positif. Des éléments d'explication de cette complexité ont été avancés

précédemment, mais on peut en considérer la question sous de nouveaux angles de vue. A cet égard, deux possibilités de saisie du droit en action et des régulations effectives de l'emploi qui échappent aux indicateurs peuvent être considérées.

La première consiste à invoquer le fait que les normes légales ne font pas tout. Ahlering et Deakin (2005) soutiennent à cet égard qu'il faut aller au delà des normes légales et prendre en considération les normes sociales qui agissent sur les pratiques de régulation de l'emploi, notamment du licenciement (Ahlering et Deakin, 2005, p. 18). Siems (2005) va dans le même sens lorsqu'il considère que "... les facteurs extrajuridiques doivent être pris en compte " dans son analyse des indicateurs dans une perspective de droit comparé qui exige d'aller au delà des moyens purement juridiques "parce qu'une fonction spécifique peut être assumée par une règle juridique dans un pays et par un phénomène extrajuridique dans un autre pays" (Siems, 2005, p. 9).

La deuxième diffère nettement de la précédente, en ce sens qu'elle peut consister à prendre en considération les usages des normes légales, sans pour autant invoquer les normes sociales, les régulations au delà du droit. Dans cette orientation, les usages des normes légales peuvent, du moins pour certaines d'entre elles, être approchés par des indicateurs statistiques. La question qui se pose alors pour la recherche est de savoir s'il est possible de construire des indicateurs capables de capturer les faits statistiques davantage que les normes de droit positif et qui se prêtent à des comparaisons internationales.

b) Les usages du droit positif dans la gestion de l'emploi privé

Comme cela a été indiqué précédemment, on ne connaît pas les effectifs (ou les fréquences) concernés par les différents dispositifs mesurés par les indices. Cela peut être un problème si l'on considère que les dispositifs de droit positif ne font rien en eux mêmes (Jeammaud, 1993), et que l'évaluation de la portée pratique (économique) d'un dispositif soit menée en considération de la réalité de sa mise en œuvre.

On peut en effet avoir des dispositifs qui augmentent le degré de protection sur le papier, mais ils peuvent ne concerner que des effectifs limités ou être "ineffectifs". Par exemple, l'OCDE retient l'indicateur (indicateur élémentaire 8) "possibilité pour le salarié licencié sans motif valable d'être réintégré" dont on peut pas déduire grand-chose indépendamment de sa mise en œuvre. Comme un « droit à réintégration » ne dit rien de la réalité de la contrainte qui pèserait sur les entreprises de réintégrer des salariés licenciés abusivement, il serait certainement utile de mesurer l'effectif des salariés concernés par cette mesure, donc réintégré dans leur emploi, et d'être en mesure de calculer des ratios (comme le nombre de salariés réintégré rapporté à l'effectif de salariés réintégrables ou à celui des licenciements individuels).⁶

⁶ Dans un autre domaine, les travaux de Blankenburg (1994) montrent que cela est possible. Ce sociologue du droit utilise en effet des indicateurs quantitatifs pour comparer les Pays-Bas et l'Allemagne en matière de recours aux tribunaux.

c) Le contentieux et la jurisprudence

Le rapport de l'OCDE Perspectives de l'emploi 2004 le reconnaît explicitement : la jurisprudence constitue une limite de l'indicateur LPE :

« En ce qui concerne les contrats réguliers, les réglementations en matière de protection de l'emploi fixent les conditions dans lesquelles un salarié peut être licencié et les sanctions applicables à l'employeur en cas de non-respect de ces conditions. Cela étant, *ces dispositions 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. » (OCDE, Perspectives de l'emploi 2004, p. 71 – je souligne).

L'effet du contentieux ou de la jurisprudence peut aller dans deux sens : soit dans celui du « durcissement » de la réglementation (lorsque les recours des salariés devant les tribunaux conduisent à accroître les coûts du licenciement par rapport à ce que prévoit le droit commun du licenciement, par exemple par l'obtention du salarié de dommages et intérêts civils réparateurs d'un licenciement sans cause), soit dans celui de son « allègement » (lorsque les tribunaux n'usent pas de l'obligation de réintégration alors que la possibilité en est offerte par la législation). En tout état de cause, à défaut de compréhension appropriée de l'activité des tribunaux en tant qu'ils mettent en œuvre les dispositifs législatifs et réglementaires, rien ne peut être dit de l'effet du contentieux et de la jurisprudence sur la rigueur de la réglementation.

