



Les indicateurs de protection de l'emploi :

Thierry Kirat

► To cite this version:

Thierry Kirat. Les indicateurs de protection de l'emploi : : la mesure du droit du travail en question ?. 2007. halshs-00136551

HAL Id: halshs-00136551

<https://shs.hal.science/halshs-00136551>

Preprint submitted on 14 Mar 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ?¹

Thierry KIRAT
CNRS-IRISES (Paris Dauphine)

Décembre 06

article à paraître dans la revue *Economie et Institutions*, n° 9, 2007

Résumé

L'évaluation des conséquences du droit du travail en général, de la protection de l'emploi en particulier, sur les performances du marché du travail repose souvent sur des indicateurs de protection de l'emploi, notamment celui de l'OCDE. L'article s'attache à l'étude de trois indicateurs : celui de Botero et al., celui de la Banque mondiale (programme Doing Business) et celui de l'OCDE. Il s'intéresse à ce que les indicateurs mesurent et, corrélativement, ce qu'ils ne mesurent pas. Le problème de la capture des conditions de la mise en oeuvre du droit de l'emploi est central.

Mots-clé : droit de l'emploi – marché du travail – chômage – indicateurs de protection de l'emploi

Abstract

The assessment of the impact of labour law in general, of employment law in particular, on the labour market performance is very frequently grounded on employment protection indicators. The most used is the OECD "employment protection legislation" synthetic index. The article focuses on three indicators, namely those set-up by some scholars (Botero and al.) and multilateral institutions (Doing Business Project of the World Bank and OECD). The article scrutinizes the issues of what indicators measure and, conversely, what they do not measure. The enforcement of employment law appears as a key issue.

Key-words : employment law – labour market – unemployment – employment protection indicators

Introduction

La mesure des effets de la protection de l'emploi sur les performances du marché du travail est une question devenue centrale, notamment depuis que l'on dispose d'indicateurs permettant de classer les pays en termes de rigueur du droit du travail².

¹ Cet article est issu d'une contribution à une recherche consacrée à "L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes" pour le compte de la DARES (sous la responsabilité d'Antoine Lyon-Caen). Je remercie particulièrement Julie Valentin, Bruno Tinel, Evelyne Serverin, Antoine Jeammaud et Joëlle Affichard pour leurs commentaires sur les versions provisoires de cet article.

² On ne peut manquer d'observer qu'avant la publication de l'indicateur de législation de l'emploi de l'OCDE, qui constitue désormais la source la plus communément utilisée, les travaux consacrés à l'impact de la réglementation sur le travail et l'emploi ont été assez hétérogènes sur les choix et procédés de mesure : sentiment de sécurité au travail (enquête ESSI de la Commission européenne, dont la dernière a été faite en 1994), coûts du licenciement, recours aux formes atypiques d'emploi... Toutefois, les indicateurs disponibles, comme la LPE de l'OCDE et l'indice de rigidité de l'emploi de la Banque mondiale et les travaux empiriques consacrés au droit du travail doivent attirer l'attention sur le fait que le champ couvert par les indicateurs retenus est assez hétérogène : ils peuvent porter sur les conditions des seuls licenciements individuels, inclure ou non les licenciements collectifs, ou être plus larges et englober les relations collectives de travail,

Sur le plan théorique, l'appréciation des effets d'une forte protection de l'emploi donne des résultats quelque peu hétérogènes, ce qui peut être mis en rapport avec les choix théoriques, analytiques et de modélisation retenus (Pucci et Valentin, 2005). Ainsi, Algan (2004) démontre dans un modèle d'appariement en équilibre général avec accumulation du capital et aversion au risque des salariés, que la protection de l'emploi génère de plus faibles fluctuations agrégées et a ce fait des vertus stabilisatrices. Dans une perspective insider-outsider, l'idée selon laquelle une forte protection de l'emploi permet aux insiders de s'assurer de meilleurs salaires au prix d'un chômage structurel de plus en plus élevé (Lindbeck et Snower, 1986) n'est pas admise par tous les spécialistes : la protection de l'emploi peut déboucher sur des salaires moins élevés parce que les salariés ou les syndicats peuvent accepter des concessions salariales en contrepartie de la sécurité de l'emploi (Booth et McCulloch, 1996). L'objet de cet article n'est pas de rendre compte des controverses théoriques sur l'effet du droit du travail et des règles de licenciement sur l'emploi : il se situe en amont, dans la mesure où il portera sur la nature de l'information contenue dans les indicateurs et sur ses implications, en termes de qualité et de fiabilité des classements internationaux. Sera également en jeu la question de l'usage des indicateurs dans l'évaluation économétrique des effets de la protection de l'emploi sur le chômage et l'emploi. Si les indicateurs de compétitivité internationale comme ceux du World Economic Forum (Grégoir et Maurel, 2003) et ceux de la gouvernance (Kaufman et al., 2003) ont fait l'objet d'un examen critique, un tel travail reste à faire sur les indicateurs portant, de manière générale, sur le droit du travail.

C'est à cette démarche que cet article entend contribuer. Il analysera la manière dont les indicateurs de réglementation du marché du travail de la Banque mondiale (programme *Doing Business*), des économistes qui l'ont inspiré dans leurs travaux appliqués d'économie comparative des systèmes juridiques (Botero et al., 2004) et de l'OCDE sont construits, à quels diagnostics et recommandations ils conduisent. On procèdera à un rapide aperçu des résultats auxquels les utilisateurs d'indicateurs de réglementation de l'emploi aboutissent quant à ses effets sur les performances du marché du travail (1). Les trois indicateurs retenus, à savoir ceux de Botero et al. (2004), de la Banque mondiale et de l'OCDE, seront étudiés plus précisément (2.) avant de procéder à une discussion du contenu des indicateurs, de leur aptitude à exprimer le fonctionnement des dispositifs juridiques de protection de l'emploi et de leur qualité pour des comparaisons internationales de rigueur de la protection (3.). La conclusion tirera certains enseignements sur la place du juge dans la régulation des licenciements individuels ou collectifs.

1. Protection de l'emploi et performances du marché du travail : aperçu de l'évidence empirique

Il n'est pas question de procéder ici à un bilan exhaustif des nombreux travaux consacrés à l'étude empirique des effets de la protection de l'emploi sur les performances du marché du travail. Il s'agira plutôt de donner un aperçu de l'évidence empirique telle qu'elle est présentée dans des productions clés, comme les Perspectives de l'emploi de l'OCDE et les récents rapports français qui soutiennent que le droit du

comprendre ou non la réglementation de l'emploi temporaire, inclure ou non les dispositifs de protection sociale assis sur l'emploi salarié, etc.

licenciement étant inefficace et inéquitable, des solutions alternatives, de nature économique, mériteraient d'être explorées.

1.1. Légitimité, raisons d'être et limites de la protection de l'emploi

Une première question d'importance mérite d'être abordée : celle de la légitimité économique du droit du travail en général, qui est mise en question dans les rapports de Blanchard et Tirole (2003), Cahuc (2003) et Cahuc et Kramarz (2004), considérant que pour différents motifs sur lesquels nous reviendrons plus loin, un dispositif de taxation des licenciements pourrait avantageusement remplacer les dispositifs juridiques de l'emploi salarié.

Faute de place et afin d'éviter de trop longs détours théoriques, on considèrera ici la position exprimée par l'OCDE³ qui admet que la « législation de protection de l'emploi » (LPE) est économiquement légitime. Elle répond à trois ordres de justification :

- le premier est bâti en référence à la notion d'assurance : les travailleurs ayant de l'aversion pour le risque et ne disposant pas de possibilités de s'assurer à titre privé contre les « aléas du marché du travail », la protection de l'emploi (en l'occurrence l'indemnisation du licenciement) permettrait aux salariés de lisser les fluctuations de leurs revenus en cas de licenciement. En effet, si les entreprises sont neutres au risque et ont librement accès au marché des capitaux, « il est optimal pour les travailleurs comme pour les employeurs de prévoir le versement d'indemnités de licenciement dans les contrats de travail. » (OCDE, 2004, p. 99).⁴

- le deuxième est relative à un argument en terme de contribution au bien-être social : des suppressions d'emploi par des licenciements peuvent être socialement inefficaces, la valeur sociale d'un emploi pouvant être supérieure à sa valeur privée : la fiscalité et le financement des prestations de chômage étant assis sur les salaires, un emploi génère des ressources pour la collectivité même si il devient improductif pour un employeur⁵. L'absence de protection de l'emploi tendrait dans ces conditions à « générer trop de licenciements par rapport à ce qui est souhaitable pour la société et l'économie. » (OCDE, 2004, p. 100). A contrario, « (...) l'objectif essentiel de la LPE est d'inciter les entreprises à internaliser le coût social de leurs licenciements afin d'accroître l'efficacité économique. » (ibid.). En la matière, l'OCDE associe à la LPE un effet d'internalisation du coût social du licenciement que, justement, les rapports Blanchard-Tirole (2003) et

³ Je me réfère ici au seul chapitre 2 (Réglementation relative à la protection de l'emploi et performance du marché du travail) du rapport de l'OCDE consacré aux *Perspectives de l'emploi* 2004.

