

# ÉVALUER LE DROIT DU LICENCIEMENT

## Comparaison des droits et des procédures, mesure des actions \*

**Evelyne Serverin**

*IRERP, Paris X Nanterre*

**Julie Valentin**

*CES-Matisse, Paris I*

**Thierry Kirat**

*IRISES, Paris Dauphine*

**Damien Sauze**

*LEG, Université de Bourgogne*

**Raphaël Dalmasso**

*CERIT-CRDP, Nancy2 ; IREERP*

Le but de cet article est d'apporter une contribution originale à l'évaluation du droit du travail. Il repose sur un cadre théorique commun à des juristes et des économistes qui permet d'évaluer le droit du travail de manière dynamique, du point de vue de son application. Il considère le contentieux comme un instrument d'évaluation du droit, ce qui permet de réexaminer les procédures et les motifs de licenciement. La perspective contentieuse est un outil de la critique des indicateurs de protection de l'emploi qui ne capturent pas les effets de mise en œuvre des droits ; la comparaison internationale des schémas procéduraux de licenciement est un autre aspect sur lequel les indicateurs n'offrent qu'une vue partielle. Enfin, une analyse empirique cherche à expliquer les causes de la baisse régulière du contentieux prud'homal en France. La dynamique de l'emploi dans les établissements de petite taille et la baisse de l'ancienneté des licenciés sont mises en évidence empiriquement. La thèse selon laquelle la rigueur des procédures de licenciement économique serait détournée par un recours plus fréquent à des licenciements pour motifs personnels n'est pas confirmée empiriquement.

**Mots clés :** Licenciement. Législation de protection de l'emploi. Contentieux. Comparaisons internationales. Évaluation

\* Cet article est issu d'une contribution des auteurs au rapport *L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes*, Institut International pour les Etudes Comparatives – DARES (appel d'offres L'évaluation économique du droit du travail), février 2008.

[eserverin@u-paris10.fr](mailto:eserverin@u-paris10.fr) ; [Julie.valentin@univ-paris1.fr](mailto:Julie.valentin@univ-paris1.fr) ; [Thierry.kirat@dauphine.fr](mailto:Thierry.kirat@dauphine.fr)  
[Damien.sauze@u-bourgogne.fr](mailto:Damien.sauze@u-bourgogne.fr) ; [Raphael.dalmasso@univ-nancy2.fr](mailto:Raphael.dalmasso@univ-nancy2.fr)

Les débats académiques, politiques et les mesures tendant à faire advenir en Europe des formes diverses de flexicurité prennent corps sur un consensus d'opinion que l'on peut résumer ainsi : un haut niveau de protection de l'emploi renforce la segmentation du marché du travail, donne lieu à une timidité des employeurs en matière d'embauches de salariés au regard de leur anticipation de coûts élevés du licenciement et de risques contentieux. En France plus particulièrement, le droit du travail, notamment la pluralité des formes de contrats de travail (à durée indéterminée et à durée déterminée) et les règles du licenciement, sont l'objet depuis quelques années de diagnostics critiques qui se succèdent régulièrement, sous la plume d'économistes influents (Blanchard et Tirole, 2003, Cahuc 2003, Cahuc et Kramarz 2004), d'anciens responsables de l'administration économique (Camdessus, 2004) ou du secteur privé (Virville, 2004). Ces rapports proposent des voies de réforme du droit du travail par le biais du remplacement du droit du licenciement par une taxation ou de l'instauration d'un contrat unique. En arrière-plan des critiques du droit du travail, la publication d'indicateurs de mesure de la rigueur de la protection de l'emploi par l'OCDE et la Banque mondiale complètent le paysage de la critique du droit du travail en tant qu'il est associé à un niveau élevé de protection de l'emploi.

L'objet de cet article est de proposer des voies argumentées pour reconsidérer les principaux éléments de ce consensus d'opinion, à partir des résultats d'une recherche menée par une équipe de juristes et d'économistes pour le compte du ministère du Travail. La perspective retenue par cette équipe consiste à considérer le droit du travail, notamment les règles du licenciement, non pas sous le prisme de la protection telle qu'elle est inscrite dans la législation, mais sous celui de la mise en œuvre du droit du travail. Nous visons deux objectifs principaux et complémentaires : d'une part, contribuer à une évaluation du droit du travail à partir de sa dimension contentieuse, progresser vers une meilleure compréhension de la protection *effective* d'autre part. Si l'article traite à titre principal du cas français, certaines questions sont traitées dans une perspective internationale et comparative.

Dans un premier temps, nous confrontons à l'évidence empirique la thèse couramment admise selon laquelle l'une des limites d'un niveau élevé de protection de l'emploi est de générer un contentieux devant les tribunaux de plus en plus important. Nous prenons appui sur les données statistiques relatives à l'activité des conseils de prud'hommes pour établir que, en France, le contentieux prud'homal décline tendanciellement et en donnons les explications.

Dans un deuxième temps, nous testons la proposition-clé selon laquelle le formalisme et les contraintes procédurales du licenciement pour raison économique conduisent les employeurs à dissimuler de tels

licenciements en recourant à des licenciements pour motifs personnels. La thèse dite de la « substitution » est en effet un argument central de la critique du droit du licenciement en vigueur en France. L'étude empirique des pratiques d'embauche et de licenciement des entreprises en France ne confirme pas la thèse de la substitution, ce qui concourt à invalider une partie des critiques des effets pervers de la législation de protection de l'emploi.

Dans un troisième temps, les résultats précédents ne manquent pas d'interroger les procédés courants de mesure de la protection de l'emploi et de comparaisons internationales de la réglementation des licenciements. Une analyse critique des indicateurs de LPE produits par l'OCDE et la Banque mondiale (Doing Business) est menée sous deux perspectives : donnent-ils une image fidèle de la protection effective de l'emploi, qui peut être perçue dans la jurisprudence et dans l'interprétation des règles par les tribunaux ? La valeur des indicateurs qui penche en faveur des pays de *common law* ne donne-t-elle pas une image tronquée des procédures de rupture du contrat de travail ? Une exploration des schémas procéduraux appliqués en Italie et, surtout, en Grande-Bretagne, tend à conclure en ce sens.

