Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique

Raphaël DALMASSO [1]

Cette contribution souhaite évaluer d'un point de vue juridique la notion de législation protectrice de l'emploi construite par l'OCDE dans ses Perspectives de l'emploi. *Une étude de deux indicateurs (sur les définitions des licenciements individuels et collectifs) concernant trois pays (France, Italie, Royaume-Uni) permet de mettre en évidence des erreurs importantes dans la compréhension des droits, mais aussi et surtout, plus globalement, de douter de la possibilité même d'un classement rigoureux des ordonnancements juridiques nationaux. Le caractère trop incertain, en droit, de la notion de législation protectrice de l'emploi rend en effet toute notation incertaine, face au caractère souvent ambivalent des normes juridiques. Au final, il convient donc de séparer l'action de comparaison, essentielle à la compréhension des normes nationales et étrangères, qu'il faut encourager, de l'action de notation, qui ne saurait refléter la réalité des systèmes juridiques.*

Depuis les années 1990, l'OCDE se livre périodiquement à une évaluation des règles relatives au licenciement, pour les intégrer dans une notation globale dite de « législation protectrice de l'emploi » (LPE, ou EPL dans les textes en anglais). La thèse principale soutenue par l'OCDE est la suivante : les législations protectrices de l'emploi, et en particulier celles encadrant les licenciements, renforcent la stabilité de l'emploi des salariés en poste, et protègent donc leurs emplois. Cependant, les contraintes imposées aux entreprises, si elles sont excessives, peuvent pénaliser la création

1. Maître de conférences à l'Université de Lorraine, chercheur associé au Centre d'études de l'emploi.

d'emplois en dissuadant d'embaucher (OCDE, 2013:68) [2]. Complétant l'analyse de l'OCDE, et faisant le constat que la législation française est trop protectrice de l'emploi, un rapport écrit par deux économistes renommés (Blanchard, Tirole, 2003) a plaidé dès 2003 pour une forte simplification, en droit français, du droit du licenciement, et en particulier du droit du licenciement économique, au profit, pour ce dernier, de l'instauration d'un mécanisme de taxation des licenciements (Blanchard, Tirole, 2003:10 et s. [3]). Les notations effectuées par l'OCDE constituent donc la source de l'argumentation de nombreux économistes contre le droit actuel du travail français, et en particulier du licenciement économique.

Cette thèse relevant de la science économique a d'ores et déjà fait l'objet de nombreuses critiques, notamment sur l'indicateur de protection de l'emploi qui la sous-tend. Certains postulats méthodologiques, comme le codage du droit avec des notes attribuées de 1 à 6, sont vivement remis en cause, notamment dans les biais générés pour l'analyse (Kirat, 2007:85 et s. [4]). De plus, les codifications ont tendance à nier certaines particularités propres à certains systèmes juridiques (Dalmasso, Kirat, 2009 [5]). Un auteur préconise ainsi des améliorations des dispositifs de notation, en lançant des

2. Pour une présentation plus exhaustive du raisonnement, voir OCDE (2005:3 et s.). Ce rapport insiste sur l'exclusion de l'emploi des salariés les plus faibles : « Comme la protection de l'emploi tend à freiner aussi bien les licenciements que les recrutements, son impact global sur le chômage n'est pas clairement établi […]. Cela dit, ses effets varient selon les catégories de population. Ainsi les nouveaux entrants sur le marché du travail (essentiellement les jeunes) et les réentrants (essentiellement les femmes, qui sont plus nombreuses que les hommes à alterner entre périodes d'emploi et périodes d'inactivité, notamment lorsqu'elles cherchent à concilier les exigences de la vie professionnelle et de la vie familiale) sont davantage pénalisés par la raréfaction des possibilités d'embauche, tout en étant peu concernés par une réduction des nombres de licenciements ».
Voir enfin les éditions précédentes des *Perspectives de l'emploi* ayant évalué les législations protectrices de l'emploi, notamment les éditions 1999 et 2004.
3. « Notre première recommandation : la responsabilisation financière des entreprises par le choix d'un taux de contribution positif mais inférieur à l'unité. Dans le système actuel, les entreprises qui veulent licencier sont sujettes à un contrôle administratif et judiciaire lourd. Leurs décisions, que ce soit en matière de licenciements individuels ou collectifs, peuvent être le plus souvent contestées. Ceci se comprend dans un système où, comme à l'heure actuelle, les entreprises ne sont que faiblement financièrement responsabilisées. Ceci n'est plus justifié si elles le deviennent. D'où notre deuxième recommandation : une simplification du processus administratif et une diminution du rôle des instances judiciaires dans le processus de licenciement. Soyons plus précis : le système judiciaire doit conserver son droit de regard sur la dénomination des départs. Pour éviter de payer les indemnités de licenciement, et, comme nous le proposons, les versements à la caisse d'assurance chômage, l'entreprise peut vouloir déclarer que le licenciement est dû à une faute du salarié, ou vouloir harceler le salarié pour qu'il parte "volontairement ". Le rôle du juge est alors de vérifier, si le salarié en fait la demande, qu'un licenciement pour raison économique n'a pas été transformé en licenciement pour faute ou démission. […] Par contre les juges ne doivent pas se substituer au jugement de l'entreprise dans sa gestion, car ils n'en ont ni la compétence ni en général l'information nécessaire, sans mentionner le manque de critères précis guidant leur intervention. Si l'entreprise reconnaît l'acte de licenciement et est prête à en supporter les coûts, le rôle du juge doit alors être confiné à la vérification de la procédure. […] D'où notre troisième recommandation : il est essentiel de retourner à un système unique, mais modulé de façon à faciliter l'entrée des jeunes sur le marché du travail et la réinsertion des chômeurs […] ». Voir également Camdessus (2004), Cahuc, Zylberberg (2004), Cahuc, Kramarz (2005).
4. L'auteur compare les indicateurs de protection de l'emploi à des « géants aux pieds d'argile », trop imparfaits et ambigus pour être un outil de réforme du marché du travail. Voir aussi Serverin, Valentin, Kirat *et alii* (2008) : dans cet article, l'utilisation de la perspective contentieuse permet de critiquer les indicateurs de protection de l'emploi, car ceux-ci ne capturent pas les effets de la mise en œuvre du droit. Voir enfin Gautié (2005:3).
5. L'article met notamment en exergue la difficulté particulière de l'opération de comparaison et d'évaluation entre pays de *common law* et ceux de droit continental.

travaux alliant expertise économique et droit comparé, et en réhabilitant les monographies (du Marais, 2013 [6]).

Pour compléter ces recherches, et évaluer sous un jour inédit les indicateurs de protection de l'emploi, nous avons ici choisi de nous livrer à une *étude de droit positif comparé*, sans discuter, au moins dans un premier mouvement, de la pertinence de ces indicateurs. Pour ce faire, nous avons repris les dernières notes données par l'OCDE aux législations, pour essayer de comprendre concrètement comment elles sont attribuées, avec quelle logique, quelle méthode, et quelle conception de la notion de législation protectrice de l'emploi.