⁴ Notons une certaine ambiguïté dans le rapport de l'OCDE sur ce point. Il ne distingue pas clairement entre l'indemnisation du licenciement (susceptible d'être versée par l'employeur en cas de licenciement abusif pour motif personnel ou de licenciement économique) et l'indemnisation du chômage.

⁵ Pour une confrontation des conceptions de la valeur sociale de Blanchard et Tirole (2003) et de Cahuc (2003), voir Berta et Pucci (2006).

Cahuc (2003) associent à un dispositif de taxation alternatif à la réglementation de l'emploi. En ce sens, l'OCDE est au fond plus proche d'une analyse économique du droit, telle que celle que Calabresi et Melamed (1972) ont pu mettre en oeuvre dans leur argumentation économique en faveur d'un régime juridique de la responsabilité civile basée sur le risque plutôt que la faute : un droit de la responsabilité basé sur le risque permet, sur le principe, d'internaliser le coût social des activités créatrices d'externalités négatives (Kirat, 2003). Dans ce cadre de raisonnement, très différent en substance des conceptions de Blanchard-Tirole et Cahuc, c'est le mécanisme juridique lui-même qui internalise les coûts sociaux.

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

Le rapport de l'OCDE précise, et c'est un point important, que la LPE « remplit l'objectif pour lequel elle a été conçue, à savoir protéger les emplois existants » (OCDE, 2004, p. 98)⁶. Cependant, elle n'est pas exempte d'effets pervers, les plus notables d'entre eux étant de réduire les taux de sortie du chômage et de rendre « plus difficile l'accès ou le retour à l'emploi. » (ibid.) et de renforcer la segmentation du marché du travail entre insiders et outsiders. Par conséquent, le diagnostic de l'OCDE et les propositions d'action formulées sont basées sur une perspective d'équilibre, de politique optimale : la LPE présentant des avantages et des inconvénients, ces derniers doivent faire l'objet de mesures de compensation par le biais soit de politiques actives de l'emploi soit de services efficaces de réemploi. D'une certaine manière, l'OCDE défend des positions relativement plus nuancées et circonstanciées que les avocats de la fin du droit du licenciement et du règne des incitations.

1.2. Sur niveau du chômage

Tout bien considéré, il n'existe pas d'évidence empirique d'un impact négatif significatif de la protection de l'emploi sur le niveau du chômage.

L'OCDE, dans les Perspectives de l'emploi 2004, reconnaît que « les travaux théoriques n'apportent pas de réponse tranchée quant aux effets de la protection de l'emploi sur le chômage et l'emploi agrégés » (ibid.)⁷ ; lorsque le rapport évoque les travaux empiriques, il admet qu'« aucun consensus fort n'émerge véritablement » des travaux

⁶ On peut s'interroger sur le fait de savoir si une finalité univoque peut valablement être assignée à des dispositifs juridiques qui ont été construits dans le cadre de processus historiques complexes, multidimensionnels, qui portent les traces des mouvements sociaux, des choix politiques et des compromis socio-politiques.

⁷ Pour une revue détaillée des évidences empiriques, voir Baker et al. (2002) et Howell et al. (2006). Ce dernier papier conclut que "... data resources and econometric testing have been employed too much towards the end of confirming the orthodox presumption that decentralized and unregulated labor markets produce better employment outcomes."

empiriques (OCDE, 2004, p. 89). Deux types de travaux sont plus particulièrement évoqués :

- a) ceux qui prennent en considération les interactions possibles entre la protection de l'emploi et « d'autres institutions » (notamment le système de relations professionnelles) et qui tendent à montrer qu'une protection « restrictive » de l'emploi accroîtrait le taux de chômage structurel non pas systématiquement, mais dans les pays connaissant un fort taux de syndicalisation et/ou un niveau intermédiaire de négociation collective. Cependant, le rapport de l'OCDE cite l'étude de Baker et al. (2003, 2004) qui fait valoir « que ces résultats ne résistent pas à de légères modifications dans les données utilisées, la méthode d'estimation ou la spécification des équations estimées. » (OCDE, 2004, p. 89). Par ailleurs, certains spécialistes comme Morgan et Mourougane (2001) ont estimé l'influence des syndicats, de la sécurité sociale, de la sécurité de l'emploi, de l'inadéquation entre qualifications des demandeurs d'emploi et les qualifications demandées par les employeurs, du salaire minimum et du coin fiscal sur le chômage structurel en Europe. Selon Morgan et Mourougane (2001), c'est la variable *mismatch* qui est le terme le plus significatif, alors que la sécurité de l'emploi n'intervient ni dans la demande de travail ni dans l'équation de salaires. A cet égard, l'étude des effets de la protection de l'emploi sur le chômage structurel est réalisée principalement dans des analyses en coupe instantanée (cross sectional), ce qui ne permet pas d'estimer les conséquences de l'évolution de la protection de l'emploi en termes dynamiques. Recourant aux données de l'enquête de la Commission européenne ESSI en 1985, 1989 et 1994 sur la perception de la sécurité de l'emploi, Morgan et Mourougane estiment que la mesure de la sécurité n'a pas d'effets sur le chômage structurel dans la mesure où elle ne diminue pas la demande de travail et n'a pas d'effet sur les salaires, sauf dans le cas de l'Allemagne où apparaît un effet positif de la sécurité sur les salaires. Mais en définitive « le rôle de la sécurité de l'emploi apparaît ambigu et dépend largement de la mesure choisie. » (Morgan et Mourougane, 2001, p. 25).
- b) Ceux qui analysent les interactions possibles entre la protection de l'emploi et différents chocs macroéconomiques, comme Blanchard et Wolfers (2000) qui soutiennent que les évolutions du chômage dépendraient essentiellement de l'évolution à long terme de la croissance de la productivité totale des facteurs, de la demande de travail et du taux d'intérêt réel. Ces facteurs joueraient davantage sur le chômage dans les pays à cadre institutionnel « rigide » ; autrement dit, les chocs exogènes auraient un impact sur la persistance du chômage via le cadre institutionnel du marché du travail. Dans ces conditions, la protection de l'emploi ne joue pas un rôle autonome : ses effets doivent être mis en rapport avec les autres institutions du marché du travail, que portant les indicateurs disponibles, comme celui de l'OCDE (LPE), n'intègrent pas.

Selon Bertola et al (2000), les niveaux d'emploi et de chômage agrégés ne sont pas fortement corrélés aux indicateurs en coupe instantanée de la rigueur de la LPE ; mais ils sont plus stables lorsque la rigueur de la LPE est plus grande. La volatilité cyclique de l'emploi est forte aux EU et au RU où la LPE est plutôt faible que dans les pays où la rigueur de la LPE est plus élevée. Les marchés où la LPE est plus rigoureuse connaissent une stabilité de l'emploi et du chômage, mais autour de niveaux qui, dans le

long terme, ne sont pas clairement corrélés à la rigueur des dispositifs touchant la sécurité de l'emploi⁸.

1.3. Sur les flux et réallocation des emplois

Si la protection de l'emploi n'a pas d'effets significatifs sur le taux de chômage, elle serait à l'origine de la sclérose du marché du travail, en termes de réductions des flux d'entrée et de sortie du chômage par les salariés (Blanchard et Tirole, 2003). La durée moyenne des emplois est plus longue dans les pays à protection de l'emploi élevée (Bertola et al. 2000). Selon Blanchard et Portugal (2001), le taux de chômage des Etats-Unis et du Portugal sont similaires, mais des différences notables en termes de durée et de flux séparent ces deux pays où le niveau de protection de l'emploi est lui-même différent : la durée serait trois fois plus élevée et les flux vers et en provenance d'un emploi trop fois plus faibles au Portugal, pays à forte protection de l'emploi, relativement aux Etats-Unis. Cependant, lorsque les analyses portent non pas sur les flux de salariés entre emploi et chômage, mais sur les flux d'emplois, les résultats empiriques disponibles dessinent un autre paysage. Bertola et al. (2000) estiment que lorsque l'on raisonne en termes de flux de créations et destructions d'emplois, c'est-à-dire en distinguant entre les créations ou fermetures d'entreprises et les expansions ou réduction de taille des entreprises, les taux de « job turnover » sont très proches dans des pays à protection de l'emploi différente : 23,4% aux Etats-Unis, 26,3% au Canada, 24,4% en France et 21% en Italie. Blanchard et Tirole (2003) reconnaissent également que l'approche en termes de réallocation donne des résultats différents et déconcertants de celle en termes de flux de salariés entre l'emploi et le chômage et estiment que « une protection de l'emploi élevée ne semble pas être systématiquement associée à un degré plus bas de réallocation des emplois » (Blanchard et Tirole, 2003, p. 15).