Cette observation renvoie immédiatement à la question de la nature du système juridique, de common law ou de droit civil. Les premiers se caractérisant par une place plus importante du droit judiciaire, est-il possible que les estimations de la rigueur de la réglementation soient biaisés en défaveur des systèmes de droit civil, où la réglementation de l'emploi procède bien davantage de la loi que des tribunaux ? L'OCDE pas plus que la Banque mondiale n'apportent de réponse à cette possibilité. Il faut se tourner vers Botero et al. (2004) pour cela. Ces auteurs proposent deux arguments : le premier est que la différence entre systèmes de common law et de droit civil n'est pas très marquée dans le domaine du droit du travail dans la mesure où il est un droit statutaire ; le deuxième est que, quand bien même il y aurait une dissymétrie entre la régulation judiciaire (pas capturée par les indices) et la régulation législative (qui serait alors surpondérée), le recours à des indicateurs économiques permet d'éviter les biais.

En effet, aussi bien Botero et al que la Banque mondiale ont élaboré, à côté des indicateurs institutionnels, des indicateurs économiques censés estimer les charges et coûts de l'observation de la réglementation. La Banque mondiale publie des indices de « coût de l'embauche » (en % du salaire) et « Coûts du licenciement » (en semaines de salaires).

Que répondre à ces arguments ? deux observations peuvent être formulées :

- d'abord, que les coûts sont déduits des charges prévues par la législation. Par conséquent, la pratique des embauches et licenciements sous l'effet des tribunaux et de la jurisprudence ne sont pas mieux considérés ;
- ensuite, que la part de la régulation législative et de la régulation judiciaire, ou leur dosage) n'a pas de sens en soi ; l'étude de ce problème supposerait que l'on base la comparaison internationale sur la définition des équivalents fonctionnels. Il serait donc justifié d'estimer les charges et les coûts au regard de toutes les entités institutionnelles compétentes et de nature différente dans les différents pays ; enfin il serait judicieux de prendre en considération la nature des charges : pèsent-elles obligatoirement sur l'employeur du fait même de la mise en œuvre d'une procédure de licenciement ou sont-elles déclenchées par une demande du salarié licencié devant une commission spécialisée ou un tribunal ?

L'étude du contentieux prud'homal de B. Munoz-Perez et E. Serverin (2005) permet à cet égard de comprendre qu'une relation inverse existe entre l'encadrement des licenciements et le recours aux prud'hommes ; les taux de recours des salariés licenciés pour motif économique (2,5 %) sont notoirement plus faibles que ceux des salariés touchés par une mesure de licenciement pour motif personnel (25,8 %).

d) Les complémentarités et cohérences institutionnelles

Outre les problèmes des règles et des interprétations jurisprudentielles, une limite importante des indicateurs existants réside dans leur incapacité à saisir les interdépendances entre institutions ou dispositifs juridiques, c'est-à-dire à mener une évaluation endogène des systèmes nationaux de réglementation et de régulation économique. Ahlring et Deakin (2005) avancent des arguments intéressants à cet égard, à propos des relations entre le droit du travail et le droit des sociétés (des règles de corporate governance). Cette analyse revient à donner du poids aux perspectives de Hall et Soskice sur les variétés du capitalisme.

C- Discussion méthodologique élargie

a) Des mesure du droit des livres ?

Les indices de la Banque mondiale mesurent le droit des livres (formal law) plutôt que le droit en action (la mise en œuvre des règles). Ces indicateurs, construits sur la base d'un référentiel étroit (le "*standardized worker*" de la "*standardized firm*") opèrent une lecture à la lettre et littérale des règles substantives ou procédurales sans en comprendre le sens pratique. Ahlring et Deakin (2005) donnent un exemple significatif des erreurs d'interprétation véhiculées par une référence étroite aux seules règles indépendamment de leur mise en œuvre : selon eux, antérieurement à la promulgation de la loi sur les licenciements injustifiés (*unfair dismissal law*), le droit anglais n'imposait pas de préavis de licenciements. En pratique, dans les années 50-60, les licenciements étaient très coûteux pour les employeurs, dans un contexte de rapports de force favorables aux syndicats dans la régulation des relations de travail. La loi sur les licenciements dans les années 70-80 a introduit en apparence davantage de contraintes formelles sur les employeurs. Mais, en pratique, elle a facilité le licenciement par rapport à la situation antérieure, dans un nouveau contexte de déclin du pouvoir syndical et de la réprobation

morale des licenciements. Ahlring et Deakin estiment à juste titre que cet exemple "illustre l'énorme complexité de l'élaboration d'un indicateur de droit du travail" et insistent sur le fait que "la connaissance des situations nationales devrait permettre de nuancer les scores attribués à des variables particulières concernant ce pays" (Ahlring et Deakin, 2005, p. 18).