Dans un premier temps, nous nous intéresserons donc à la manière de noter par l'OCDE, en analysant juridiquement certaines notes données pour trois pays différents (I). Nous constaterons que les notes données ne transcrivent bien souvent pas la complexité juridique propre à chaque ordonnancement national, et que des erreurs, assez importantes, peuvent être commises.

Dans un second temps, nous nous interrogerons sur la manière dont a été construit l'indicateur de législation protectrice de l'emploi. En effet, certaines normes, authentiquement protectrices des contrats de travail, et largement utilisées, sont absentes, sans qu'il y ait de raison apportée. Plus globalement, cet indicateur nous conduit à nous poser la question, en droit, de la signification d'une législation protectrice de l'emploi. Aucune définition n'est donnée, et ce qualificatif n'est pas si évident à attribuer à une législation, comme le montre le droit du licenciement économique. Dès lors, nous pourrons poser que la notion même de LPE ne saurait avoir, en l'état, un caractère suffisamment stable pour pouvoir faire l'objet de notations comparées (II).

I. Évaluer juridiquement les notations

La possibilité même de noter une législation est, certainement, discutable. Le droit, les juristes le savent, est souvent, dans ses énoncés, ambivalent, donc délicat à évaluer, et encore plus à noter (Lyon-Caen, 1995:6 [7]). Cependant, il semble légitime, dans un objectif d'analyse économique du droit, de se livrer à des comparaisons et des évaluations internationales. Celles-ci, pour être mises en perspective en sciences économiques, vont ainsi être transposées en chiffres pour les comparer. Si la tâche est complexe, l'objectif de noter les législations n'apparaît ni scandaleux, ni inutile, ni, à première vue, impossible.

6. Voir aussi, concernant l'indicateur Doing Business, du Marais (2006:59-63).
7. « Les règles juridiques ne sont, dans cette province du droit, jamais univoques. Elles seront utilisées par les entreprises ou par les syndicats, par l'employeur ou par le salarié selon leur intérêt du moment. »

Encadré

Méthodologie construite par l'OCDE permettant de définir les indicateurs de protection de l'emploi

Les indicateurs de l'OCDE du degré de protection de l'emploi sont établis à partir de 21 éléments qui quantifient les trois différents aspects de la réglementation sur la protection de l'emploi en vigueur au 1er janvier de chaque année :

- le licenciement individuel de travailleurs titulaires de contrats réguliers : ce sous-indicateur prend en compte trois aspects de la protection en cas de licenciement : (i) contraintes de procédure auxquelles l'employeur se trouve confronté lorsqu'il souhaite procéder à un licenciement – par exemple, obligations de notification et de consultation ; (ii) délai de préavis et indemnités de licenciement, lesquelles varient, en règle générale, en fonction de l'ancienneté du salarié ; et (iii) difficulté de licencier, ce qui renvoie aux circonstances dans lesquelles il est possible de licencier et aux répercussions que cela a, pour l'employeur, si un licenciement est jugé abusif (par exemple, indemnisation et obligation de réintégration) ;

- les surcoûts en cas de licenciement collectif : la plupart des pays imposent des délais accrus, des surcoûts ou des obligations de notification plus lourdes lorsqu'un employeur licencie en une seule fois un grand nombre de travailleurs. Ce sous-indicateur ne prend en compte que les surcoûts que l'employeur doit supporter par rapport à un licenciement individuel. Il ne reflète pas le degré global de rigueur de la réglementation en cas de licenciement collectif, lequel correspond au coût des licenciements individuels plus les éventuels surcoûts en cas de licenciement collectif ;

- la réglementation visant les contrats de travail temporaire : ce sous-indicateur prend en compte la réglementation visant les contrats de durée déterminée et les contrats de travail temporaire, lorsque ce type de contrat est autorisé, et leur durée. Cette mesure prend aussi en compte la réglementation régissant les conditions de création et de fonctionnement des agences d'intérim et l'obligation qui leur est faite d'assurer aux travailleurs qu'elles emploient les mêmes conditions de rémunération et/ou de travail que celles dont bénéficient des travailleurs équivalents dans l'entreprise utilisatrice, ce qui peut renchérir le coût du recours à des travailleurs intérimaires plutôt que d'embaucher des travailleurs sous contrat permanent.

Source : http://www.oecd.org/fr/emploi/emp/lesindicateursdelocdesurlaprotectiondelemploi.htm#metho.

Il est donc fort compréhensible, de la part d'un organisme comme l'OCDE, de noter et classer les législations. Le premier but, en tant que juriste, est uniquement de voir à quoi concrètement correspondent ces notes. Le choix de la France, de l'Italie et du Royaume-Uni s'est rapidement imposé. Comparer des pays relativement proches [8] semble tout d'abord

8. Ces pays industrialisés appartiennent à la même aire géographique, ont un PIB comparable, et sont anciennement membres de l'Union européenne (soit membre fondateur, soit membre depuis 1973).

pertinent, car les « bonnes » législations pourraient sans trop de difficultés être transposées d'un pays à un autre, surtout à l'intérieur de l'Union européenne. En outre, dans ces trois pays, les notations ne sont pas équivalentes : le Royaume-Uni est présenté comme un pays à faible législation protectrice de l'emploi, tandis que la France et l'Italie sont présentées comme des pays à forte protection de l'emploi. Ainsi, le Royaume-Uni se voit attribuer la bonne note de 1,62, soit juste derrière les notes des États-Unis et du Canada, tandis que la France et l'Italie, avec respectivement 2,82 et 2,79, apparaissent comme des législations particulièrement rigides, comparables à des pays comme l'Argentine (2,86), la Russie (2,47) ou le Portugal (2,69).

Tableau 1. Indicateurs de l'OCDE en matière de législation protectrice de l'emploi, données 2013*

	Protection des travailleurs permanents contre les licenciements individuels et collectifs	Protection des travailleurs permanents contre les licenciements individuels	Réglementation additionnelle applicable aux licenciements collectifs
France	**2,82**	2,60	3,38
Italie	**2,79**	2,41	3,75
Royaume-Uni	**1,62**	1,12	2,88

* Droits applicables au 1er janvier 2013 pour les pays concernés. Pour la France, la réforme issue de la loi de sécurisation de l'emploi n'a donc pas été prise ici en compte. Échelle de 0 (législation la plus faiblement possible protectrice de l'emploi) à 6 (législation la plus fortement possible protectrice de l'emploi). Pour le tableau plus complet de l'intégralité des pays, www.oecd.org/employment/protection.

Ces notes sont établies à partir d'un questionnaire comportant, en tout, 21 critères [9], correspondant à autant de questions et de notes. Ces critères sont divisés en trois catégories : les critères relatifs à la protection de l'emploi en cas de licenciement individuel (critères 1 à 9) ; les critères correspondant à la protection de l'emploi et la règlementation des emplois temporaires (critères 10 à 17), et enfin les critères relatifs à la protection de l'emploi pour les licenciements collectifs (critères 18 à 21). Les notations dans le tableau 1 n'intègrent donc pas les critères, hors-sujet ici, relatifs au travail temporaire.

Il convient de vérifier comment, concrètement, sont décernées ces notes, en cherchant des questions pour lesquelles la notation entre pays s'avère très différente.