Les différences de résultats des analyses en termes de flux de salariés entre l'emploi et le chômage et en termes de réallocation peuvent être rapportées à deux hypothèses. La première porte sur la nature des données utilisées dans les deux cas. Les données sur les flux de salariés sont mensuelles ou trimestrielles, alors que les données sur les créations et destructions d'emplois sont annuelles : « Par conséquent, des flux temporaires qui sont inversés dans le courant de l'année figurent dans les mesures de flux de salariés, mais pas dans celles de flux d'emplois. » (Blanchard et Tirole, 2003, p. 16). D'autre part, et en corollaire, dans les pays à protection élevée de l'emploi, les entreprises lissent davantage l'évolution de leurs effectifs et réduisent de ce fait les ajustements temporaires de l'emploi, mais sans que cela affecte les ajustements à plus long terme requis au regard des transformations de la demande ou des mutations technologiques.

1.4. Sur la segmentation

Une forte protection de l'emploi, surtout lorsqu'elle est accompagnée de mesures de politique publique élargissant les possibilités des employeurs de recourir à des formes dites « atypiques » d'emploi (contrats à durée déterminée, intérim, contrats de

⁸ Dans les régressions, les indicateurs de LPE sont statistiquement significatifs mais leur coefficient est faible. Voir Scarpetta (1996).

qualification ou d'apprentissage, etc.) déboucherait sur un renforcement de la segmentation du marché du travail : la protection dont bénéficient les insiders aurait pour conséquence de faire porter sur certaines catégories socio-démographiques le risque de longues périodes de chômage ou d'entrée dans des formes précaires d'emploi. L'effet des coûts du licenciement de salariés en contrat à durée indéterminée, surtout pour les salariés dont l'ancienneté est la plus grande, est particulièrement mis en jeu (Cahuc et Kramarz, 2004).

En la matière, selon les Perspectives de l'emploi 2004 de l'OCDE, la LPE n'a que « peu ou pas d'effets sur les taux d'emploi des hommes d'âge très actif », mais elle provoque des effets négatifs sur celui des jeunes⁹ et des femmes.

Le rapport de l'OCDE admet cependant que les résultats sont mitigés pour deux catégories de travailleurs : les travailleurs âgés et les non qualifiés. Pour les premiers, l'OCDE estime que les effets nets de la LPE sur les embauches et les licenciements sont relativement neutres, c'est-à-dire se compensent. Pour les seconds, toujours selon les *Perspectives de l'emploi 2004*, les effets s'exercent dans deux directions : d'une part une forte protection des salariés titulaires de contrats permanents qui limite les licenciements en période de faible croissance et, d'autre part, une surreprésentation des non qualifiés dans les contrats temporaires, ce qui signifie qu'une forte protection des emplois permanents n'est pas incompatible avec l'accès à l'emploi des non qualifiés, il est vrai dans des contrats temporaires offrant peu de perspectives pour des parcours professionnels futurs.

En définitive, on peut considérer avec Bertola, Boeri et Cazes (2000) que : « In sum, empirical work provides mixed results in the evaluation of the influence of labour market regulation on labour market adjustment. Studies using “rigidity rankings” as indicators of EPL do not give clear-cut results. This suggests that the link between theoretical and empirical results is tenuous and ambiguous – perhaps partly because of the elusive and complex nature of available information, and of the EPL concept itself » (Bertola et al., 2000, p. 62). C'est sur la question de la nature de l'information contenue dans les indicateurs que nous nous tournons maintenant.

2. Les indicateurs : sources et construction

La plupart des économistes du travail utilisateurs d'indicateurs de protection de l'emploi ne discutent ni de leur fiabilité ni de leurs limites. Rares sont en effet les spécialistes qui, comme Bertola, Boeri et Cazes accordent de l'importance au fait que « ... l'évidence empirique disponible sur la relations entre protection de l'emploi et performances du marché du travail est basée sur des mesures hautement imparfaites de la rigueur de la législation de protection de l'emploi (LPE). » (Bertola et al., 2000, p. 57).

Cette section rend compte de la manière dont les indicateurs de protection de l'emploi et, pour certains, de rigueur de la réglementation de l'emploi, sont construits. Nous

⁹ Bien qu'il soit reconnu que « les résultats concernant les jeunes ne sont pas tous significatifs » (OCDE, 2004, p. 93).

aborderons successivement ceux de Botero, Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes et Shleifer (2004), de la Banque mondiale (Doing Business) et de l'OCDE.

2.1. La mesure de la réglementation de l'emploi : Botero et al.

La mesure de la protection juridique de l'emploi proposée en 2004 par Botero, Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes et Shleifer se situe dans la lignée de travaux antérieurs consacrés à la justice et à la procédure civile (Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, 2003). Botero et al. (2004) réalisent une analyse de la réglementation de l'emploi dans 85 pays, en vue de mesurer l'importance de la protection de l'emploi salarié et d'en définir les déterminants. Leur mesure de la protection a été menée en construisant des indices sur un grand nombre de variables classées en trois catégories : le droit de l'emploi, le droit des relations collectives de travail, le droit de la protection sociale liée à l'emploi salarié (tableau 1).

Tableau 1

Les indicateurs de protection juridique de l'emploi à ces trois niveaux¹⁰ sont orientés vers la « mesure des règles juridiques formelles » (Botero et al., 2004, p. 1346) et procèdent, pour certaines variables, par une mesure des coûts économiques de la réglementation. C'est typiquement le cas avec la variable « coût de l'augmentation des heures ouvrées » qui ne mesure pas l'importance de la réglementation des conditions d'accroissement des heures de travail annuelle (par le recours à des contrats à durée déterminée pour faire face à un surcroît temporaire d'activité ou l'augmentation de la durée du travail des salariés en place), mais celle des coûts induits, du fait de la réglementation, pour y faire face.

De manière général, il apparaît que les pays de droit civil et à gouvernement à orientation politique de gauche, ou du centre, se caractérisent par des niveaux de réglementation supérieurs aux pays de common law surtout lorsqu'ils sont dirigés par des gouvernements de droite. Ces phénomènes apparaissent comme essentiels. En effet, les déterminants de la réglementation de l'emploi ne sont pas de nature économique, mais juridiques : le niveau de protection de l'emploi n'est pas corrélé avec le niveau développement économique (PIB par tête), mais il l'est avec l'origine du système juridique (common law et droit civil).

A cet égard, deux des trois indices de protection (« droit de l'emploi » et « droit des relations collectives ») sont nettement plus élevés dans les pays de droit civil (surtout dans les systèmes de droit français, socialistes et scandinaves) que dans les pays de common law.

Il importe de souligner que l'étude de Botero et al. porte essentiellement sur les déterminants de la réglementation de l'emploi que sur ses effets sur les performances du marché du travail. Quelques éléments sont néanmoins avancés en la matière.

¹⁰ dont un seul touche au régime du licenciement.

- la valeur des indices de protection de l'emploi (droit de l'emploi et relations collectives) est nettement plus élevée dans les pays de droit français, socialistes et scandinaves que dans les pays de common law¹¹,
- un niveau élevé de protection de l'emploi conduit à un taux de chômage plus élevé des moins de 24 ans,
- un niveau élevé de protection des relations collectives de travail est associé à une importance plus grande de l'économie souterraine,
- un niveau élevé de protection aux trois niveaux (emploi, relations collectives et protection sociale) conduit à une plus faible participation des hommes (pas des femmes) au marché du travail.

2.2. Les indicateurs de la Banque mondiale (Doing Business)

Le programme « Doing Business » mis en oeuvre par la Banque mondiale et la Société financière internationale comporte un volet "droit du travail", intitulé "Hiring and Firing Workers". Les données produites dans le cadre de ce programme consistent en des scores attribués à l'issue de l'exploitation de questionnaires écrits adressés à des répondants dans chaque pays, soit entre deux et cinq répondants en fonction de la taille du pays, de son niveau de développement, de la complexité de ses dispositifs institutionnels. Les répondants sont quasi exclusivement des cabinets d'avocats.

Dans le domaine du droit du travail, la Banque mondiale retient trois indicateurs de base (flexibilité du recrutement, flexibilité du licenciement et conditions de l'emploi) et un indicateur synthétique (droit de l'emploi) qui est la moyenne des trois premiers indices. Ces indicateurs institutionnels sont complétés par deux autres, qui sont censés mesurer l'impact économique des précédents (coût du recrutement et coûts de licenciement, exprimés en pourcentage des salaires). Notons dès à présent que, de même que dans la méthode de Botero et al. (2004), aucune pondération n'est introduite dans la construction des indicateurs synthétiques. Il faut également noter que le recueil des données est basé sur un cas particulier, celui d'un « salarié standardisé », qui présente des caractéristiques précises énumérées dans les instructions adressées aux répondants : un salarié à temps plein père de deux enfants et dont l'épouse est au foyer, d'une ancienneté de vingt ans au sein de la même entreprise, dont le salaire et les prestations sociales sont égaux au ratio GNP/Labor Force du pays au cours de la totalité de sa période de travail, qui est citoyen, de la race et de la religion majoritaire dans le pays, et n'est pas syndiqué (à moins que l'appartenance syndicale ne soit obligatoire). Ce « salarié standardisé » est lui-même employé dans une « entreprise standardisée » dont les caractéristiques sont elles aussi précisément énumérées : une entreprise locale (sans participation étrangère au capital) du secteur manufacturier de plus de deux cents salariés, qui n'accorde aucun avantage salarial qui ne soit prévu par les lois et règlements.