## I. Le contentieux du licenciement en France : des réalités empiriques à expliquer

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 (Cahuc et Kramarz, 2004 ; Camdessus, 2004 ; Conseil d'orientation pour l'emploi, 2007 ; Virville, 2004 ; Naulin, 1998). Dans ce contexte, 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 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 (Cahuc, Gérard-Varet, Morin, 1994).

L'argumentaire du « *risque contentieux* » a été central dans l'élaboration du « contrat nouvelles embauches » (CNE) instauré en

France par une ordonnance du 2 août 2005 prise au titre 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.

Dans le processus d'élaboration du CNE, aussi bien le gouvernement que le Parlement mettaient en avant les freins à l'embauche, particulièrement pour les petites entreprises, que constituent « 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 [l']entreprise... »<sup>1</sup>.

L'allégation de l'accroissement du risque contentieux n'est donc pas une rhétorique isolée, mais s'intègre dans un véritable 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. Il importe donc de vérifier la véracité de la tendance à l'explosion du contentieux.

## I.1. Un constat empirique : une baisse régulière du contentieux prud'homal

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<sup>2</sup>.

---

1. 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. Notons que cet argument transparaît dans le dispositif de rupture à l'amiable du contrat de travail prévu dans l'accord national interprofessionnel (ANI) signé le 21 janvier 2008 et la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 « portant modernisation du marché du travail ».

2. Ainsi, les litiges du travail ont fait une brève entrée dans les *Perspectives de l'emploi 2004* de l'OCDE (Chapitre 2, « Réglementation relative à la protection de l'emploi et performances du marché du travail », pp. 66-136, tableau pp. 74-75). 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 États-Unis, comme les moins contentieux, ces deux derniers avec respectivement 7,1 %, et 0,03 % de taux de recours.

On ne peut que constater que les assertions sur l'accroissement du contentieux contenues dans les rapports d'experts 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>3</sup>. Cette lacune est étonnante, s'agissant d'économistes dont les analyses ne manquent pas de se déployer à grand renfort de chiffres. Or, une étude empirique des litiges du travail sur la période 1993-2004 n'accrédite pas le discours sur la hausse, mais elle met 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 %. (Munoz-Perez et Serverin, 2005).

Exprimée en *taux de recours*<sup>4</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, tableau 1).

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>5</sup>. Il ne s'agit certes pas d'une chute radicale, mais la tendance est là.

3. Voir sur ce point Serverin (2006a).

4. 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, voir *infra*, Section 2-2.

5. 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.

## 1. Évolution du taux de recours aux prud'hommes au fond en cas de licenciement — 1993-2004

En %

| 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 **                            |      |                             |      |                                    |      |
|        |  | Demandes 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   | 598 362  | 6 167   | 1,0  | 386 055   | 141 549   | 36,7 | 84 444                      | 21,9 | 57 105                             | 14,8 |
| 1994   | 487 654  | 6 204   | 1,3  | 350 356   | 142 011   | 40,5 | 86 456                      | 24,7 | 55 555                             | 15,9 |
| 1995   | 329 190  | 5 137   | 1,6  | 348 294   | 133 402   | 38,3 | 76 823                      | 22,1 | 56 579                             | 16,2 |
| 1996   | 344 988  | 5 629   | 1,6  | 375 452   | 142 097   | 37,8 | 83 133                      | 22,1 | 58 964                             | 15,7 |
| 1997   | 312 164  | 6 261   | 2,0  | 386 077   | 143 423   | 37,1 | 83 154                      | 21,5 | 60 269                             | 15,6 |
| 1998   | 251 290  | 5 438   | 2,2  | 391 672   | 160 490   | 41,0 | 82 339                      | 21,0 | 78 151                             | 20,0 |
| 1999   | 228 309  | 5 028   | 2,2  | 415 941   | 135 323   | 32,5 | 82 204                      | 19,8 | 53 119                             | 12,8 |
| 2000   | 196 694  | 4 351   | 2,2  | 423 232   | 138 952   | 32,8 | 82 628                      | 19,5 | 56 324                             | 13,3 |
| 2001   | 203 964  | 3 853   | 1,9  | 464 530   | 144 374   | 31,1 | 89 060                      | 19,2 | 55 314                             | 11,9 |
| 2002   | 253 042  | 3 733   | 1,5  | 530 311   | 153 166   | 28,9 | 101 753                     | 19,2 | 51 413                             | 9,7  |
| 2003   | 203 245  | 5 363   | 2,6  | 568 778   | 148 335   | 26,1 | 118 023                     | 20,8 | 30 312                             | 5,3  |
| 2004   | 178 851  | 4 425   | 2,5  | 575 433   | 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.

\*\* Source : Répertoire général civil - Conseils de prud'hommes, ministère de la Justice.

## 1.2. 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. 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 cinq 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 de prud'hommes 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 plus loin à propos de la source ANPE. D'autre part, concernant le numérateur, 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 irréprouvables, 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, des salariés licenciés dont les droits sont de faible valeur sont très peu actifs devant les tribunaux (Serverin, 2006b). 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. Après avoir rappelé l'un des facteurs de réduction de la portée du droit bien connu qui concerne la réduction de la taille de l'établissement, nous nous interrogeons sur le rôle que pourrait jouer l'accroissement de

l'instabilité de l'emploi. Par là, l'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 » (Collin *et al.*, 1980) pourrait trouver une vérification empirique.

### *1.2.1. 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 délégués 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 délégués 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 l'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 ne constitue pas, en France, 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. 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>6</sup>.

Or, selon les données Unédic, depuis près de 30 ans, ce sont les effectifs des établissements de petites tailles qui augmentent le plus fortement. Si on prend pour référence l'année 1980, 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. Plus généralement, les hausses sont d'autant plus marquées 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 son déclin dans les entreprises de grande taille — s'accompagne d'un affaiblissement des protections des salariés.