Deux critères, un relatif au licenciement individuel, et un relatif au licenciement collectif, ont retenu notre attention : le critère n° 5 sur le licenciement abusif, et le critère n° 18 sur le licenciement économique collectif.

9. Voir en annexe les différents critères définis par l'OCDE, et les indications sur la détermination des notations.

Ils témoignent de deux types d'erreurs distinctes pouvant être commises dans l'opération de notation et de comparaison des droits.

I.1. L'évaluation du critère n° 5 relatif au « licenciement justifié ou abusif », ou l'erreur sur le droit applicable

Concernant les licenciements individuels, nous avons retenu le critère n° 5, sur la définition du licenciement justifié ou abusif. Les législations peuvent avoir une note entre 0 et 3, à laquelle est attribué un coefficient de 2. La notice technique de l'OCDE relative au calcul d'indicateur synthétique du degré de rigueur de la protection de l'emploi fournit les indications suivantes relatives à la notation (annexe, critère n° 5). La note de 0 doit être mise « lorsque les compétences du travailleur ou le caractère redondant du poste constituent des motifs appropriés et suffisants pour un licenciement ». Cette note correspond donc à une législation donnant la flexibilité jugée maximale par l'OCDE en matière de motivation du licenciement. La note de 1, relative à des législations un peu moins flexibles, est attribuée lorsque « les facteurs sociaux, l'âge ou l'ancienneté doivent, autant que possible, être pris en compte dans la sélection du ou des travailleurs à licencier ». La note de 2 doit être donnée « lorsqu'un reclassement et/ou une reconversion visant à former le salarié à un travail différent doivent être proposés avant de procéder au licenciement ». La note de 3 concerne enfin les législations interdisant le licenciement fondé sur les compétences du salarié.

Concernant cette question, les notations ont été les suivantes :

France : 4 (soit 2, coefficient 2) ;

Italie : 4 (soit 2, coefficient 2) ;

Royaume-Uni : 0.

Afin de justifier les notations, l'OCDE a publié en ligne sur son site Internet les descriptions détaillées des appréciations données à chaque pays [10]. Ces descriptions sont censées justifier les notes données à chaque question pour chaque pays.

Concernant la France, l'OCDE a indiqué que les licenciements peuvent être personnels ou économiques, et qu'ils doivent être toujours motivés par une cause réelle et sérieuse. L'OCDE précise que les licenciements peuvent être justifiés par les causes de faute professionnelle, incompétence ou inaptitude [11]. Cette caractéristique permet d'ores et déjà d'exclure la plus mauvaise note (3), qui est attribuée au États n'autorisant pas le licenciement fondé sur les compétences professionnelles. L'OCDE précise aussi que le licenciement économique doit reposer sur un motif économique,

10. OECD EPL database, update 2013, *Detailed description of employment protection legislation*, 2012-2013.
11. « *Professional misconduct, incompetence, inaptitude* ».

et que l'employeur est soumis à une obligation de reclassement figurant à l'article L. 1233-4 du Code du travail [12]. Elle indique également qu'un licenciement économique est sans cause réelle et sérieuse lorsqu'il repose sur le motif de faire du profit ou d'économiser de l'argent [13].

Concernant l'Italie, l'OCDE indique que les licenciements sont possibles pour juste cause ou juste motif, pour des raisons subjectives ou objectives. L'OCDE insiste également, pour le droit italien, sur l'existence d'une forte obligation de reclassement, appelée localement obligation de « repêchage [14] ». L'OCDE n'hésite pas ici à signaler les jurisprudences applicables, l'obligation de repêchage ne figurant dans aucun texte d'origine législative ou réglementaire.

Les droits français et italien sont décrits ici de manière un peu superficielle. Par exemple, pour le droit français, on sait que le licenciement économique n'est pas défini que par le motif de difficultés économiques. Il existe également un autre motif légal, la mutation technologique, et deux motifs jurisprudentiels, la cessation d'activité [15] et la réorganisation dans un but de sauvegarde de la compétitivité [16], donnant à l'employeur licenciant de nouveaux motifs théoriquement recevables. Ainsi, il est imprécis de dire qu'un employeur ne peut pas licencier uniquement pour faire des économies, voire du profit : une entreprise qui licencie avec le motif de mutation technologique, voire même pour réorganisation dans un but de sauvegarde de la compétitivité, peut très bien avoir une situation financière saine. La présentation qui est faite du licenciement économique français n'est donc pas tout à fait exacte, la motivation économique étant plus largement appréhendée et acceptée par les juges que ne le sous-entend l'OCDE.

Pour les deux droits, l'organisation insiste par contre de manière complète sur l'obligation, lourde pour l'employeur, de reclassement. Pour la France, cette obligation est légale, pour l'Italie, jurisprudentielle. On voit ici un progrès dans l'appréhension des droits par l'OCDE, celle-ci ayant, pendant longtemps, eu du mal à intégrer les sources jurisprudentielles dans son indicateur. Pour ces deux pays, il est exact de souligner que l'obligation de reclassement existe et implique pour l'employeur des contraintes supplémentaires. En ce sens, il n'y a pas d'erreur commise par l'OCDE, et

12. « *The employer must justify economic grounds in order to dismiss an employee*. […] *Dismissal of an employee on economic grounds can be contemplated only once all efforts have been made with regard to retraining and if the employee cannot be reassigned within the firm or the enterprises of the group to which the firm in question belongs*. »
13. « *For a dismissal claimed to be an economic grounds, the sole aim of saving money or boosting the firm's profits cannot be used as an argument to define economic difficulties*. »
14. « *The notion that repechage must be attempted prior to dismissal is very extensive in case law and applies also to other companies of the same group*. »
15. Cass. soc., 16 janvier 2001, Morvant, *Bull. civ*. V., n° 10 ; voir J. Savatier, « La cessation d'activité de l'entreprise, motif économique de licenciement », *Dr. soc*., avril 2001, p. 413.
16. Cass. soc., 5 avril 1995, Thomson Videocolor, *Bull. civ*. V., n° 123 ; *Dr. soc*., mai 1995, p. 487, avec les commentaires de P. Waquet, « Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique », p. 482, et de G. Lyon-Caen, « Le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », p. 489.

l'attribution de la note de 2 coefficient 2 peut se comprendre. Il est cependant permis de critiquer le choix de donner une telle importance à l'obligation de reclassement dans la notation des licenciements individuels. En effet, en France comme en Italie, cette obligation n'est valable que pour les licenciements économiques (individuels ou collectifs) et les licenciements de salariés inaptes, et ne concerne donc pas les autres types de licenciements personnels, comme par exemple les licenciements pour faute. En outre, concernant les licenciements économiques, cette obligation est proportionnelle aux moyens dont dispose l'entreprise, et à sa taille [17], et sera donc beaucoup plus contraignante pour une grande entreprise licenciant pour motif économique collectif que pour une petite entreprise effectuant un licenciement économique individuel. En conclusion, cette obligation de reclassement aurait selon nous une place plus pertinente dans les indicateurs d'évaluation des licenciements collectifs.

Dans la logique de l'OCDE, la note de 4 attribuée aux droits français et italien trouve donc une explication, mais la pertinence des critères de notation peut être discutée.