¹¹ Les choses sont plus complexes avec l'indice de protection sociale : les pays de droit allemand n'ont pas tous un indice élevé.

2.2.1. L'indicateur « Difficulté du recrutement » (*difficulty of hiring index*)

Cet indicateur concerne les modalités du recrutement limité à deux cas de figures : les contrats à temps partiel (*part-time*) ou à durée déterminée (*fixed-term*). Le tableau 2, qui reprend en grande partie les instructions de réponse aux questionnaires communiquées par la Banque mondiale aux répondants, expose le contenu de l'indicateur « difficulté du recrutement », qui comprend deux indicateurs élémentaires :

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

Tableau 2

2.2.2. L'indicateur « Conditions de l'emploi » (*conditions of employment*)

Cet indicateur concerne la flexibilité du temps de travail, le paiement des congés et jours fériés, la législation sur le salaire minimum (tableau 3)

Tableau 3

2.2.3. L'indicateur « Difficulté du licenciement » (*difficulty of firing index*)

L'indicateur concerne les motifs du licenciement, les procédures de licenciement, la durée du préavis, le montant d'indemnisation du chômage (tableau 4).

Tableau 4

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

L'indicateur de rigidité de l'emploi est calculé comme la moyenne arithmétique, sans pondération, des trois indicateurs précédents. Le tableau 5 en donne quelques exemples.

Tableau 5

2.2.5. L'interprétation des indicateurs

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

Ce qui est au cœur de l'évaluation et des recommandations de la Banque mondiale concerne les « autres aspects de la relation d'emploi » dont la rigidité excessive « réduit la participation de la force de travail, accroît le chômage, et pousse les travailleurs vers l'économie informelle » (ibid.). L'analyse économique est convoquée pour étayer cette idée, sans qu'elle ne soit assortie de réserves ou de précautions. La démarche consiste à pratiquer un genre d'économie-fiction, par laquelle les conséquences sur l'emploi et le chômage d'une flexibilisation des dispositifs juridiques sont définies avec précision, sans pour autant que les estimations économétriques soient publiées. Ce procédé consiste à poser, par exemple, que « si le Mozambique réduisait son niveau de réglementation pour l'aligner sur celui constaté en Zambie, la part de l'emploi informel serait abaissée d'environ 13,5%... » (ibid.). Plus généralement, le rapport précise la conception des effets de la réglementation de l'emploi dont la Banque mondiale se fait le relais :

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

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

2.3. L'indicateur « législation de protection de l'emploi » (LPE) de l'OCDE

L'indicateur "Législation de protection de l'emploi" (LPE) est obtenu à partir de 18 indicateurs couvrant trois grands domaines :

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

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

Les 18 indicateurs sont exprimés au départ (tableau 6):

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

Tableau 6

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

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

Pour construire l'indicateur de la rigueur globale, l'OCDE a pris le parti d'attribuer aux contrats temporaires un poids de 40% et de donner à l'indicateur synthétique "licenciements collectifs" un plus faible coefficient de pondération (16%). Ce dernier choix est justifié par le fait que la réglementation des licenciements collectifs représente une protection marginale (au sens économique du terme) par rapport à celle des licenciements individuels. Le tableau 7 présente les indicateurs synthétiques de la LPE à quatre niveaux successifs d'agrégation ainsi que les pondérations retenues.

Tableau 7

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

2.4. Comparaison des classements internationaux selon Doing Business et l'OCDE

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

2.4.1. Comparaison sur les indicateurs globaux : indice de rigidité de l'emploi et LPE

Rappelons que :

- l'indice de rigidité de l'emploi de la Banque mondiale est la moyenne des notes des indicateurs « difficulté du recrutement » (à temps partiel ou en CDD), « difficulté du licenciement » et « rigidité du temps de travail »,
- l'indice LPE est l'indicateur synthétique agrégé des indicateurs « emploi permanent », « emploi temporaire » et « licenciements collectifs » (pris ici dans la version 2, le LPE comprend les licenciements collectifs).

Considérons les positions relatives des 28 pays de l'OCDE dans les deux classements, selon des indicateurs synthétiques qui ont la même visée : mesurer l'importance de la réglementation de l'emploi (Figures 1 et 2).

Figures 1 et 2

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

- les pays de common law (Etats-Unis, Canada, Australie, Nouvelle Zélande, Royaume-Uni) et certains autres (Japon, Suisse, Danemark, Tchéquie) qui apparaissent comme ayant une faible réglementation de l'emploi relativement aux autres,
- les pays d'Europe occidentale (Pays-Bas, Allemagne, Italie, France, Grèce, Espagne, Portugal) et certains autres (Mexique, Turquie) apparaissent comme ayant un niveau de réglementation de l'emploi plus élevé relativement aux autres,
- un groupe de pays intermédiaires (Corée du Sud, Pologne, Autriche, Slovaquie) se situe entre les deux groupes précédents.

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

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

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

2.4.2. Comparaison sur le droit du licenciement

Si l'on resserre la comparaison sur des indicateurs moins agrégés, les écarts de classements deviennent plus importants. C'est le cas lorsque la comparaison porte sur les indicateurs de difficulté du licenciement. Le tableau 8 situe le contenu de l'indicateur « flexibilité du licenciement » de la Banque mondiale par rapport à l'indicateur OCDE « rigueur globale de la réglementation des licenciements ».

Tableau 8

Il apparaît que l'indicateur de l'OCDE est globalement plus large que celui de la Banque mondiale sauf sur un point :

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

Le tableau 9 compare les classements de Doing Business et de l'OCDE. Il précise, sur les pays pour lesquels l'écart de classement est nettement marqué, le sens de l'évaluation de la Banque mondiale par rapport à celle de l'OCDE.

Tableau 9

Un décalage assez net entre le classement de la Banque mondiale (sur l'indicateur « Difficulté du licenciement ») et celui de l'OCDE (sur l'indicateur « Rigueur globale du licenciement ») peut être constaté pour près de la moitié des 28 pays considérés :

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

Le bref exercice de comparaison des classements qui vient d'être mené conduit à deux conclusions également raisonnables : d'une part, que les classements sont spécifiques

aux appareils de mesure qui permettent de les établir et que, par voie de conséquence, les comparaisons entre échelles ordinales ne peuvent conduire qu'à des conclusions relativistes ; mais, plus importante est la deuxième conclusion possible : on constate une grande sensibilité de certains pays à des différences a priori mineures de composition des indicateurs.

3. Que mesurent les indicateurs ?

Il est maintenant utile de s'interroger sur les représentations du droit et du fonctionnement des dispositifs juridiques qui sous-tendent les indicateurs de protection de l'emploi.

3.1. Une mesure du droit positif ou de sa perception par des « experts » ?

Les protocoles de recueil de données institutionnelles par les chercheurs ou les institutions multilatérales méritent examen. L'ambition de Botero et al. et de la Banque mondiale est de capturer des données *objectives*, c'est-à-dire des *descriptions des procédures et des réglementations en vigueur* dans tel ou tel pays. C'est également l'ambition de l'OCDE pour l'élaboration de l'indicateur LPE. Pourtant, différents procédés, de qualité inégale, sont mis en oeuvre.

La méthode de Botero et al. (2004) et de la Banque mondiale consiste à procéder au recueil des données par voie de questionnaires que des experts nationaux (en règle générale des avocats) sont invités à renseigner. Or, le recours à des experts chargés d'informer l'organisme enquêteur sur les données juridiques objectives ne permet d'obtenir, au mieux, que les perceptions qu'ils ont, dans leurs pratiques professionnelles, du droit positif en vigueur. Ainsi, sur certaines variables quantitatives, la pertinence du recours à des estimations formulées par des experts peut être mise en doute. C'est particulièrement le cas des durées effectives des procédures, pour lesquelles les estimations faites par un praticien ne peuvent qu'être fondées sur une expérience locale dont rien n'assure *a priori* la qualité de représentativité des situations globales.

La méthode de l'OCDE est toute autre : elle ne consiste pas à recourir à la consultation d'experts mais à décrire les règles telles que la législation et la réglementation en vigueur les énoncent. Il s'agit donc de recourir aux textes en vigueur, ce qui a la vertu de prévenir les risques de biais subjectifs de quelques experts-praticiens. Cependant, elle ne saisit pas, alors, la mise en oeuvre des règles, notamment par les tribunaux. L'OCDE dans ses « Perspectives de l'emploi 2004 », reconnaît explicitement que la jurisprudence constitue une limite de l'indicateur LPE :

« En ce qui concerne les contrats réguliers, les réglementations en matière de protection de l'emploi fixent les conditions dans lesquelles un salarié peut être licencié et les sanctions applicables à l'employeur en cas de non-respect de ces conditions. Cela étant, *ces dispositions font l'objet d'interprétations de la part des tribunaux, ce qui peut constituer une source importante (mais difficile à cerner) de variation de la rigueur de la LPE*, à la fois entre certains pays et dans le temps. » (OCDE, Perspectives de l'emploi 2004, p. 71 – je souligne).