Des observations de même nature peuvent être formulées sur les indicateurs OCDE. Ces derniers cependant plus solidement établis que ceux de Banque mondiale, ne serait-ce que parce les données qui les alimentent sont celles des dispositifs juridiques considérés en eux-mêmes, et pas des données recueillies par enquête auprès de répondants locaux.

Le problème de savoir si les indicateurs mesurent le droit formel ou les situations empiriques sur le terrain ne semble pas avoir suscité de solution convaincante. A cet égard, Botero et al. (2004) font preuve d'une ambiguïté artistique. Ils précisent que leur approche consiste à "mesurer les règles formelles" (Botero et al., 2004, p. 1346), avant de répondre l'objection qui leur a été adressée à propos de travaux antérieurs, à savoir que "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' " (Botero et al., 2004, p. 1347). Botero et al répondent à cela que la qualité de l'*enforcement* peut être contrôlée économétriquement, mais surtout que, fondamentalement, "les règles formelles importent énormément" (*ibid.*). Une autre objection est évoquée : celle selon laquelle l'accent mis sur les règles formelles induirait en erreur parce que des systèmes juridiques formellement différents peuvent assumer des mêmes résultats fonctionnels à travers des canaux différents, ce qui constitue une source de biais. Ainsi, la pratique du droit français – qui consiste à "tout écrire" dans des lois et règlements – donnerait lieu à une exagération disproportionnée de son formalisme, par rapport au droit de common law où les mêmes fonctions régulatrices sont assumées par les tribunaux sans donner lieu à de nouvelles lois et règlements. A cela, Botero répondent que "la critique n'est pas convaincante" dans la mesure où presque tous les droits du travail ont une dimension législative ou réglementaire ("*statutory*") et ajoutent que l'emploi d'indicateurs économiques qui "reflètent davantage les coûts économiques que le langage des lois et règlements" permet de "mesurer les coûts de la protection des salariés – les différences *fonctionnelles* – et pas le formalisme pur." (Botero et al., 2004, p. 1347). Or, comme cela a été précisé plus haut, les coûts économiques sont eux-mêmes déduits des dispositions législatives et réglementaires, c'est-à-dire du "statutory langage"...qu'ils sont censés dépasser.

b) Des dimensions procédurales... réductrices

Même si les indicateurs de la Banque mondiale sont centrés sur la "complexité procédurale", ils ne vont pas jusqu'à prendre en considération certaines dimensions procédurales importantes des institutions et de l'administration du droit du travail. S'agissant des coûts du licenciement, il importe de distinguer entre les situations où les indemnités de licenciement sont dues et versées de plein droit au salarié concerné et celles où l'obtention d'une indemnité de licenciement suppose une action devant un tribunal. Un autre exemple peut être trouvé dans la procédure d'autorisation administrative des licenciements instituée par les lois Auroux. Dans la perspective méthodologique de la Banque mondiale, une lecture à la lettre de ce type de dispositif

devrait conduire à l'attribution d'une note élevée de complexité des procédures, alors que l'estimation de la fréquence de refus et la durée de la prise de décision par l'administration aurait pu montrer que la mesure est sans effet significatif sur la pratique des licenciements.

c) L'association univoque entre complexité procédurale et rigidité du droit

L'association univoque, dans une perspective unidimensionnelle, entre la complexité procédurale et la rigidité du droit est une question importante. Cette association s'enracine dans une préconception que l'on peut qualifier de normative et que l'on trouve formulée dans des termes explicites dans l'article de DLLS consacré aux tribunaux ("Courts", 2004). Les situations procédurales effectives sont en effet étalonnées par rapport à une situation idéale de référence, qui définit ainsi un standard normatif : une situation de marchandage caractérisée en termes coasiens, qui présente certaines caractéristiques clés. :

"dans un modèle théorique d'un tribunal idéal, un conflit entre deux voisins peut être réglé équitablement par un tiers, avec une petite connaissance ou un faible usage du droit, sans avocat, sans procédure écrite, sans contrainte procédurale quant à la manière d'instruire, aux témoignages, à la façon de présenter des arguments, et sans appel." (DLLS, 2003, p. 455).