Pour le droit du Royaume-Uni, l'OCDE est assez lacunaire. L'organisation indique, concernant les licenciements justifiés, qu'ils peuvent concerner les hypothèses d'incompétence professionnelle, de faute du salarié, de sureffectifs, ou d'impossibilité légale de continuer la relation de travail [18]. À l'inverse, les licenciements sont injustifiés s'ils sont motivés par l'appartenance syndicale du salarié, sa situation de grossesse ou de maternité, ou si le salarié a soulevé un problème lié à la santé ou la sécurité [19]. Il n'y a pas de précision sur l'obligation de reclassement, laissant supposer que celle-ci n'existe pas. La note donnée est donc 0, soit la meilleure note possible.

La principale différence entre les droits français et italien et le droit du Royaume-Uni porte donc sur le reclassement. Les motifs recevables et ceux non recevables sont en effet assez comparables, même si on peut soutenir que les motifs économiques sont plus largement autorisés au Royaume-Uni qu'en France (Monkam, Saincaize, 2013:5 et s. [20]).

17. Arrêt Thomson Videocolor, précité, qui dès 1992 précise que le reclassement s'apprécie au niveau du groupe auquel appartient l'employeur. En matière de « grands licenciements » économiques collectifs, il faut préciser qu'une seconde obligation de reclassement se situe à l'intérieur même du plan de sauvegarde de l'emploi (art. L. 1233-61 C. trav.), et que cette obligation est « proportionnelle aux moyens dont dispose l'entreprise » (Cass. soc., 28 mars 2000, Lasnon, *Bull. civ*. V., n° 131, *Dr. soc*., juin 2000, p. 600).
18. « *Capability, qualification or conduct of the employee, because he/she is redundant, because continued employment would be illegal, or some other substantial reason*. »
19. « *Trade union activity, health and safety whistleblowing, pregnancy or maternity, and the national minimum wage*. »
20. « La Grande-Bretagne a adopté une définition extensive du licenciement économique. Cette approche très large, indépendante de toute notion de difficultés économiques, permet par exemple à une entreprise britannique de licencier massivement tous les salariés qui ne seraient pas d'accord avec l'adoption d'une nouvelle organisation modifiant les conditions de travail. » Pour répondre à ces auteurs, le licenciement pour réorganisation est cependant également possible en France, mais est certainement plus limité par la jurisprudence.

Cependant, une étude du droit du Royaume-Uni montre que celui-ci dispose d'une forme d'obligation de reclassement, pouvant également jouer sur la validité des ruptures. En effet, l'Employment Rights Act de 1996 [21] prévoit qu'un salarié licencié pour motif économique n'a pas le droit aux indemnités spécifiques de licenciement s'il refuse une proposition alternative d'emploi [22]. Ce texte ne prévoit, à la première lecture, qu'une obligation à la charge du salarié : accepter les offres alternatives d'emploi de l'employeur, ou perdre certaines indemnités propres aux licenciements économiques. Cependant, en pratique, le texte de l'Employment Rights Act de 1996 impose aussi à l'employeur licenciant pour motif économique de proposer au salarié des postes alternatifs, obligation pouvant pleinement s'analyser en une obligation de reclassement française, ou de repêchage italienne. L'Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS [23]), dans une fiche de bonne application du droit, précise que les tribunaux du travail ont décidé qu'il était de la responsabilité de l'employeur de proposer des offres alternatives d'emploi en cas de licenciement économique dans un délai de quatre semaines à compter de la rupture [24]. Un professeur britannique, interrogé par la *Revue de droit du travail* (Collins, 2013), confirme l'existence de cette obligation, et que son manquement rend le licenciement illégitime [25]. Un arrêt [26] valide cette interprétation en indiquant que la définition du licenciement illégitime comprend implicitement le manquement à l'obligation de reclassement [27].

21. Employment Rights Act 1996, section 141.
22. « *An employee who is dismissed by reason of redundancy will not be entitled to statutory redundancy pay if he or she unreasonably refuses the employer's offer of suitable alternative employment*. »
23. Il s'agit d'un organisme indépendant, créé en 1974 pour régler amiablement les litiges du travail. Depuis l'Employment Rights Dispute Resolution Act de 1998, il intervient dans les litiges entre salariés et employeurs en ayant l'obligation de proposer une tentative de conciliation. Il édite également des règles de bonne conduite, qui synthétisent le droit applicable issu des textes écrits et jurisprudentiels.
24. ACAS, Redundancy handling : « *Employment tribunals have held that it is the employer's responsibility to show that an offer of an alternative job has been made. Any offer should therefore be put in writing, even where the employer believes that it may be rejected. The offer should show how the new employment differs from the old and by law must be made before the employment under the previous contract ends. The offer must be for the new job to start either immediately after the end of the old job or after an interval of not more than four weeks*. »
25. « *There is no express statutory duty placed upon employers to search for alternative employment for a redundant employee within the organisation or to offer dismissed workers any alternative employment that might be available. But failure to do so might provide an employee with grounds to challenge the fairness of selection for redundancy. It has become a standard interpretation of the requirement of fairness in relation to redundancy dismissals that, as well as consideration of the issues of consultation and unfair selection, a tribunal should also consider whether the dismissal was unfair due to a failure by the employer to seek an alternative employment for the employee*. » Traduction : « Il n'y a pas d'obligation légale à la charge de l'employeur de chercher un emploi alternatif pour un salarié licencié pour motif économique à l'intérieur de l'entreprise ou d'offrir d'autres emplois alternatifs. Mais ne pas le faire pourrait conférer au salarié des raisons de contester le caractère juste de la sélection des salariés licenciés. C'est devenu une interprétation standard dans les demandes relatives aux licenciements économiques que, comme celles relatives à la sélection illégitime, un tribunal pourrait aussi considérer que le licenciement était illégitime par un manquement de l'employeur de rechercher un emploi alternatif pour les salariés. »
26. Langston v. Cranfield University [1998] IRLR 172 (EAT).
27. « *Where an applicant complains of unfair dismissal by reason of redundancy we think that it is implicit in that claim, absent agreement to the contrary between the parties, that the unfairness incorporates unfair selection, lack of consultation and failure to seek alternative employment on the part of the employer*. »

Concernant l'obligation de reclassement, l'OCDE a donc, de manière assez étrange, considéré que le Royaume-Uni ne la prévoyait pas, alors qu'elle ressort d'une interprétation considérée désormais comme « standard » de l'Employment Rights Act de 1996. Elle a par contre à juste titre mentionné l'obligation légale française, et même jurisprudentielle italienne, alors que cette dernière n'est, de par son statut uniquement prétorien, guère facile à déceler ni à décrire. La différence importante entre la très bonne note du Royaume-Uni (0) et les très mauvaises notes française et italienne (4) en matière de définition du licenciement individuel n'est donc pas justifiée. De plus, comme nous l'avons déjà indiqué, l'utilisation de l'obligation de reclassement dans ce critère n'est pas pertinente. Il convient donc de se méfier des notes données, le droit n'étant pas appréhendé de la même manière par les agents chargés de le noter et de le décrire.