A cet égard, l'effet du contentieux ou de la jurisprudence peut aller dans deux sens : soit dans celui du « durcissement » de la réglementation (lorsque les recours des salariés devant les tribunaux conduisent à accroître les coûts du licenciement par rapport à ce que prévoit le droit commun du licenciement, par exemple par l'obtention par le salarié de dommages et intérêts civils réparateurs d'un licenciement sans cause), soit dans celui de son « allègement » (par exemple lorsque les tribunaux n'usent pas de l'obligation de réintégration alors que la possibilité en est offerte par la législation).¹²

En tout état de cause, à défaut d'une compréhension de l'activité des tribunaux en tant qu'ils mettent en œuvre les dispositifs législatifs et réglementaires, rien ne peut être dit de l'effet du contentieux et de la jurisprudence sur la rigueur de la réglementation. Parmi les économistes spécialistes, seuls Bertola, Boeri et Cazes (2000) se préoccupent de cette question, lorsqu'ils affirment que « mesurer la protection de l'emploi est une tâche difficile. Des mesures quantitatives peuvent être aisément calculées pour certains aspects tels que le nombre de mois de préavis à respecter avant un licenciement individuel ou collectif. Mais d'autres aspects sont plus difficiles à mesurer avec précision, comme l'état d'esprit des tribunaux vis-à-vis des instances introduites par des salariés licenciés ou de l'interprétation judiciaire de la 'cause réelle et sérieuse' [just cause] de la rupture du contrat de travail. » (Bertola et al., 2000).

3.2. Les normes de droit positif ou la régulation juridique effectivement mise en oeuvre ?

Les dispositifs juridiques et, partant, les familles de droit, font donc désormais l'objet de mesures qui présentent deux qualités : d'une part, elles autorisent des classements internationaux en terme de rigueur de la réglementation et, d'autre part, elles constituent des données utilisables dans des analyses économétriques combinant données institutionnelles et données macroéconomiques.

L'objet de la mesure peut alors être questionné : s'agit-il de procéder à une notation sous forme d'indicateurs des normes décrites dans les règles positives, ou de saisir l'effet des normes en pratique, c'est-à-dire leur mise en oeuvre ?¹³

¹² Une même observation peut être faite sur les conditions financières du licenciement au terme d'un accord entre l'employeur et le salarié. Pour des données empiriques sur les transactions en France, voir Melot (2005) ; Pour un exemple anglais, voir *Agco Ltd. v Massey Ferguson Works Pension Trust Ltd & Ors* [2003] EWCA Civ 1044 (17 July 2003) : "Thus there may be a binding agreement between employer and employee that the employee will be dismissed in return for *an agreed financial package which may, for instance, go well beyond the statutory payment*. That, however, remains redundancy for it involves the dismissal of the employee." (je souligne).

¹³ Ces questions sont distinctes de celle que Kaufmann et al. (2003) posent. Ils reprochent à la méthodologie de Botero et al. de ne saisir que les seules règles *de jure*, considérant que « les perceptions subjectives de la gouvernance importent souvent autant que la réalité juridique » (Kaufmann et al., 2003, p. 20). En fait, la méthode de Botero et al. et de la Banque mondiale repose sur la capture des règles *de jure* telles que les experts les perçoivent... subjectivement.

Le problème de savoir si les indicateurs mesurent le droit formel ou les situations empiriques sur le terrain ne semble pas avoir suscité de solution convaincante. A cet égard, la position de Botero et al. (2004) n'est pas dénuée d'ambiguïtés. Ils précisent que leur approche consiste à « mesurer les règles formelles » (Botero et al., 2004, p. 1346), avant de répondre à ceux qui doutent de la portée d'une référence exclusive aux règles formelles. Botero et al. examinent en effet l'argument selon lequel « 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). A cette critique, Botero et al. répondent à cela que la qualité de l'*enforcement* peut être contrôlée économétriquement, mais surtout que, fondamentalement, « les règles formelles importent énormément » (*ibid.*). Il n'y aurait donc pas d'écart entre l'énoncé des normes écrites et leur mise en oeuvre, ce qui est une hypothèse que l'on peut qualifier d'héroïque. Cette hypothèse revient à considérer les normes juridiques comme performatives, c'est-à-dire comme faisant advenir dans les faits la situation qu'elles décrivent : or, cette qualité est contestable, comme cela apparaît dans plusieurs courants de la théorie et de la sociologie du droit qui, bien qu'offrant des explications irréductibles, n'en sont pas moins convergentes dans la critique d'une telle vision :

- pour certains, la mise en oeuvre des normes n'est pas un travail d'application univoque et mécanique, mais relève d'un processus complexes mêlant les normes juridiques aux normes sociales (Ahlering et Deakin, 2005), voire même voit ces dernières suppléer des normes étatiques ineffectives (Bernstein, 1992 ; Ellickson, 1991). Ahlering et Deakin (2005) donnent un exemple significatif des erreurs d'interprétation véhiculées par une référence étroite aux seules règles indépendamment de leur mise en œuvre : selon eux, antérieurement à la promulgation de la loi sur les licenciements injustifiés (*unfair dismissal law*), le droit anglais n'imposait pas de préavis de licenciements. En pratique, dans les années 1950-1960, les licenciements étaient très coûteux pour les employeurs, dans un contexte de rapports de force favorables aux syndicats dans la régulation des relations de travail. Dans les deux décennies suivantes, la loi sur les licenciements a introduit en apparence davantage de contraintes formelles sur les employeurs. Mais, en, pratique, elle a facilité le licenciement par rapport à la situation antérieure, dans un nouveau contexte de déclin du pouvoir syndical et de la réprobation morale des licenciements. Ahlering et Deakin estiment à juste titre que cet exemple « illustre l'énorme complexité de l'élaboration d'un indicateur de droit du travail » et insistent sur le fait que « la connaissance des situations nationales devrait permettre de nuancer les scores attribués à des variables particulières concernant ce pays » (Ahlering et Deakin, 2005, p. 18).
- pour d'autres, le processus de mise en oeuvre des normes met en jeu des normes de fond et des règles de procédure, que Hart qualifiait de règles primaires et de règles secondaires, ainsi que des activités de mobilisation et d'interprétation des normes par les acteurs, juges et justiciables, productrices du sens pratique des normes.

3.3. Un biais en défaveur des pays de droit écrit ?

Une autre question complète la précédente : si l'objet de la mesure est le droit positif écrit, n'y a-t-il pas un risque de biais en défaveur des systèmes de droit civil, où les normes sont codifiées donc écrites, alors que les systèmes de common law ont une faible tendance à la codification compte tenu de l'importance qu'y prend la régulation jurisprudentielle¹⁴ ? A cet égard, la position de Botero et al. (2004) est clairement exposée, à propos du droit du travail : ils procèdent à une mesure des « règles juridiques formelles », c'est-à-dire du droit contenu dans les livres (« law in the books »). L'éventualité d'un biais en faveur des systèmes de common law est, toujours en matière de droit du travail, rejetée au nom de l'argument suivant :

« En premier lieu, 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 oeuvre. En deuxième lieu, et de manière plus importante, 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. 137).

Cet argument est contestable, dans la mesure où il donne pas une solution au problème de l'écart éventuel entre les règles formelles et leur mise en oeuvre : les coûts économiques sont eux-mêmes déduits des dispositions législatives et réglementaires, c'est-à-dire du « statutory language »...qu'ils sont censés dépasser. L'argument avancé est par conséquent tautologique.

Une importante question peut être posée : celle de la nature des dispositifs juridiques pris en considération dans les indicateurs. Les indicateurs font la part belle aux dispositifs juridiques qui portent expressément sur 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.). A cet égard, 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 plus souple ; on ne peut pour autant en conclure que le licenciement n'est pas soumis à des règles. Il l'est, mais à des règles différentes, qu'aucun indicateur ne prend en considération : les salariés licenciés, en tant que citoyens et justiciables, disposent de droit de contester les conditions de leur licenciement sous le vocable d'*unfair dismissal*¹⁵. Les juges, parfois même le

¹⁴ Les pays de common sont par ailleurs caractérisés par un système de protection sociale généralement moins socialisé que les pays de droit civil, ce qui suscite également un risque de biais de même nature dans les comparaisons internationales des prélèvements obligatoires. Sur les liens entre marché du travail et protection sociale, voir Amable (2003) et Gautié (2003, 2005).

¹⁵ 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.

législateur, contrôlent le motif du licenciement notamment au regard de la discrimination raciale ou sexuelle, du harcèlement, et autres droits fondamentaux¹⁶. Dans les pays de common law, le contrôle de l'*unfair dismissal* est essentiellement judiciaire. Or, les indicateurs de protection de l'emploi ne prennent pas en compte la jurisprudence, ce qui 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 sont de nature à appeler à la plus grande circonspection quant à la qualité de l'information contenue dans les indicateurs et, partant, quant à la comparabilité des réglementations nationales de protection de l'emploi.