6. En pratique moins de 40 % de salariés élisent un comité d'entreprise.

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

Si Behaghel (2003), Givord et Maurin (2003), L'Horty (2004), ou Ramaux (2006) 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 sur 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>7</sup>, ce n'est qu'après deux années d'ancienneté que des indemnités légales de licenciement sont dues au salarié et que, 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.

On utilise ici les Déclarations mensuelles sur les mouvements de main-d'œuvre (DMMO) pour mettre en relation, dans le cas de la France, l'évolution de la part des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté au moment de leur licenciement pour motif personnel et celle des taux de recours consécutif à un tel licenciement <sup>8</sup>. Le graphique 1 retrace l'évolution de la part des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté parmi les salariés licenciés.

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 licenciements pour motif personnel. Cette hausse apparaît plus marquée pendant la période de reprise de la fin des années 1990. Pour les LMP, la hausse totale est de 12,5 % (21,6 % entre 1994 et 2002) et elle est quasi continue sur la période. Pour les licenciements économiques, la hausse est d'environ 57 %, mais elle ne se « déclenche » que sur les 4 dernières années <sup>9</sup>.

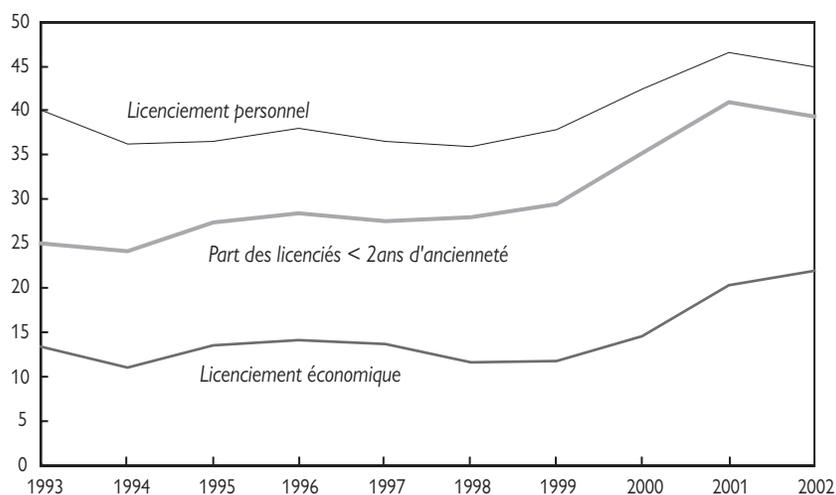
7. La loi de modernisation de marché du travail réduit l'ancienneté requise à un an.

8. La base des établissements issue des appariements sur 15 années 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. La variable « ancienneté » disponible est mal renseignée, même si sa qualité s'améliore au fil du temps. 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. L'interprétation des résultats doit néanmoins tenir compte d'un éventuel biais de sélection.

9. Il paraît difficile d'imputer ce résultat au 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.

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.

### 1. Part des salariés de moins de deux ans d'ancienneté parmi les salariés licenciés, par motif de licenciement



Source : DMMO.

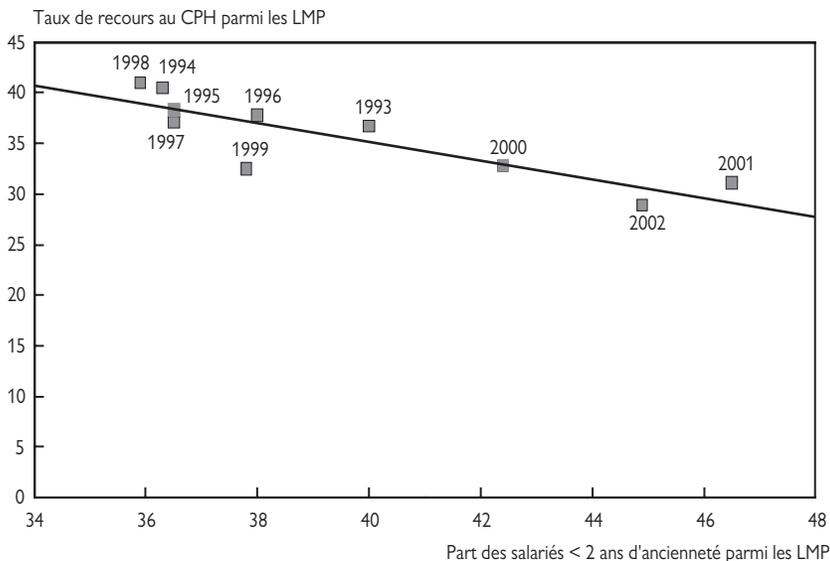
Le graphique 2 met en relation la courbe d'évolution de la part des salariés licenciés par un licenciement pour motif personnel avec moins de deux ans d'ancienneté, et le taux de recours aux Conseils de prud'hommes des salariés licenciés pour ce même motif.

Si la mise en relation exprimée par la droite n'a pas vocation à représenter ici une causalité, on observe bien une relation inverse entre la part des salariés licenciés n'ayant 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 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. À cet égard, le cas du Contrat nouvelle embauche (CNE) créé en France en 2005 est significatif : ce contrat de travail assorti

d'une période d'essai de deux ans au cours de laquelle l'employeur pouvait licencier sans préavis ni motif, a donné lieu à une discussion jurisprudentielle qui a conduit à sa remise en question (notamment du fait de sa non-conformité à la Convention OIT n° 158), mais sur le fond d'une faiblesse des taux de recours contentieux. En effet, seules 867 demandes au fond ou en référé furent introduites devant les Conseils de prud'hommes, ce qui, rapporté au nombre de rupture du CNE constatés au cours de la période, établit le taux de contestation des ruptures à environ 0,48 % (Serverin et Guiomard, 2007)<sup>10</sup>. Sans doute n'est-ce pas surprenant dans la mesure où le CNE concerne des salariés qui ne disposent que de très peu d'ancienneté, occupent des fonctions peu qualifiées et souvent mal rémunérées : ils n'ont pas grand chose à réclamer aux prud'hommes car ils ne disposent de peu de droits à faire valoir en justice.

## 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).

10. 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 un jugement, 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 concerne 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.