I.2. L'évaluation du critère n° 18 relatif au licenciement économique collectif, ou l'erreur sur l'enjeu des procédures

L'analyse du critère n° 18 confirme en partie cette analyse. Ce critère porte sur la définition du licenciement collectif, qui sera nécessairement un licenciement de nature économique. L'OCDE a construit une échelle avec des notes de 0 à 4, auxquelles elle applique un coefficient de 6/4, soit 1,5.

La note de 0 correspond à une situation dans laquelle il n'existe pas de réglementation complémentaire pour les licenciements collectifs. La note de 1 est attribuée si une réglementation complémentaire s'applique pour les licenciements de 50 salariés et plus, la note de 2 si elle s'applique pour les licenciements de 20 salariés et plus, la note de 3 si elle s'applique pour les licenciements de 10 salariés et plus, et la note de 4 si une réglementation complémentaire s'applique pour les licenciements en deçà de 10 salariés.

Pour l'OCDE, la situation idéale est donc l'absence de réglementation spécifique relative aux droits des licenciements économiques collectifs, au profit d'une individualisation maximale des licenciements. Ainsi, toute procédure supplémentaire en cas de licenciement collectif est *de facto* considérée comme favorable à la protection de l'emploi.

Pour ce critère n° 18, la France a obtenu la note de 4,5 (soit la note de 3 hors coefficient), l'Italie la note de 6 (soit la note de 4), et le Royaume-Uni la note de 3 (soit la note de 2). Pour formuler autrement, l'OCDE estime qu'il y a une réglementation supplémentaire applicable à la France concernant les licenciements collectifs à partir de 10 salariés, à l'Italie en deçà de 10 salariés, et au Royaume-Uni à partir de 20 salariés.

Concernant le cas français, l'OCDE attribue la note de 3, et indique qu'il existe deux types de procédures de licenciement pour motif économique

collectif, mais que les plus importantes concernent les licenciements de 10 salariés et plus sur une période de 30 jours [28]. L'OCDE a donc bien noté qu'il y avait une procédure spécifique pour les licenciements économiques collectifs dès le licenciement de deux salariés pour motif économique pour une même période de 30 jours, mais préfère quand même estimer que la véritable procédure, la plus lourde, ne commence qu'à partir du licenciement de 10 salariés et plus sur une même période de 30 jours, ce qui explique la note de 3, et pas celle de 4. Dans cette hypothèse, l'OCDE fait preuve d'une certaine mansuétude à l'égard de la France, car, dès la procédure des « petits » licenciements économiques collectifs, les obligations à la charge de l'employeur sont importantes, notamment en matière d'information-consultation du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel.

L'Italie obtient la note de 4. L'OCDE mentionne juste que le seuil de déclenchement de la procédure de licenciement économique collectif est de cinq salariés et plus par unité productive [29], justifiant la plus mauvaise note.

Le Royaume-Uni obtient enfin la note de 2, correspondant à une procédure de licenciement économique collectif spécifique ne commençant qu'à partir de 20 salariés sur une période de 90 jours [30]. Ce point est exact, et la note attribuée est donc en cohérence avec les critères de notation retenus.

Quelques remarques peuvent cependant être faites sur ces notations. Tout d'abord, il faut signaler une convergence certaine des droits des trois pays sur le contenu de la procédure de licenciement économique collectif. Tous ces pays sont en effet liés par les directives communautaires, qui prévoient une consultation des instances de représentation du personnel sur le projet de licenciement collectif. Le contenu et les acteurs de cette consultation diffèrent cependant entre pays. Il aurait pu être intéressant de rentrer dans le détail de ces consultations, en évaluant notamment le pouvoir de contreproposition des instances représentatives des salariés, et le pouvoir de l'administration. Cependant, l'OCDE a préféré ne retenir que le critère simple, mais incomplet, du nombre de salariés minimum nécessaire pour le déclenchement de la procédure spécifique.

28. « *Regulations provide for different arrangements and procedures according to the number of employees concerned (fewer than 10 or 10 or more) by this measure at the same time. For cases of 10 or more dismissals in a given period of 30 days, the employer must comply with significantly more obligations*. »
29. L'article 24 de la loi n° 223/1991 du 23 juillet 1991 indique que la procédure des licenciements économiques collectifs s'impose à toute entreprise ayant plus de 15 salariés et prévoyant au minimum cinq licenciements dans chaque unité productive pendant une période de 120 jours.
30. Disposition figurant dans la section 195 du Trade Union and Labour Act (TURLA) élaboré en 1992. Le Royaume-Uni n'avait que partiellement, dans un premier Employment Protection Act de 1975, transposé le droit communautaire et notamment la directive n° 75/129/CEE du 17 février 1975. Suite à une condamnation de la Cour de justice des Communautés européennes, le Royaume-Uni a opéré, dans le texte de 1992, une transposition complète des directives européennes en matière de licenciement collectif.

Concernant ces décomptes, la note de la France, comparée à celle de l'Italie, n'apparaît pas juste. La France comme l'Italie ont construit une procédure de licenciement économique collectif applicable en deçà de 10 salariés, et auraient donc dû avoir la même note. Il existe donc une différence d'appréciation des deux droits non explicable.

Ensuite, si l'on comprend bien la grille de lecture de l'OCDE, plus la procédure spécifique de licenciement est rare, mieux c'est, et l'idéal, selon l'organisation, serait de ne pas en avoir du tout. La simplicité procédurale pour licencier est donc valorisée, et est un indicateur « positif » dans le calcul de la protection de l'emploi. Pourtant, si l'on détaille un peu plus non pas *la* mais *les* procédures applicables aux licenciements, la lecture change. En effet, en droit français, la soumission à la procédure de « grand » licenciement économique collectif génère des contraintes nombreuses supplémentaires, mais comporte aussi un avantage décisif : l'employeur est dispensé de la réalisation de certaines étapes du licenciement économique individuel comme la convocation et l'entretien préalable au licenciement [31]. Quand on licencie une pluralité de salariés, se passer de toutes ces étapes individuelles est un gain de temps substantiel, et une sécurité juridique supérieure appréciable. Pour formuler autrement la même idée, la procédure de licenciement économique collectif se substitue partiellement aux procédures de licenciements économiques individuels. Or, à l'inverse du droit français, le droit du Royaume-Uni a choisi d'imposer le cumul des procédures. L'apparition de la procédure de licenciement économique collectif ne dispense pas de la réalisation complète, par l'employeur, des procédures de licenciement individuel, comportant notamment une consultation individuelle du salarié. Les deux procédures restent obligatoires, même si elles peuvent parfois se chevaucher [32]. Dans l'appréciation de la simplicité procédurale, pour l'employeur, de licencier, ce point est important, et non pris en compte.

En résumé, si la notation de la France est contestable, les notes de l'Italie et du Royaume-Uni sont conformes aux critères retenus par l'OCDE. La critique sur les notes, et notamment sur la note du Royaume-Uni, porte sur le caractère trop simple du critère retenu : concevoir qu'une législation est plus simple uniquement à partir du critère du nombre de salariés à partir duquel elle s'applique ne reflète pas la réalité de la complexité procédurale propre à chaque pays. La pluralité de procédures individuelles et collectives s'appliquant au droit anglais aurait dû au contraire être considérée comme un élément défavorable par l'OCDE. Plus globalement, on peut, de toute manière, s'interroger sur le dogme de la simplification des procédures. Des textes simples risquent bien souvent d'être lacunaires donc contentieux.