3.4. La fiabilité des indicateurs et leur utilisation

La cause est entendue : les indices portant sur les dispositifs juridiques constituent des données de base sur lesquelles des estimations économétriques, en général des régressions du type MCO, sont réalisées avec d'autres variables macroéconomiques. Les analyses économétriques sont de deux types :

- l'étude des déterminants des dispositifs juridiques : les variables à expliquer sont de nature institutionnelle et les variables indépendantes sont économiques, socio-politiques ou historiques,
- l'étude de l'impact des dispositifs juridiques sur les performances, notamment macroéconomiques. Les variables indépendantes sont cette fois juridiques, les variables à expliquer sont des indicateurs macroéconomiques (taux de croissance, PIB par tête, investissements étrangers, taux de chômage ou taux d'emploi).

Le recours à des indices élaborés à partir de données subjectives ainsi que la réalisation d'analyses économétriques conjuguant données qualitatives obtenues par simple agrégation des réponses, sans contrôle économétrique, et données quantitatives subissant une transformation affine pour les ramener à une échelle identique à celle des premières, appellent de la part de spécialistes de nombreuses réserves (Grégoir et Maurel, 2003 ; Blanchet, 2005). Le classement des nations à partir d'indicateurs, comme ceux du World Economic Forum (Global Competitiveness Index et Current Competitiveness Index) et l'indice global de la Banque mondiale (« ease of doing business ») pose à cet égard trois séries de questions :

- la qualité de l'information de base,
- la pertinence de la procédure d'agrégation des informations de base, ainsi que la justification d'éventuelles pondérations,
- la pertinence des indices et de l'information qu'ils contiennent au regard de variables d'intérêt comme le niveau de vie ou la performance économique (Blanchet, 2005).

¹⁶ Des 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).

L'analyse attentive de l'indice global de la Banque mondiale – ou plutôt d'une version reconstituée de l'indice équi pondéré de la Banque mondiale – par l'INSEE mérite attention. Il s'agissait de déterminer le pouvoir explicatif de l'indice global « ease of doing business » vis-à-vis de quatre variables d'intérêt : le taux de croissance du PIB par tête en 1999 et 2003 (Δ PIB/tête), le taux d'investissements directs étrangers en % du PIB (IDE), le taux d'investissement en % du PIB (FBCF), et l'indice de développement humain (IDH). Le tableau 10 présente les résultats des tests de régression de ces quatre variables sur l'indice global de la Banque mondiale (I_GLOBEQ).

Tableau 10

La variable « facilité à faire des affaires » a un effet négatif sur les trois premières variables macroéconomiques. Il est significatif pour la croissance du PIB par tête, mais son pouvoir explicatif est faible ; il est non significatif et sans pouvoir explicatif pour l'investissement étranger, et faiblement significatif et à pouvoir explicatif limité pour le taux d'investissement. L'indice de développement humain obtient les meilleurs résultats, ce qui laisse à penser à une relation croissante entre cet indice et la facilité à faire des affaires, mais cette interprétation causale loin d'être acquise compte tenu que « cette relation ne fait que refléter la dépendance simultanée de l'IDH et de l'indice de facilité à faire des affaires par rapport au niveau de vie global. » (Blanchet, 2005, p. 7).

3.5. Des indicateurs insensibles à la pluralité des options procédurales

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

A cet égard, la consultation de la base Doing Business, des questionnaires utilisés pour recueillir les données procédurales auprès de répondants locaux et des données de BDLLS (2004) révèlent une conception de la procédure que l'on peut qualifier d'*additive* : il s'agit de dénombrer le nombre d'étapes qu'un justiciable est réputé devoir suivre avant l'obtention d'un titre exécutoire et l'exécution du jugement, ou qu'un employeur doit suivre avant de procéder à un licenciement ou recruter un salarié en contrat non permanent. La procédure est donc considérée comme linéaire et comme obligatoire. Cette conception d'un cheminement procédural linéaire est loin de rendre compte de l'existence d'options procédurales multiples, qui sont plus la règle que l'exception dans les pays industrialisés. Par exemple, l'OCDE, dans les « Perspectives de l'emploi 2004 » admet clairement que, en matière de droit du licenciement, le cas des Pays-Bas pose un problème particulier de mesure au regard du fait que les employeurs désirant licencier un salarié disposent de deux possibilités alternatives : soit en demandant une autorisation préalable auprès d'une instance administrative (le CWI : centre pour le travail et le revenu), soit en demandant à un tribunal judiciaire la dissolution du contrat de travail. Dans ce dernier cas, l'OCDE reconnaît que les tribunaux accordent la dissolution mais en contrepartie du versement au salarié d'une indemnité de licenciement « relativement élevée », alors que dans le premier cas, le CWI n'impose pas d'indemnité de licenciement mais son autorisation est incertaine. C'est pourquoi les grandes entreprises préfèrent recourir à la procédure judiciaire,

malgré son coût plus élevé et les petites entreprises usent plutôt de la procédure d'autorisation préalable.¹⁷

De façon plus générale, il n'est pris en compte le fait que les activités juridiques et juridictionnelles ne sont pas sans être orientées par les architectures institutionnelles et les politiques publiques. Ce constat devrait interdire de comparer terme à terme des éléments réglementaires ponctuels sans considérer l'ensemble des dispositifs. C'est ce montrent clairement certaines études empiriques en sociologie du droit, comme celles de Blankenburg (1994) ou, plus récemment, Melot (2005). Le premier établit pour quelles raisons il est rationnel en Allemagne de recourir aux tribunaux et pas aux Pays-Bas : « Les comparaisons entreprises ici et décrites dans cet article montrent que les différences constatées dans les taux de recours contentieux ne peuvent pas être expliquées en termes de droit codifié ou simplement de mentalité des acteurs sur la scène du droit. Pour expliquer les différences, il est nécessaire, plutôt, de regarder la totalité des interrelations entre facteurs institutionnels, que je qualifie sous le nom de 'culture juridique'. Des développements institutionnels singuliers ont créé aux Pays-Bas une infrastructure d'évitement du recours aux tribunaux. Plus particulièrement, les joueurs récurrents potentiels peuvent recourir à une gamme d'instruments alternatifs de revendiquer leurs droits que le recours contentieux. La tradition allemande, d'un autre côté, tend à canaliser les différends vers les tribunaux en décourageant les services juridiques alternatifs et en optimisant l'efficacité des tribunaux. » (Blankenburg, 1994, p. 790). Quant à Melot, son étude empirique des contrats de transaction par lesquels employeurs et salariés rompent le contrat de travail, montre qu'ils révèlent une « gestion ciblée » des litiges par les employeurs et, dans une certaine mesure, des salariés, « orientant selon les cas les 'affaires' vers une solution judiciaire ou contractuelle, selon la position du salarié dans la hiérarchie et les enjeux que son départ peut représenter pour l'entreprise. » (Melot, 2005). L'enquête de Melot établit clairement la diversité possible des cheminements procéduraux de la rupture du contrat de travail dont le recours judiciaire est une modalité possible, mais pas incontournable. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle lui soit substituable, bien au contraire : les transactions interviennent soit alors qu'un recours contentieux est engagé, soit en considération du risque judiciaire porté par les salariés les plus qualifiés, en premier lieu les cadres. En définitive, selon Melot, il serait erroné de déduire de la pratique des transactions que la fonction du droit de licenciement est vidée de son contenu : « L'articulation du contrat et du procès au cœur de la négociation apparaît [...] s'appuyer de façon centrale sur les règles du licenciement. » (Melot, 2005, p. 95).

3.6. Des indicateurs de la culture et des perceptions des dirigeants d'entreprise ?

Il n'est pas incongru de considérer que les variables et indicateurs retenus par les organismes enquêteurs ou les chercheurs reposent sur des modèles théoriques implicites qui orientent aussi bien la construction de outils que l'interprétation des résultats. Au delà de ces modèles implicites, on peut trouver des visions du monde, donc des sensibilité quasi-politiques, que les travaux d'Ahlering et Deakin (2005) permettent d'identifier.

¹⁷ OCDE, *Perspective pour l'emploi 2004*, chapitre 2 (Réglementation relative à la protection de l'emploi et performance du marché du travail), pp. 71 à 73.

En effet, ces deux auteurs ont analysé des corrélations entre l'indice de droit de l'emploi de Botero et al. avec d'autres mesures disponibles de la protection de l'emploi : les données du BIT sur les appartenances syndicales et la ratifications des conventions de l'OIT par les Etats, ainsi que l'indicateur de perception de la rigueur de la réglementation utilisé dans le Global Competitiveness Report de l'OCDE. Les résultats de l'analyse des corrélations d'Ahlering et Deakin sont présentés dans le tableau 11.