C'est en référence à cette situation étalon que les indices de complexité procédurale sont construits et analysés, afin d'estimer "la mesure dans laquelle les procédures (en vigueur dans un pays) diffèrent de ce benchmark hypothétique dans lequel un voisin règle de manière informelle un conflit entre deux autres voisins" (DLLS, 2003, p. 510). On légitimement s'étonner de la naïveté et du caractère inapproprié de cette méthode d'étalonnage, mais ce qui importe davantage tient au fait que les préconceptions normatives des auteurs, et de la Banque mondiale, empêchent de prendre en considération les effets de la formalisation des procédures sur les anticipations des agents et, d'une certaine manière, sur la sécurité juridique. A cet égard, les travaux de Bell et Dadomo (1996) sur les *magistrates' courts* anglaises sont d'un grand intérêt, dans la mesure où ces juridictions rendent une justice quasi profane, non motivée, dont les conditions de recours sont très étroites, et s'avèrent très proches de l'idéal de justice défendu par DLLS. Bell et Dadomo brossent un tableau très négatif de ces juridictions et mettent en garde les autorités françaises contre les dangers de l'institution d'une justice de proximité sur leur modèle. Quelques une des critiques relevées par ces deux juristes anglais sont très parlantes :

- "les jugements prononcés par les *magistrates* ne sont jamais motivés",
- "dans les affaires de mineurs, les juges font preuve d'un amateurisme frappant et ont davantage recours à la détention que les juges des *Crown Courts*",
- "en raison de (leur) connaissance approximative du droit, les *magistrates* sont susceptibles de rendre leurs jugements sur la base de pressentiments plutôt que de preuves..." (Bell et Dadomo, 1996, p. 614).

En matière de droit du licenciement, il n'est pas déraisonnable de penser que l'encadrement juridique des procédures constitue une garantie de prévisibilité des

conditions et des coûts de la rupture du contrat de travail (Munoz-Perez et Serverin, 2005).

Conclusion

Les limites des indicateurs censés mesurer le "droit formel" ont été mises en évidence, de même que celles qui proposent de recourir aux coûts économiques en tant qu'outil d'approximation du droit en action. Une démarche évaluative alternative pourrait faire l'objet de réflexions. Cette démarche, dans le cadre du projet, pourrait se situer à plusieurs niveaux

- définir de manière quantitative quels sont les usages des dispositifs juridiques de l'emploi ; partant, établir des données empiriques (litigiosité, formes juridiques de l'emploi privé et, pourquoi pas... public),

- comprendre l'articulation des dispositifs de réglementation des licenciements avec d'autres dispositifs de régulation de l'emploi. Les données de BIT sur l'emploi privé et public montrent en effet que la part de l'emploi public dans les pays scandinaves, y compris le Danemark (modèle de « flexicurité » et de flexibilité du droit du licenciement pour la Banque mondiale), y est nettement plus élevée qu'ailleurs. Cela appelle une hypothèse, qui demandera à être confirmée : que l'emploi public est un outil de régulation de l'emploi, pour les salariés les moins susceptibles de présenter des caractéristiques de forte employabilité. Autrement dit, que la « flexicurité » concerne avant tout les salariés à forte qualification et d'âge moyen.

- comprendre l'interprétation jurisprudentielle des dispositifs du droit du travail

Mais on peut être confronté à un problème qui fera l'objet de nos travaux : soit opérer des comparaisons sur la base de classements ordinaux à partir de la construction d'indicateurs qui ont le mérite d'exprimer les différences institutionnelles dans une échelle quantitative commune, au prix d'une assez forte superficialité des analyses des systèmes juridiques ; soit procéder à des analyses empiriques plus profondes de la mise en oeuvre des dispositifs juridiques, qui peut conduire à montrer des spécificités institutionnelles nationales et rendre les comparaisons évaluatives internationales difficiles.

Références

Ahlering, B. and S. Deakin, 2005, Labour Regulation, Corporate Governance and Legal Origin: A Case of Institutional Complementarity? *Centre for Business Research, University of Cambridge*, Working Paper No. 312 (September).

Bell, B. et J.-L. Dadomo, 1996, Les Magistrates' Courts : un modèle de justice de proximité pour la France ? *Rev. Sc. Crim.* (3), juill.-sept., pp. 607-618.

Blankenburg, E., 1994, The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behavior in The Netherlands and West Germany, *Law & Society Review*, vol. 28, No. 4, pp. 789-808.

- Botero, J., S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, 2004, The Regulation of Labor, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 119, n° 4, nov., pp. 1339-1382.
- Djankov, S., R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, 2003, Courts, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, n° 3, Mai, pp. 453-517.
- Kaufmann, D., A. Kraay, M. Mastruzzi, *Governance Matters III : Gouvernance Indicators for 1996-2002*, Banque Mondiale, 30 juin 2003.
- Jeammaud, A., 1993, Les règles juridiques et d'action, Dalloz, Chr.
- Munoz-Perez, B. et E. Serverin, 2005, Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993-2004, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Cellule Etudes et Recherches, novembre, 77 pages + annexes.
- OCDE, *Perspective pour l'emploi 2004*.
- Siems, M., 2006, Numerical Comparative Law: Do We Need Statistical Evidence in Order to Reduce Complexity, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, à paraître.