31. Art. L. 1233-28 C. trav.
32. ACAS, « *How to manage collective redundancies* », p. 10 et 12 : « *once collective consultation had been formally closed the business moved to individual consultation* ».

La nouvelle procédure française applicable depuis la loi de sécurisation de l'emploi de 2013 [33] (non intégrée dans ces indicateurs) atteste bien de cette prise de conscience : la procédure nouvelle est expressément plus complexe, avec le renforcement considérable du rôle des syndicats représentatifs et de l'administration du travail. La dilution du pouvoir de l'employeur a cependant l'avantage jugé majeur par le législateur et les partenaires sociaux de renforcer la sécurité juridique de la procédure en prévenant les contentieux. Et surtout, il est enfin permis de remettre en cause globalement ce dogme de sécurisation des procédures. Les procédures de licenciement économique collectif ont pour but premier d'éviter ou de limiter le nombre de licenciements collectifs, le législateur des années 1970 ayant pris en considération l'impact économique et social majeur, sur un bassin d'emploi, desdits licenciements. L'objet même des procédures est donc remis en cause par l'OCDE, dont le modèle (ayant la note de 0) est un droit qui ne conçoit pas l'existence d'une procédure spécifique de licenciement économique en cas de licenciement collectif.

II. Évaluer juridiquement l'évaluation

Les défaillances des notations données par l'OCDE conduisent à remettre en cause la pertinence même d'une telle évaluation, selon deux angles. Tout d'abord, le choix des critères retenus reste insatisfaisant, et non justifié. Plus globalement, la possibilité même d'évaluer le caractère protecteur de l'emploi d'un texte juridique pose problème.

II.1. Une construction non justifiée des indicateurs de protection de l'emploi

Comment évaluer le caractère protecteur de l'emploi d'une législation ? Pour arriver à un résultat, l'OCDE a construit un indicateur synthétique du degré de rigueur de la protection de l'emploi, en fonction de 21 critères (voir annexe) répartis en trois domaines : le droit du licenciement individuel, le droit du licenciement collectif, et les réglementations de formes d'emploi temporaires.

Nous nous concentrerons sur le droit des ruptures du contrat, qui participe largement à la détermination de la note finale, avec neuf critères pour les licenciements individuels et quatre pour les licenciements collectifs. Cette construction n'est pas justifiée, et ne semble pas pertinente.

Les choix des critères donnant lieu à notation demeure tout d'abord mystérieux, et non expliqué. Ainsi, le critère déterminant de la définition du licenciement justifié ou abusif n'est évalué qu'au travers d'un seul critère, largement insuffisant, comme nous l'avons vu, pour appréhender la

33. Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

complexité d'une telle définition. *A contrario*, le préavis fait l'objet de deux notations, à travers le critère 2 (délai avant l'ouverture de la période de préavis) et le critère 3 (durée du délai de préavis). Le préavis est-il un critère deux fois plus important que la définition du licenciement justifié ou abusif ? En outre, si l'on se base sur le droit français, donner des délais de préavis précis est désormais très hasardeux, car nombre de délais sont fixés par des normes négociées (conventions collectives ou accords d'entreprise). De même, l'indicateur 7 prétend vouloir donner une note à partir de « l'indemnité habituelle pour 20 ans d'ancienneté dans l'emploi » en cas de licenciement abusif. Or, il n'existe aucune statistique judiciaire fiable permettant d'énoncer quelles sommes les juges octroient aux salariés. Enfin, le critère 4 concerne les indemnités de cessation d'emploi, qui sont, de plus en plus, réglementées par des normes négociées, donc difficilement quantifiables. En résumé, pour les licenciements personnels, le choix des critères n'est pas justifié, ni compréhensible. Concernant les licenciements collectifs, les mêmes défauts se retrouvent : importance non justifiée accordée au préavis (critère 20), trop brève prise en considération de la définition du licenciement collectif (critère 18), absence de réflexion sur le rôle des syndicats, instances de représentation du personnel et administration du travail.

En outre, pour un juriste, une autre source d'étonnement vient de l'absence de prise en compte de normes *expressément* protectrices des contrats, dans le sens où elles prohibent, pendant une durée déterminée, les licenciements, voire toute forme de rupture. Ces normes constitueraient les hypothèses les plus pures de législation protectrice de l'emploi, et n'ont jamais été intégrées aux indicateurs.

Parmi ces normes, on trouve tout d'abord le transfert du contrat de travail. L'article L. 1224-1 du Code du travail impose la survie du contrat de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur, contredisant le principe civiliste d'effet relatif des contrats. Cette forte protection du contrat, ancienne en France, est aujourd'hui généralisée en Europe *via* la directive CE 2001/23 du 12 mars 2001. Il aurait été intéressant, au moins dans une perspective de comparaison des droits des pays européens, de voir comment le transfert est compris et appliqué par chaque législation.

D'autres normes interdisent également partiellement les ruptures des contrats, en vue de protéger certaines catégories de salariés. C'est le cas, notamment, de la salariée en état de grossesse [34], du salarié gréviste [35] et du

34. Art. L. 1225-4 C. trav. La rupture du contrat de travail d'une salariée en état de grossesse est interdite, sauf faute grave.
35. Art. L. 2511-1 C. trav. Le licenciement d'un salarié gréviste est impossible, sauf en cas de faute lourde.

salarié protégé [36]. Ces normes sont ouvertement protectrices des contrats de travail, et sont pourtant négligées par l'OCDE. Pourtant, soit l'organisme considère que la protection des contrats nuit à l'emploi, et il doit donc prendre en considération tous les freins à la rupture conçus comme également freins à l'embauche, soit il estime qu'il existe des exceptions, et dans ce cas il doit mieux préciser sa notion de législation protectrice de l'emploi.

À l'inverse, des dispositifs favorisant la flexibilité des contrats sont construits par les systèmes juridiques, mais ne sont pas, non plus, pris en considération. En France, ces 20 dernières années, de nouvelles formes de ruptures de contrat de travail sont apparues, et ont aujourd'hui un succès important. La jurisprudence a d'abord consacré la prise d'acte de la rupture à l'initiative du salarié [37], qui permet à ce dernier de rompre un contrat de travail unilatéralement, qui sera considéré, suivant les hypothèses, soit comme un licenciement, soit comme une démission. Les entreprises ont également pratiqué intensivement, avec l'accord de la jurisprudence, les départs volontaires, issus de plans du même nom. Dans ces hypothèses, un employeur lance un appel au volontariat pour partir, souvent assorti de primes intéressantes de départ. Les salariés peuvent postuler à ce plan de départ. Le législateur français de 2008, après un accord professionnel, a enfin consacré la rupture conventionnelle homologuée [38], mode de rupture d'un commun accord du contrat de travail faisant l'objet d'une homologation administrative, et ayant un très fort succès pratique.