Tableau 11

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

3.7. Le problème des usages du droit positif dans la gestion de l'emploi

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

On peut en effet avoir des dispositifs qui augmentent le degré de protection sur le papier, mais ils peuvent ne concerner que des effectifs limités ou être « ineffectifs ». Par exemple, l'OCDE retient l'indicateur « possibilité pour le salarié licencié sans motif valable d'être réintégré » (indicateur élémentaire 8) dont on peut pas déduire grand-chose indépendamment de sa mise en œuvre. Comme un « droit à réintégration » ne dit rien de la réalité de la contrainte qui pèserait sur les entreprises de réintégrer des salariés licenciés abusivement, il serait certainement utile de mesurer l'effectif des salariés concernés par cette mesure, donc réintégrés dans leur emploi, et d'être en mesure de calculer des ratios (comme le nombre de salariés réintégrés rapporté à l'effectif de salariés réintégrables ou à celui des licenciements individuels).¹⁸

Conclusion

Deux questions donnent la matière de cette conclusion : la première est celle de la fiabilité des indicateurs de protection de l'emploi. La deuxième est celle de la place du juge et du contentieux dans la mise en œuvre de la protection de l'emploi.

¹⁸ Dans un autre domaine, les travaux de Blankenburg (1994) montrent que cela est possible. Ce sociologue du droit utilise en effet des indicateurs quantitatifs pour comparer les Pays-Bas et l'Allemagne en matière de recours aux tribunaux.

Les analyses de l'impact du droit du travail sur les performances du marché du travail basées sur le recours à des indicateurs ressemblent, *in fine*, à un géant aux pieds d'argile. Les indicateurs sont tellement imparfaits et ambigus qu'on ne peut rien en déduire de valable sur la réalité de la mise en oeuvre du droit du travail. Comme l'affirment Bertola, Boeri et Cazes, « les classements disponibles de protection de l'emploi sont trop imparfaits et imprécis pour informer les débats sur les formes de la législation de protection de l'emploi et ne peuvent être un outil pour des réformes structurelles du marché du travail. » (Bertola et al., 2000, p. 71).

A cet égard, il n'est pas sans intérêt de remarquer que, à la différence des rapports antérieurs, les Perspectives de l'emploi 2006 de l'OCDE mettent beaucoup moins l'accent sur la réglementation de l'emploi et la LPE. Les perspectives 2006 ne consacrent aucun chapitre spécifique à la réglementation du marché du travail. Plus encore, le rôle des politiques de l'emploi et des institutions du travail dans la performance du marché du travail fait l'objet d'une réévaluation. Un modèle économétrique original est mis en oeuvre en prenant en compte, parmi les institutions et politiques : le taux moyen de remplacement du salaire par l'indemnisation du chômage, le coin fiscal, la LPE, le taux de syndicalisation, la réglementation du marché des produits et les politiques actives du marché du travail. Il apparaît que l'impact de la LPE sur le chômage n'est pas statistiquement significatif (Perspectives de l'emploi 2006, p. 230). Au delà de ce résultat global, l'impact de la LPE sur le taux d'emploi de certaines catégories apparaît nuancé : elle a un effet légèrement négatif mais non significatif sur le taux d'emploi des femmes, un effet positif et significatif sur celui des travailleurs âgés et, finalement, un impact négatif et significatif sur celui des jeunes. La comparaison entre les *Perspectives de l'emploi 2004 et 2006* montre que des résultats différents sont atteints sur les femmes et les travailleurs âgés (tableau 12) : en 2004, la LPE avait un impact négatif sur l'emploi des femmes, mais en 2006 il devient non significatif ; en 2004, la LPE avait un effet globalement neutre sur le taux d'emploi des salariés âgés, alors qu'en 2006 il devient positif et significatif.

Tableau 12

La proposition d'instauration d'une taxation des licenciements de Blanchard et Tirole, Cahuc et Cahuc et Kramarz va de pair avec le reflux du rôle du juge. La vision du juge et du « contrôle judiciaire » des décisions de licenciement a été discutée par Gaudu (2005). Deux observations complémentaires à celles de Gaudu seront brièvement faites ici. La première est que, dans un Etat de droit, nul ne saurait être privé du droit de recourir à la justice ; si les voies d'accès aux tribunaux du travail venaient à être réduites, nul doute que la contestation des conditions de la rupture du contrat de travail retomberait dans le droit commun des obligations, ou se déplacerait sur le terrain juridique des droits fondamentaux. La deuxième observation porte sur les enseignements de l'étude empirique du contentieux prudhommal de B. Munoz-Perez et E. Serverin (2005). Cette étude montre qu'une relation inverse existe entre l'encadrement des licenciements et le recours aux prudhommes ; les taux de recours des salariés licenciés pour motif économique (2,5 %) sont notoirement plus faibles que ceux des salariés touchés par une mesure de licenciement pour motif personnel (25,8 %). En

d'autres termes, le meilleur moyen de prévenir les recours contentieux est d'encadrer rigoureusement les conditions du licenciement... donc de les réglementer.

Références

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

Algan, Y., 2004, *La protection de l'emploi : des vertus stabilisatrices ?* document de travail, Paris 1.

Amable B., 2003, *The Diversity of Modern Capitalism*, Oxford University Press.

Baker D., A. Glyn, D. Howell, J. Schmitt, 2002, Labor Market Institutions and Unemployment: A Critical Assessment of the Cross-Country Evidence, Center for Economic Policy Analysis, *CEPA Working Paper 2002-17*, New School University.

Bernstein L., 1992, Opting Out of the Legal System : Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, *Journal of Legal Studies*, (21).

Berta, N. et M. Pucci, 2006, Les licenciements comme source d'externalités. Incitations fiscales versus protection juridique de l'emploi, colloque *Etat et régulation sociale*, 11-12-13 septembre, Paris 1.

Bertola G., T. Boeri, S. Cazes, 2000, Employment protection in industrialized countries: the case for new indicators, *International Labour Review*, 139 (1)

Blanchard O., J. Wolfers, 2000, The Role of Shocks and Institutions in the Rise of European Unemployment: the Aggregate Evidence, *Economic Journal*, vol. 110.

Blanchard O. et J. Tirole, 2003, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, rapport du Centre d'Analyse Economique, Paris, La Documentation française.

Blanchet D., 2005, *Analyse exploratoire des indices proposés par le rapport Doing Business 2005 de la Banque mondiale*, note non publiée, INSEE, Département des Etudes Economiques d'Ensemble, 15 pages.

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

Calabresi G., A. Melamed, 1972, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, *Harvard Law Review*, 85 (66), pp-1089-1128.

Booth A.L., A. McCulloch, 1996, Firing Costs, Unions and Employment, *Centre for Economic Performance Discussion Paper* No. 1347.

Botero J., S. Djankov R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, 2004, The Regulation of Labor, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 119, n° 4, nov., pp. 1339-1382.

Cahuc P. et F. Kramarz, 2004, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, rapport au Ministre de l'économie et des finances et au Ministre de l'emploi.

Cahuc P., 2003, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, rapport au Centre d'organisation économique, Chambre de commerce et d'industrie de Paris.

Djankov S., R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, 2003, Courts, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, n° 3, Mai, pp. 453-517.

Ellickson R., 1991, *Order Without Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Gaudu F., 2005, Des illusions des juristes aux illusions scientifiques, in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail au défi de l'économie*, Paris, Dalloz, pp. 101-112.

Gautié J., 2003, Quelle troisième voie ? Repenser l'articulation entre marché du travail et protection sociale, *Documents de travail du Centre d'Etudes de l'Emploi*, n° 30.

Gautié, J., 2005, Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexibilité, *Droit social*, n°1, pp. 3-11.

Grégoir S., F. Maurel, 2003, Les indices de compétitivité des pays : interprétation et limites, complément A du rapport *Compétitivité* du Conseil d'Analyse Economique (Sous la direction de M. Debonneuil et L. Fontagné), Paris, La Documentation française, pp. 97-132.

Howell, D., D. Baker, A. Glynn, J. Schmitt, 2006, Are Protective Labor Market Institutions Really at the Root of Unemployment? A Critical Perspective on the Statistical Evidence, document non publié.

Jeammaud A., 1993, Les règles juridiques et l'action, *Recueil Sirey-Dalloz*, Chronique, pp. 207-212.

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

Kirat T. (dir.), 2003, *Les mondes du droit de la responsabilité. Regards sur le droit en action*, L.G.D.J., coll. Droit et Société.

Lindbeck A., D.J. Snower, 1986, Wage-Setting, Unemployment and Insider-Outsider relations, *American Economic Review*, May.

Melot, R., 2005, Les transactions lors de ruptures de contrats de travail, *Travail et emploi*, n° 104, oct.-déc., pp. 85-95.

Morgan J., Mourougane A., 2001, What Can Changes in Structural Factors Tell Us About Unemployment in Europe? *European Central Bank Working Paper* No. 81.

Munoz-Perez, B. et E. Serverin, 2005, *Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993-2004*, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Cellule Etudes et Recherches, novembre, 77 pages + annexes.

OCDE, *Perspective de l'emploi 2004*.

OCDE, *Perspective de l'emploi 2006*.

Pucci M. et J. Valentin, 2005, Le renchérissement des CDD peut être favorable à l'emploi : une analyse des décisions des entreprises en environnement incertain, *Annales d'économie et de statistiques*, n° 78.

Scrapetta, S. 1996, Assessing the role of labour market policies and institutional settings on unemployment. A cross-country study, *OECD Economic Studies*, 26, pp. 43-98

Siems, M., 2005, Numerical Comparative Law: Do We Need Statistical Evidence in Order to Reduce Complexity, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Cardozo Journal of International and Comparative Law, 13, pp. 521-540.