## 2. Les évolutions des motifs de licenciement en France

L'observation de la pratique des entreprises en matière de recrutement et de licenciement révèle quelque chose des usages du droit du travail. Les règles applicables aux licenciements, pour raisons économiques ou pour motif personnel, sont particulièrement mises en cause par les analyses économiques de la réglementation de l'emploi, au regard des effets qu'elles sont censées produire sur les coûts et l'aisance de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Il importe donc de s'attarder sur les motifs de licenciement et sur la question des effets pervers d'une réglementation stricte des licenciements pour raisons économiques.

### 2.1. L'hypothèse de substitution entre LMP et LE : quels fondements ?

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 sont appliquées avec tant de rigueur par les juges que les employeurs se voient contraints de dissimuler sous des motifs personnels des licenciements qui seraient économiquement nécessaires.

#### 2.1.1. *La base empirique*

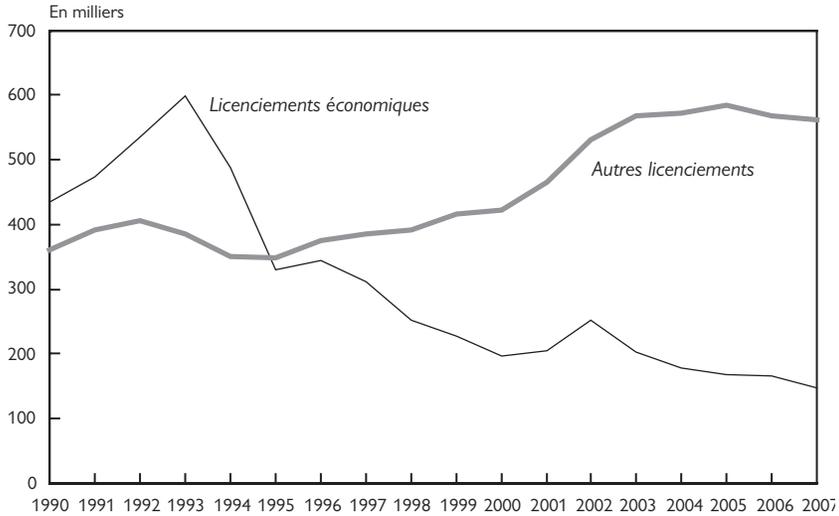
L'une des pièces maîtresses versées à charge au dossier de la mise en question de l'efficacité des règles du licenciement est l'évolution en nombre (et/ou en part) des deux motifs de licenciement en France sur les 15 dernières années, qui laisse apparaître un accroissement du recours aux LMP et un reflux assez considérable des LE (graphique 3).

Dans le total des licenciements, les licenciements pour motif personnel 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.

### 3. Évolution du nombre de licenciements par type de licenciement de 1990 à 2007



La lecture du graphique 3 appelle cependant deux autres commentaires :

— On observe une atténuation de la dimension conjoncturelle des licenciements économiques, qui est marquée jusqu'en 2002 mais peu apparente par la suite ;

— La montée du nombre des licenciements pour motif personnel 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 licenciements pour motif personnel s'amplifie. De fait, si l'on reproduit le graphique en part des salariés licenciés, l'allure des deux courbes n'est pas modifiée.

Si on en reste à cette première lecture, on pourrait 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. Il n'est pas sans intérêt de chercher quelles en sont les raisons.

### *2.1.2. L'hypothèse de substitution opérée par les employeurs entre LMP et LE dans la littérature*

Nous rendons compte ici de la manière dont l'interprétation en termes de substitution de l'évolution des motifs de licenciement est passée du statut d'hypothèse, parmi d'autres, à une quasi vérité scientifique.

La publication du graphique présenté précédemment (graphique 3) l'a été dans un document du ministère du Travail (DARES, *Premières synthèses*) qui met en avant 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, Pignoni et Zouari (2003), proposent deux pistes explicatives de la hausse du motif personnel :

— La première renvoie à l'idée d'une substitution opérée par les employeurs, que les auteurs évoquent rapidement, sans vraiment la défendre : « 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. » (Pignoni et Zouari, 2003) ;

— La deuxième piste met au premier plan les conditions de travail et les pratiques de management individualisées par objectif, sous la forme de clauses de performance : « ... 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. » (Pignoni et Zouari, 2003).

De ces deux hypothèses initiales, seule la première va s'imposer notamment au terme de la publication du rapport Cahuc-Kramarz en 2004, qui soutient l'hypothèse de substitution par une référence vague aux « témoignages obtenus auprès de chefs d'entreprises, de syndicalistes et de directions de ressources humaines ».

Mais c'est l'article de Lagarenne et Leroux, issu lui aussi des *Premières synthèses* de la Dares en 2006, qui a retenu l'attention des médias (Lagarenne et Leroux, 2006). 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 succédé 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. » (Lagarenne et Leroux, 2006).

## 2.2. La thèse de la substitution : discussion

Nous présenterons rapidement les arguments déjà discutés dans la littérature avant de proposer un test empirique de l'hypothèse.

### 2.2.1. 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

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 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>11</sup> :

- l'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<sup>12</sup>.

11. 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.

12. Une étude de l'INSEE sur les défaillances d'entreprises évalue à 180 000, les emplois supprimé à cette occasion (40 000 entreprises défaillantes).

L'autre source provient de l'ANPE. En effet, les demandes d'emplois sont enregistrées par l'ANPE par motif d'inscription, parmi lesquels figurent les licenciements pour motif économique et licenciement pour un autre motif. Là encore cette source n'est pas exhaustive pour essentiellement trois raisons.

— 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 non 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 (Pignoni et Zouari, 2003). 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.

— Du fait du caractère administratif de la source, les données sont sensibles aux modifications des règles définissant les catégories de chômage. Par exemple, 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 (Lemoine, 2007). Ces changements perturbent à leur tour les comportements d'inscription au chômage de ces salariés licenciés qui autrefois aurait trouvé intérêt à s'inscrire à l'ANPE.