En résumé, l'appréciation de la flexibilité du marché du travail ne saurait donc, aujourd'hui, se contenter de critères relatifs au seul droit du licenciement, ne donnant qu'une image partielle et partiale de la protection des contrats dans un système juridique donné.

II.2. Une construction impossible de l'indicateur de législation protectrice de l'emploi ?

De manière plus diffuse, les systèmes juridiques européens ont construit, ces dernières années, des dispositifs alternatifs au droit du licenciement économique, construit pour éviter les ruptures. Comment évaluer ces normes ? Celles-ci sont-elles protectrices de l'emploi, en voulant sauvegarder les contrats, ou l'inverse, en favorisant quand même les restructurations ?

C'est le cas par exemple du dispositif d'activité partielle [39], qui existe également dans de nombreux pays européens, dont l'Italie (*cassa integra-*

36. Art. L. 2421-1 et s. Le licenciement d'un salarié protégé est au préalable soumis en France à une autorisation administrative rendue par un inspecteur du travail.
37. Voir notamment C. cass. 25 juin 2003, *Bull. civ*. V., n° 209.
38. Art. L. 1237-11 et s. C. trav.
39. Art. L. 5122-1 et s. C. trav. La notion d'activité partielle s'est substituée à celle de « chômage partiel », mais le terme de chômage partiel demeure le terme employé en droit comparé.

zione guadagni [40]). Ces dispositifs ont pour effet de suspendre les contrats de travail pendant une période de crise économique (ou en cas de force majeure), pour une durée plus ou moins longue suivant les droits. Pendant la période de suspension, une indemnisation est prévue pour les salariés, financée en général majoritairement par l'État. Ce dispositif plaît généralement à l'ensemble des partenaires sociaux : les salariés estiment que leur contrat de travail est, au moins provisoirement, sauvé, les employeurs font des économies de main-d'œuvre excédentaire, et l'État lutte ainsi contre les licenciements. On a donc ici plutôt une législation protectrice des emplois, qui devrait donc être évaluée négativement par l'OCDE, mais qui constitue une forte demande des employeurs, comme en témoigne le succès des dispositifs de chômage partiel en Italie et en Allemagne. De plus, ces dispositifs ne protègent que brièvement les salariés des ruptures des contrats de travail : des travaux d'économistes (Calavrezo, Duhautois, 2013) et de juriste (Dalmasso, 2013) ont montré que les licenciements économiques étaient plus retardés qu'évités en cas de chômage partiel.

De même, le droit des transferts de contrat de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur est devenu, ces dernières années, très ambivalent. Historiquement, ce dispositif servait uniquement à protéger les contrats des salariés en cas de changement d'employeur. Il était donc authentiquement une législation protectrice des contrats. La jurisprudence a cependant précisé que le maintien du contrat de travail existe même en cas de simple transfert d'une entité économique. Cet aspect constitue un changement notable dans la manière de concevoir le transfert. Ainsi, le transfert de contrat doit s'appliquer en cas de « transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise [41] ». Cette jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation est en fait une reprise de la jurisprudence communautaire. Avec cette jurisprudence, le transfert ne se limite plus uniquement à une entreprise, mais peut concerner une partie de celle-ci tant qu'il existe une activité économique propre et une identité spécifique. Ces éléments sont réunis lorsqu'on transfère un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre [42]. Avec ce transfert d'entité, le droit du transfert a pris une nouvelle dimension : c'est devenu, pour les entreprises, un outil de restructuration, dans le sens où cette disposition permet, relativement facilement, de réduire la masse salariale et de se séparer d'une activité économique jugée non rentable ou

40. L. 223/1991 du 23 juillet 1991.
41. Cass. Ass. Plén. 16 mars 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 441, concl. Dontenwille, notes G. Couturier et X. Prétot.
42. Cass. soc. 7 juillet 1998, *Bull. civ*. V, n° 363.

non pertinente par l'employeur initial. Il permet donc de réduire considérablement la masse salariale d'une société, sans rupture des contrats de travail ni application du droit des licenciements économiques. Dans cette hypothèse, le droit des transferts peut-il encore être considéré comme protecteur des emplois ?

L'interrogation vaut également et surtout pour le droit des licenciements économiques. La classification du droit du licenciement économique dans la catégorie des législations protégeant l'emploi, ou, plus généralement, le salarié, peut *a priori* apparaître pertinente [43]. Un droit du licenciement avec de nombreuses contraintes procédurales peut effectivement dissuader l'employeur de licencier, et donc protéger le contrat de travail. Cependant, il apparaît manichéen de considérer le droit du licenciement économique *uniquement* comme un droit empêchant ou entravant les ruptures économiques des contrats. C'est à la fois plus et moins que cela.

Certes, ce droit encadre les ruptures, ne permettant pas à l'employeur de licencier comme il l'entend. Cependant, en France, le droit du licenciement est d'ordre public [44] : rompre un contrat demeure une liberté fondamentale de l'employeur [45]. S'il est encadré, le licenciement ne peut faire l'objet d'interdiction générale sans violer le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre, et le principe révolutionnaire de la liberté de travail. D'un point de vue statistique, il n'existe en outre pas de différence significative, entre pays développés, du taux annuel de licenciements. Le licenciement est autorisé en France, et nombre de salariés sont concernés, ce qui explique un sentiment d'insécurité face à la perte d'emploi [46] similaire aux autres pays. Lorsque le licenciement économique est dénué de cause réelle et sérieuse, donc illégitime, les réintégrations sont exceptionnelles : le droit a largement préféré le mécanisme d'indemnisation : il n'empêche donc que modérément les ruptures du contrat, au point que l'on peut considérer que

43. Dans la quatrième partie de l'ouvrage de Rivero et Savatier (1993) relative à l'emploi, le droit du licenciement figure dans le chapitre 4 relatif à la protection de l'emploi (p. 465). Cependant, les auteurs précisent que ce n'est pas la notion de licenciement qui protège l'emploi, mais l'instauration d'un contrôle des motifs du licenciement. Voir également Duquesne (2004:317) : « Les enjeux du maintien dans l'emploi sont d'une telle importance que le législateur s'est préoccupé d'encadrer le régime de la rupture du contrat de travail à l'initiative du chef d'entreprise. »
44. Cass. soc. 18 décembre 1979, *JCP G*, 1980, II 19432.
45. Cette caractéristique était soulignée en 1973 lors de la discussion sur l'avant-projet de loi sur la réforme des licenciements. Voir par exemple Naudé (1973:148) : « Nous qualifierons volontiers ce projet de loi d'insuffisant et de dangereux. […] Le principe de la liberté de rupture se trouve réaffirmé. Certes des règles nouvelles s'appliquent au licenciement, mais le droit au travail n'est pas reconnu comme nouvelle norme de référence dans l'appréciation du caractère sérieux du licenciement. On peut craindre qu'une fois encore, l'intérêt de l'entreprise déterminé par l'employeur prive le droit du travailleur à la sécurité de l'emploi ». Cette opinion émane d'un membre du service juridique du syndicat CFDT. Malgré le caractère peut-être un peu abrupt du jugement formulé sur le projet de loi, il faut reconnaître, avec l'auteur, que le droit du licenciement a pour objectif, notamment, de réaffirmer la possibilité pour l'employeur de licencier, malgré l'instauration d'indéniables limites à ce droit.
46. Voir OCDE (2004), précité : l'OCDE a construit un indice de « sentiment de sécurité de l'emploi », qui se révèle être assez identique (et faible) pour tous les pays industrialisés, quels que soient leurs taux de LPE.

ce n'est pas son rôle, et que ce n'est pas sur ce critère qu'il apparaît pertinent de juger de son efficacité [47].