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, p.19-94.

Tableau 1 - Mesure de la réglementation de l'emploi selon Botero et al. (2004)

Variable	Description
1. Droit de l'emploi (employment law)	
Contrats de travail alternatifs	Mesure de l'existence et du coût de contrats de travail alternatifs au contrat standard (CDI)
Coût de l'augmentation des heures ouvrées	En référence à la durée maximale annuelle de travail autorisée dans le pays. L'impossibilité pour les firmes de dépasser le plafond implique le recrutement de nouveaux salariés
Coût du licenciement	Mesure dans l'hypothèse du licenciement de 20% des effectifs : salaires versés dans la période de préavis, indemnité de rupture, pénalités en cas de licenciement de salariés protégés
Procédures de licenciement	Conventionnelles ou législatives. Autorisation administrative, consultation du CE, reclassement...
<i>Indice de droit du travail (employment law index)</i>	<i>Mesure de la protection des salariés comme moyenne des 4 sous-indices</i>
2. Droit des relations collectives	
Pouvoir des syndicats	A partir des variables muettes : liberté de se syndiquer, droit à la négociation collective, extension des accords collectifs, etc.
Conflits collectifs	Mesure de la protection des salariés lors de conflits collectifs à partir des variables muettes : légalité ou illégalité du lock-out patronal, des grèves de soutien à d'autres salariés en conflit, recours à l'arbitrage, possibilité de recourir à d'autres salariés pour remplacer les grévistes...
<i>Indice du droit des relations collectives (collective relations law index)</i>	<i>Mesure de la protection des salariés comme moyenne des 2 sous-indices</i>
3. Droit de la protection sociale	
Retraites, handicap, décès	Mesure du bénéfice de la retraite, handicap, décès comme moyenne des variables : différence entre âge de la retraite et espérance de vie dans le pays ; nombre de mois de cotisation pour une retraite à taux plein ; part des cotisations sociales des travailleurs dans le salaire ; part de la pension du retraité par rapport au dernier salaire
Maladie	Mesure du bénéfice de l'assurance maladie comme moyenne des variables : nombre de mois de cotisation requis pour l'ouverture des droits ; part des cotisations dans le salaire ; temps avant ouverture des droits ; part de l'indemnité par rapport au salaire
Chômage	Mesure du bénéfice de l'assurance maladie comme moyenne des variables : nombre de mois de cotisation requis pour l'ouverture des droits ; part des cotisations dans le salaire ; ; temps avant ouverture des droits ; part de l'indemnité par rapport au salaire pour une durée de chômage indemnisé d'un an
<i>Indice de droit de la protection sociale (social security laws index)</i>	<i>Mesure du bénéfice de la protection sociale comme moyenne des 3 sous-indices</i>
4. Variables politiques	
Couleur politique de l'exécutif ou du Parlement (gauche – centre)	Entre 1928 et 1995
Densité syndicale	
Autocratie	
Représentation proportionnelle	
démocratie	

Tableau 2 - Composition de l'indicateur "Flexibilité du recrutement" de Doing Business

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

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

Tableau 3 - Composition de l'indicateur "Conditions de l'emploi" (*conditions of employment*) de Doing Business

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

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

Tableau 4 - Composition de l'indicateur "flexibilité du licenciement" de Doing Business

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

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

Tableau 5 - Exemples de mesures (*Doing Business*, 2004)

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

Source : Doing Business, 2004.

Tableau 6 – Les indicateurs de législation de protection de l'emploi de l'OCDE

Partie A. Licenciements individuels de salariés en contrat régulier

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

Partie B. Emploi temporaire

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

Partie C. Licenciements collectifs

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

Tableau 7 – Le système de pondération et les indicateurs synthétiques de l'OCDE

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

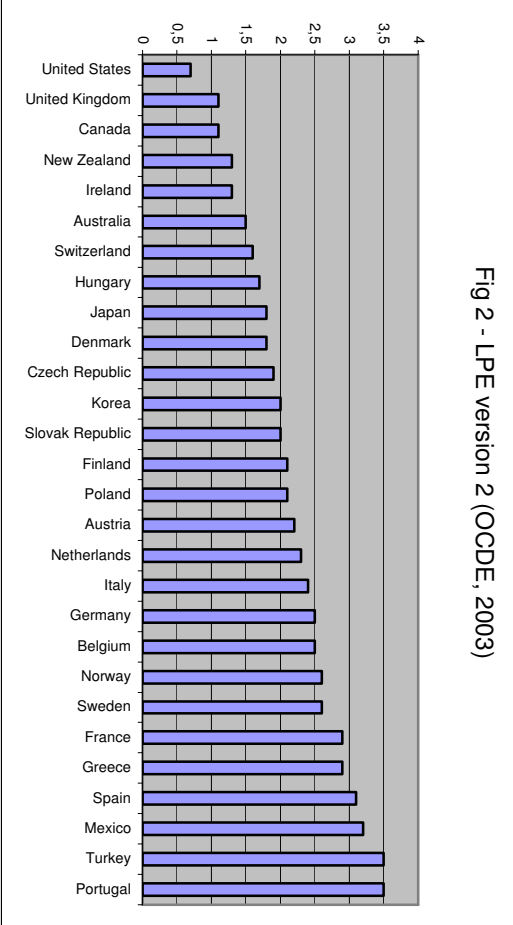
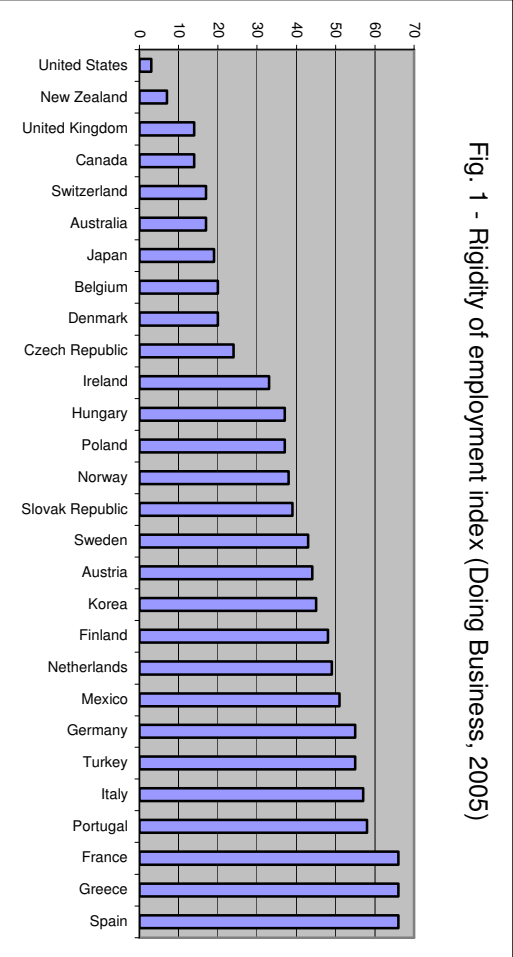


Tableau 8 – Comparaison de deux indicateurs de réglementation du licenciement

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

Tableau 9 – Comparaison des classements de 28 pays de l'OCDE

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

Tableau 10 – Régressions de la croissance du PIB/tête, du taux d'IDE, de la FBCF et d'IDH sur le niveau du PIB/tête et l'indicateur global de facilité à faire des affaires

Variables explicatives	Variables expliquées			
	Δ PIB/tête	IDE	FBCF	IDH
PIB/tête	-0,000962 (-3,21)	0,0000998 (1,58)	-0,0001327 (-1,73)	0,0000069 (4,77)
I_GLOBEQ	-0,0315936 (-4,24)	-0,009475 (-0,60)	-0,04367 (-2,29)	-0,002371 (-6,61)
Constante	4,82913 (7,05)	4,113988 (2,85)	25,59038 (14,67)	0,8121173 (24,60)
R ²	0,1229	0,0555	0,0398	0,5897

statistiques de Student entre parenthèses – Contrôle limité au PIB/tête

Source : Blanchet, 2005, p. 6.

N.B. : l'indice I_GLOBEQ étant une variable de rang (croissante avec les difficultés à faire des affaires), il est logique de s'attendre à ce qu'il ait un effet négatif sur les variables considérées ici.

Tableau 11 – Corrélations entre l'indice de droit de l'emploi (de BLLV) et d'autres indicateurs alternatifs

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

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

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

Tableau 12 – Comparaison des effets de la LPE sur le taux d'emploi de certaines catégories selon les Perspectives de l'emploi 2004 et 2006 de l'OCDE

Impact de la LPE sur le taux d'emploi	Perspectives de l'emploi 2004	Perspectives de l'emploi 2006
Des hommes d'âge très actif	Neutre	Neutre
Des femmes d'âge très actif	Négatif	Négatif mais pas significatif
Des travailleurs âgés	Neutre	Positif et significatif
Des jeunes	Négatifs (mais les résultats ne sont pas tous significatifs)	Négatifs et significatifs