S'agissant de la deuxième question — 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 présumé 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>13</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, la thèse de l'insécurité juridique comme fondement de comportements de contournement du droit du travail se trouve déstabilisée : pourquoi les employeurs choisiraient-ils d'inscrire la rupture de la relation de travail

13. Ce que d'ailleurs précise l'article de Lagarenne et Leroux (2006).

dans un cadre incertain, en courant au surplus le risque de voir déclarer le motif économique non réel et sérieux ?

Nous prenons néanmoins au sérieux la thèse de la substitution, et en testons la robustesse à partir des DMMO.

### *2.2.2. La substitution à l'épreuve d'un test empirique à partir des DMMO*

L'analyse proposée ici consiste à clarifier les prédictions attendues de cette substitution sur la dynamique des comportements d'embauche des établissements qui les pratiquent. Il convient donc de séparer deux hypothèses : celle où les LMP sont authentiques ; celle où les LMP sont des licenciements économiques déguisés.

Dans le premier cas, nous cherchons à examiner 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 sont 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 temporaire d'activité ; ces besoins sont donc transitoires et devraient donner lieu à des embauches en CDD. *Dès lors, sauf exception, le poste que quitte 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.*

Dans le deuxième cas, nous supposons que, pour une part croissante, les LMP *sont frauduleux* parce qu'ils 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 pour raisons économiques et donc 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.*

Pour tester l'hypothèse de substitution, nous utilisons les DMMO des années 1993 à 2002 et procédons 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 six mois consécutifs au LMP d'un salarié de même PCS. L'hypothèse de substitution implique que cette part se réduise sur la décennie étudiée, qui correspond à la période de quasi inversion des effectifs de LE et LMP.

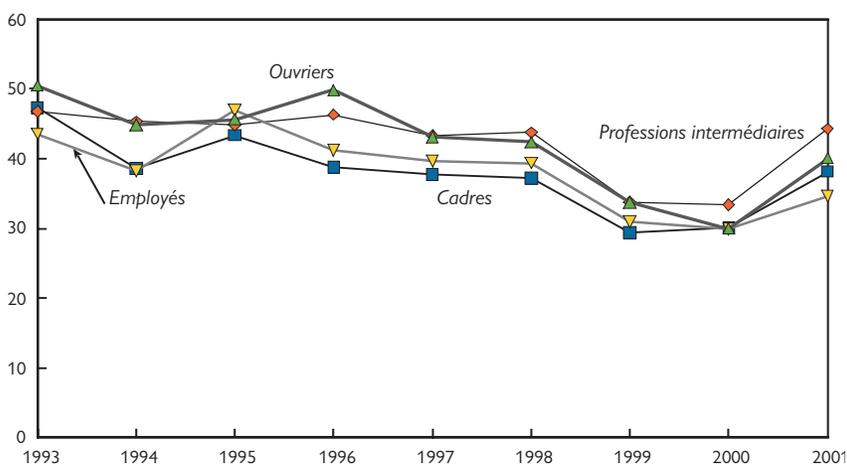
Le test est réalisé en observant les comportements d'embauche des établissements de janvier à juin des établissements ayant opéré au moins un LMP au mois de décembre de l'année précédente.

Le tableau suivant (tableau 2) 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.

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 4 retrace l'évolution de la part des établissements qui n'embauchent pas dans les 6 mois qui suivent un LMP selon chacune des PCS.

4. 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 4, 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 des embauches qui ont pu avoir lieu entre janvier et juin 1994, et cela pour chaque PCS.

## 2. Répartition des licenciements selon le recours et le type de recours au licenciement par PCS

En %

|                                   | 1993            |                      | 2002            |                      |
|-----------------------------------|-----------------|----------------------|-----------------|----------------------|
|                                   | Total des étab. | Étab. qui licencient | Total des étab. | Étab. qui licencient |
| <b>Cadres</b>                     |                 |                      |                 |                      |
| Absence de licenciement           | 93,46           |                      | 93,29           |                      |
| Deux types de licenciement        | 0,27            | 4,13                 | 0,22            | 3,28                 |
| Licenciement économique seul      | 2,65            | 40,52                | 0,94            | 14,01                |
| Licenciement personnel seul       | 3,62            | 55,35                | 5,55            | 82,71                |
| <b>Professions intermédiaires</b> |                 |                      |                 |                      |
| Absence de licenciement           | 91,13           |                      | 93,58           |                      |
| Deux types de licenciement        | 0,27            | 3,04                 | 0,07            | 1,09                 |
| Licenciement économique seul      | 4,12            | 46,45                | 1,25            | 19,47                |
| Licenciement personnel seul       | 4,48            | 50,51                | 5,10            | 79,44                |
| <b>Employés</b>                   |                 |                      |                 |                      |
| Absence de licenciement           | 91,16           |                      | 92,00           |                      |
| Deux types de licenciement        | 0,27            | 3,05                 | 0,08            | 1,00                 |
| Licenciement économique seul      | 3,43            | 38,80                | 0,86            | 10,75                |
| Licenciement personnel seul       | 5,14            | 58,14                | 7,06            | 88,25                |
| <b>Ouvriers</b>                   |                 |                      |                 |                      |
| Absence de licenciement           | 85,40           |                      | 88,57           |                      |
| Deux types de licenciement        | 0,72            | 4,93                 | 0,18            | 1,57                 |
| Licenciement économique seul      | 5,38            | 36,87                | 1,07            | 9,35                 |
| Licenciement personnel seul       | 8,49            | 58,19                | 10,19           | 89,07                |

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.

Il n'est pas possible de réaliser le même test au niveau de désagrégation le plus fin mais pour vérifier la robustesse de ce résultat, nous avons analysé les comportements d'embauche après licenciement pour deux exemples de PCS à quatre chiffres. Il s'agit de deux PCS appartenant aux cadres et professions intellectuelles supérieures (chargés d'études économiques et commerciales ; ingénieurs et cadres de l'informatique), dans la mesure où c'est pour cette catégorie de salariés que la frontière entre LE et LMP est supposée être la plus perméable.

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<sup>14</sup>. On observe une tendance à la baisse au cours de la période 1993-2001.

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 sa modalité, postulée dans l'hypothèse de substitution n'est pas cohérente avec celles 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'oeuvre (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 (Valentin, 2006).

En définitive, on ne peut que conclure à la plus grande prudence quant à la validité des critiques du droit du licenciement formées sur la base du double argument de la judiciarisation croissante des ruptures du contrat de travail à l'initiative de l'employeur et de la substitution des motifs de licenciement. La perspective de l'activation du droit et de l'activité des juridictions du travail retenue dans ce qui précède mérite maintenant d'être élargie, sur le plan de l'aptitude des indicateurs de protection de

14. De 70 % à 50 % entre 1993 et 2000 suivi d'une légère remontée à 52 % pour l'informatique et à plus de 60 % pour les chargés d'études.

l'emploi à capturer les conditions de la mise en œuvre des règles, comme sur celui des comparaisons internationales de la rigueur du droit du licenciement.

### 3. Indicateurs de protection de l'emploi et comparaisons internationales des procédures de licenciement

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 « Employing 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 (Kirat, 2006), 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 en vigueur dans ces pays, de façon à permettre des classements internationaux.

Après le travail précurseur de Bertola, Boeri et Cazes (2000)<sup>15</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>16</sup>, leur perception du fonctionnement des normes juridiques a été discutée (Ahlering et Deakin, 2005 ; Siems, 2005), ou ils sont accusés d'une lecture étriquée et unilatérale de la réglementation et de ses destinataires (Arruñada, 2007). 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 (Berg et Cazes, 2007 ; BIT, 2007). Récemment, Deakin, Lele et Siems ont proposé des

15. 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, Baker, Glynn et Schmitt (2007) sur l'estimation des effets de la LPE sur le niveau du chômage insiste 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.

16. Notamment l'absence de traitement des erreurs de mesure dans les indicateurs « Doing Business », voir Rozenthal et Voeten, 2007.

indices longitudinaux, alternatifs à ceux de DB afin de mettre à l'épreuve la théorie des « *legal origins* » pour l'explication de la dynamique réglementaire en droit du travail et en droit des sociétés (Deakin, Lele, Siems, 2007).

### 3.1. 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. Berg et Cazes estiment 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* » (Berg et Cazes, 2007, p. 1). Plutôt que de procéder à un examen critique de l'ensemble des problèmes que pose la méthode des indicateurs, nous limitons notre propos à la capacité des indicateurs de l'OCDE (Législation de protection de l'emploi) et de la Banque mondiale (Employing Workers de Doing Business) à capturer la réglementation de l'emploi en pratique. La question de savoir s'ils mesurent des règles ou leur mise en œuvre sera examinée après avoir précisé le « périmètre » couvert par les indicateurs et leur représentativité.

#### 3.1.1. Périmètre et représentativité

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

Pour la construction de l'indicateur « Employing 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 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 PNB/population active 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) 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 (2007) 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 (Berg et Cazes, 2007).

L'indicateur synthétique de 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.

### 3.1.2. Règles et pratiques

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 *et al.* (2004), dont la réponse fait 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.

Si Botero *et al.* affirment que leur approche consiste à « mesurer les règles formelles » (Botero *et al.*, 2004, p. 1346), 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' » (Botero *et al.*, 2004, p. 1347). 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 » (Botero *et al.*, 2004, p. 1137).

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 plus loin, 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.

### ***3.1.3. 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.

#### **• 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. » (OCDE, *Perspectives de l'emploi 2004*, p. 71).

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* », ce qui implique que : « *Jurisprudence would thus be seen as important as — if not more important than — the nominal strictness of regulations per se* » (Berg et Cazes, 2007, p. 10).

#### • 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. Cette intervention est de deux ordres, ou bien d'ordre interprétatif (jurisprudence), ou bien d'ordre juridictionnel (contentieux). L'action jurisprudentielle renvoie à 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 par nature décrire la nature du contentieux du travail, qui doit faire l'objet d'une autre méthode. La lecture en termes 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 (2003, 2006) 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, Ichino, Polo et Rettore (2003) ont procédé à une étude empirique du contentieux du licenciement en Italie. 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.

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

La question 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*) est un enjeu central. 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 que celle d'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. Une des exigences du droit comparé est à cet égard de ne pas s'en tenir à la forme et au libellé des règles, mais de repérer les « équivalents fonctionnels ».

### 3.2.1. 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, si 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>17</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, dans les pays de *common law*, les salariés licenciés, en tant que citoyens et justiciables, disposent du droit de contester les conditions de leur licenciement au titre de l'*unfair dismissal*<sup>18</sup>, équivalent de l'abus de droit pour la France. Les juges, parfois même le législateur, contrôlent le motif du licenciement

17. Sur le cas des États-Unis, voir Oyer & Schaefer, (2000). 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.

18. 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.

notamment au regard de la discrimination raciale ou sexuelle, du harcèlement, et autres droits fondamentaux<sup>19</sup>. 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 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 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 reconsidérée.

### ***3.2.2. Une comparaison originale des procédures relatives à la rupture du contrat de travail***

En approchant les règles du licenciement à partir d'une perspective de mise en œuvre du droit, nous nous proposons de procéder à une comparaison originale des règles relatives au licenciement en France, en Italie et au Royaume-Uni, 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 des textes supposés être une description de la réalité. L'attention est portée aux conditions de la mise en œuvre des droits, 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>20</sup>.

19. Les juristes sont sensibles au rapport entre le droit du travail et les droits fondamentaux. Pour des regards différents, mais complémentaires, voir Gaudu (2005) et Vallée, Coutu et Hébert (2001).

20. Miller donne l'exemple du *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995, adoptée 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, 2003, pp.1000-1001).

Notre perspective consiste à repérer les séquences procédurales de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur en procédant à rebours, c'est-à-dire en s'intéressant aux procédures antérieures à la concrétisation de la décision de licenciement. Cette approche se distingue de la pratique courante qui consiste à appréhender le contentieux du licenciement à partir du moment de la saisine du tribunal. Comme 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 licenciement à partir 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.*

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 » fait preuve d'une imagination peu commune pour établir des règles encadrant les litiges. 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).

### ***3.2.3. 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 (Serverin, 2007).

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>21</sup>. Le licenciement d'un salarié ne peut intervenir qu'au terme d'un temps assez long, afin que le travailleur puisse apporter des éléments de

---

21. Serverin, 2007 : « Sauf situations particulières énumérées, ces procédures s'appliquent aux mesures disciplinaires et aux licenciements prises par les employeurs et aux réclamations des salariés (*grievances*). Les procédures standard suivies par les employeurs sont écrites, amplement motivées, en droit comme en fait ».

défense <sup>22</sup>. Après la rupture, des voies de conciliation sont également prévues, et favorisées. 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 en amont du tribunal « absorbant » en quelque sorte les réclamations.

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 (...) 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>23</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 » (Cahuc et Kramarz, 2004, pp. 153-154).

Il n'est cependant pas certain 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>24</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

22. 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.

23. OCDE, *Perspectives de l'emploi 2004*, pp. 66-136, tableau pp. 74-75.

24. Pour une critique de ces stéréotypes, voir Bobbio (2008).

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.

### *3.2.4. 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 straordinaria*) en Italie, et la GPEC (gestion prévisionnelle des emplois et des compétences) puis le PSE (plan de sauvegarde de l'emploi) 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.

### *3.2.5. Comparaison des données statistiques sur le contentieux*

Une comparaison brute des données statistiques sur le contentieux du licenciement dans différents pays ne peut être raisonnablement menée,

tant ces données prennent corps sur des contextes procéduraux et sur des conventions statistiques spécifiques.

À cet égard, nous pouvons relever la discordance des résultats de l'OCDE et du CEPEJ sur les taux de recours dans les différents pays. Par exemple, l'Italie est considérée par le CEPEJ<sup>25</sup> comme un pays ayant un taux élevé de recours contre les licenciements (276 nouvelles affaires pour 100 000 habitants en 2004) (CEPEJ, 2006, p. 94). Ce taux surpasse celui 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 (*Perspectives pour l'emploi 2004*, p. 74-75) l'Italie est un pays faiblement contentieux : le nombre total de litiges soumis aux tribunaux ne serait ainsi que de 3.864 (1,6 % des licenciements en 2001), contre 92000 affaires litigieuses en France (25,3 % des licenciements en 2001), et 42000 au Royaume-Uni (7,1 % des licenciements). La différence tient au choix du dénominateur, le nombre d'habitants d'un côté, le nombre de licenciés de l'autre. Elle tient aussi à la définition plus ou moins large du contentieux relatif à un licenciement.

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 contrôler l'usage correct du licenciement, 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, au regard de ses engagements internationaux, le droit au recours.

## 4. Conclusion

Le présent article se fonde sur les résultats d'une recherche conduite par une équipe composée d'économistes et de juristes, qui ont voulu se démarquer de la littérature économique sur le droit du travail sous deux aspects : d'abord en observant les pratiques du licenciement dans la perspective de l'action judiciaire ; ensuite en menant l'analyse comparative

25. Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), *Systèmes judiciaires européens*, édition 2006, p. 94.

des textes relatifs à la protection de l'emploi sous l'angle des procédures, et non de la seule énonciation des droits.

Le premier point de vue a suscité deux directions de recherche. La première concerne la vérification de la thèse selon laquelle la réglementation des licenciements serait la source de recours contentieux excessifs. Or les données empiriques françaises relatives à l'activité des Conseils de prud'hommes vont à l'encontre de cet argument dans la mesure où elles montrent un reflux continu des contestations judiciaires des décisions de licenciement. Cette évolution peut être expliquée par l'accroissement de la part des salariés licenciés pour motif personnel avant d'avoir accumulé une ancienneté suffisante pour rendre utile le recours aux Conseils de prud'hommes, et par une évolution des créations d'emploi plus dynamique dans les entreprises de petite taille où la protection des salariés comme le niveau des salaires est plus réduit. La deuxième direction de recherche a consisté en un examen critique de la thèse selon laquelle la rigueur de la réglementation des licenciements pour motif économique, aurait conduit à des pratiques de contournement par le recours au licenciement pour motif personnel déguisant des motifs économiques. Pour mettre à l'épreuve cette hypothèse de substitution, 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, mais à la disparition du poste occupé. Si le comportement est frauduleux, les entreprises qui ont licencié en LMP devraient se comporter comme ceux qui ont procédé à un LE, et ne pas procéder au remplacement du salarié. 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.

Le deuxième point de vue a conduit à une critique des indicateurs de protection de l'emploi, notamment au regard de « l'angle mort » de l'action en justice, et de la faible attention accordée aux règles qui jalonnent la procédure de licenciement. Faute de rechercher les équivalents fonctionnels entre les procédures de licenciements individuels et collectifs, des oppositions artificielles ont été construites entre les systèmes de *common law* et de *civil law*, au détriment de distinctions plus pertinentes transversales à ces systèmes.

## Références bibliographiques

- ARRUÑADA b., 2007 : « Pitfalls to avoid when measuring institutions: Is Doing Business damaging business? », *Journal of Comparative Economics*, 35, pp. 729-747.
- BEHAGHEL L., 2003 : « Insécurité de l'emploi : le rôle protecteur de l'ancienneté a-t-il baissé en France ? », *Économie et statistique*, n° 366.
- BERG J. et S. CAZES, 2007 : « The Doing Business Indicators: Measurement issues and political implications », ILO — *Economic and Labour Market Analysis Department, Economic and Labour Market Paper 2007/6*.
- BERTOLA G. et T. BOERI, S. CAZES, 2000 : « Employment protection in industrialized countries: the case for new indicators », *International Labour Review*, 139 (1).
- BIT : « Rapport de la Banque mondiale sur la pratique des affaires (Doing Business) : l'indicateur d'embauche des travailleurs », 300e session du Conseil d'administration, Genève, novembre 2007 (document BG. 300/4/1).
- BLANCHARD O. et J. TIROLE, 2003 : *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Paris, Centre d'analyse économique, La Documentation française.
- BOBBIO M., 2008 : « De la difficulté de licencier ... », in D. MEDA et E. SERVERIN (dir.), *Le contrat de travail*, La Découverte, Repères.
- BOTERO J., R. DJANKOV, F. LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, 2004 : « The Regulation of Labor », *Quarterly Journal of Economics*, 119 (4), pp. 1339-1382.
- CAHUC P., 2003 : *Pour une meilleure protection de l'emploi*, rapport au Centre d'observation économique, Chambre de commerce et d'industrie de Paris.
- CAHUC P. et F. KRAMARZ , 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.
- CAHUC P. et F. KRAMARTZ, 2005 : « Le contrat de travail unique, clé de voûte d'une Sécurité sociale professionnelle », in A. JEAMMAUD (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Paris, Dalloz, p. 55-85
- CAHUC P., L. A. GERARD-VARET, P. MORIN , 1994 : « Études du marché du travail, II, politiques d'emploi », *Économie et prévision*, n° 115, 1994-4
- CAMDESSUS M., 2004 : *Le sursaut — Vers une nouvelle croissance pour la France*, Paris, La Documentation française.
- CEPEJ : *Systèmes judiciaires européens*, édition 2006.

- COLLIN F., R. DHOQUOIS, P.H. GOUTIERRE, A. JEAMMAUD, A. LYON-CAEN, 1980 : *Le droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Critique du droit.
- Conseil d'orientation pour l'emploi, *Rapport d'étape sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels*, mars 2007, p. 99.
- DE VIRVILLE M., 2004 : *Pour un code du travail plus efficace*, rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité.
- DEAKIN S., P. LELE, M. SIEMS, 2007 : « L'évolution du droit du travail : évaluation et comparaison des régimes réglementaires », *Revue Internationale du Travail*, vol. 146, n° 3-4, pp. 143-178.
- DJANKOV S., E. GLAESER, R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, 2003 : « Courts », *Quarterly Journal of Economics*, 118 (3), pp. 453-517.
- GAUDU F., 2005 : « Des illusions des juristes aux illusions scientistes », in A. JEAMMAUD (dir.), *Le droit du travail au défi de l'économie*, Paris, Dalloz, pp. 101-112
- GIVORD P., MAURIN E., 2003 : « La montée de l'instabilité professionnelle et ses causes », *La revue économique*, vol. 54, n° 3, pp. 617-626.
- GLAESER E., A. SHLEIFER, 2002 : « Legal Origins », *Quarterly Journal of Economics*, nov. pp. 1193-1229.
- GUIOMARD F., E. SERVERIN, 2007 : « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *Revue de Droit du Travail*, n° 9, 502.
- HOWELL R., D. BAKER, A. GLYNN, J. SCHMITT, 2007 : « Are Protective Labor Market Institutions at the Root of Unemployment? A Critical Review of the Evidence », *Capitalism and Society*, 2 (1), pp. 1-71
- ICHINO, A., M. POLO, E. RETTORE, 2003, « Are judges biased by labor market conditions? », *European Economic Review*, 47, pp. 913-944.
- KAUFMANN, D., A. KRAAY, M. MASTRUZZI, 2003 : *Governance Matters III : Governance Indicators for 1996-2002*, Banque Mondiale.
- KIRAT, T., 2006 : « 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 », *Économie et Institutions*, n° 9, pp. 85-127.
- L'HORTY Y., 2004 : « Instabilité de l'emploi : quelles ruptures de tendance ? », *Les Papiers du CERC* n° 2004-1.
- LEMOINE, M., 2007 : « Chômage: débattre de la mesure », *La Lettre de l'OFCE*, n° 286, juin.
- LAGARENNE, C., M. LEROUX, 2006 : « Les licenciements en 2003 : trois fois plus nombreux pour motif personnel que pour des raisons économiques », *Premières informations, premières synthèses* n° 11.1, mars

- MARINESCU, I., 2003 : « Application du droit du licenciement et conditions économiques en France », *document de travail*.
- MARINESCU, I., 2006 : « Are Judges Sensitive to Economic Conditions? Evidence from UK Employment Tribunals », *document de travail*.
- MILLER A. R., 2003 : « The Pretrial Rush to Judgment: 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, June, pp. 982-1134.
- MUNOZ P., 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 Études et Recherches, DACS 2005-2, Paris.
- NAULIN G., 1998 : *Prévention et résolution des conflits du travail*, Conseil économique et social, Paris.
- OYER P., S. SCHAEFER, 2000 : « Layoffs and Litigation », *Rand Journal of Economics*, 31 (2), pp. 345-358.
- PIGNONI M-T., P. ZOUARY, 2003 : « Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel », *Premières Synthèses*, Dares, n°28.2, juillet.
- RAMAUX C., 2006 : « Les emplois ne sont pas plus instables : explications et incidences sur la régulation de l'emploi », *Économie et sociétés*, Série Socio Economie du Travail, n°26, août, pp. 1443-1470.
- ROZENTHAL, H., E. VOETEN, 2007 : « Measuring legal systems », *Journal of Comparative Economics* (35), pp. 711-728.
- SERVERIN E., F. GUIOMARD, 2007 : « L'économie du contrat nouvelles embauches revue et corrigée par l'OIT », *Revue de Droit du Travail*, n° 9, sept.
- SERVERIN E., 2006a : « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *Revue de Droit du Travail*, pp. 44-47.
- SERVERIN E., 2006b : « Donner un sens aux litiges du travail », in T. KIRAT et J. VALENTIN (dir.), *La protection de l'emploi en question*, *Économie et Institutions*, n° 9, pp. 129-155.
- SERVERIN E., 2007 : « Le traitement des litiges du travail en droit français et britannique : deux modèles d'intégration des procédés amiables », *Revue de Droit du Travail* n°4, avril.
- SIEMS M. 2005 : « Numerical Comparative Law: Do We Need Statistical Evidence in Order to Reduce Complexity? », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 13, pp. 521-540.
- 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.

VALLÉE, G., M. COUTU et M.-C. HÉBERT, 2001 : « 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, pp.19-94.