Une compréhension plus complète du droit du licenciement économique contredit son classement dans la notion de législation protectrice de l'emploi : celle-ci sert ainsi dans un premier temps à légitimer et concrétiser une décision unilatérale de rupture. Ce n'est que dans un second temps que le droit du licenciement vise, de manière imparfaite [48], à contester la rupture. La classification de la norme « licenciement économique » dans la catégorie des législations protectrices de l'emploi apparaît comme un postulat trop rapide : au contraire, c'est une législation destructrice d'emploi, ou, de manière plus exacte, une législation qui réglemente et valide, tout en l'encadrant très strictement afin de peser sur la décision de l'employeur, la destruction d'emploi pour motif économique. Ce constat concerne toutes les législations mondiales.

Conclusion : un droit du travail inclassable, mais pas incomparable

Depuis une vingtaine d'années, l'OCDE a fait un considérable travail de comparaison des droits sociaux des pays industrialisés. Ces recherches, d'une ampleur sans précédent, constituent un moyen précieux pour mieux appréhender les législations étrangères. Cependant, le choix de l'OCDE de noter les législations du travail en fonction d'un indicateur de protection de l'emploi ne convainc pas le juriste, malgré toutes les améliorations apportées au fil des études. Cet indicateur possède des défauts corrigeables, et des défauts plus délicats à améliorer. Parmi les premiers, on peut citer les erreurs sur le droit, ou sur les enjeux des procédures. Ces défauts sont presque inévitables dans une comparaison regroupant l'ensemble des pays

47. La thématique de l'efficacité de la norme relative aux licenciements, prégnante depuis la publication du rapport de MM. Blanchard et Tirole, n'est cependant pas nouvelle. En 1978, déjà, M. Couturier (1978) plaçait cette exigence au cœur de la réflexion sur cette norme. Cependant, la définition de l'efficacité formulée par l'auteur n'est pas exactement celle des économistes : il ne s'agit pas d'une efficacité concernant une protection éventuelle de l'emploi, mais une efficacité concernant l'influence éventuelle sur la décision de l'employeur de licencier. « La loi et les accords collectifs ont soumis les licenciements pour motif économique à un ensemble complexe de règles dont la finalité est double – préventive et indemnitaire – mais d'abord préventive. […] Dès lors, la discussion sur l'efficacité d'un tel dispositif prend un tour très différent : peut-on peser directement sur la décision finale de l'employeur en le contraignant à conserver des effectifs qu'il estime excessifs ? La loi du 3 janvier 1975 est tout entière axée sur cette possibilité : sera-t-elle efficace ? » (Couturier, 1978:79). L'auteur nous incite ici à clarifier une différence subtile mais essentielle concernant l'appréciation de la notion d'efficacité des licenciements économiques. Ce n'est pas le critère de protection de l'emploi qui est mobilisé ici, mais le critère d'influence, plus ou moins coercitive, sur l'employeur, pour qu'il revoie, ou réfléchisse à son choix de gestion : le licenciement économique n'a donc pas comme but d'interdire les licenciements pour protéger l'emploi, mais de les autoriser tout en les dissuadant formellement, et les encadrant juridiquement.

48. La sanction des licenciements économiques injustifiés consiste le plus souvent en une indemnisation du préjudice subi, non en une annulation de la rupture. Un droit où l'annulation des licenciements serait la sanction de principe encourue ne modifierait cependant pas l'analyse : le droit des licenciements ne serait authentiquement protecteur que pour les salariés victimes de ruptures injustes. Il existe donc par principe une légitimité, dans les cas prévus par la loi, à licencier.

industrialisés, et peuvent, progressivement, être décelés et combattus. Les juristes ont un rôle à jouer dans ce travail technique. La construction de l'indicateur de législation protectrice de l'emploi pourrait, dans un premier temps, sembler également pouvoir faire l'objet d'amélioration, en intégrant des législations non étudiées comme le transfert de contrat de travail, le chômage partiel et les autres modes de rupture du contrat de travail comme les ruptures conventionnelles ou les départs volontaires. Cependant, une réflexion plus approfondie sur ces dispositifs, et sur celui du licenciement économique, montre la difficulté de concevoir ce qu'est une législation protectrice des emplois. Certaines législations ayant pour but de protéger les contrats de travail favorisent aujourd'hui des formes de flexibilité, tandis que le droit du licenciement économique n'apparaît plus uniquement comme un moyen pour dissuader les ruptures, mais aussi comme un dispositif souhaitant participer à leur sécurisation, comme le montrent les récentes réformes du droit français. L'ambivalence des dispositifs rend dès lors, en l'absence de définition plus complète de ce qu'est une législation protectrice des emplois, toute notation des plus hasardeuses. Gérard Lyon-Caen indiquait ainsi que le droit du travail pouvait être décrit comme « Pénélope devenue juriste [49] »… En l'état, ces notations ne peuvent donc pas servir de guide d'une évolution des politiques publiques de l'emploi. Cet échec méthodologique ne doit cependant pas entraver la dynamique de comparaison mise en place par l'OCDE : il est notable que ce sont des économistes qui ont redécouvert, dans une économie mondialisée, l'intérêt supérieur et impérieux de comparer les droits, peut-être un peu délaissé par les juristes français [50].

49. Lyon-Caen (1995:6 et s.) : « Le droit du travail est donc constitué de règles et d'institutions à double sens et toutes réversibles, qui peuvent coïncider avec les intérêts des entreprises ou des salariés selon qu'on les présente sous une face ou une autre. Le rôle de l'argumentation juridique y est de ce fait décisif pour faire triompher un point de vue. […] Le droit du travail, c'est Pénélope devenue juriste. »

50. Il faut cependant noter que les thèses de droit comparé sont de plus en plus fréquentes en droit du travail, et que la *Revue de droit du travail* comprend chaque mois un article relatif aux droits étrangers.

Références bibliographiques

Blanchard O., Tirole J. (2003), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement,* rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation française.

Cahuc P., Kramarz F. (2005), *De la précarité à la mobilité, vers une Sécurité sociale professionnelle*, rapport officiel, Paris, La Documentation française.

Cahuc P., Zylberberg A. (2004), *Le chômage, fatalité ou nécessité*, Paris, Flammarion.

Calavrezo O., Duhautois R. (2013), « L'utilisation du chômage partiel en période de crise : une analyse comparée des années 1993 et 2009 », *in* Spieser C. (dir.), *L'emploi en temps de crise*, Rueil-Malmaison, Liaisons/CEE, p. 183-204.

Camdessus M. (dir.), *Le sursaut, vers une nouvelle croissance pour la France, rapport officiel remis au ministère des Finances*, Paris, La Documentation française.

Collins H. (2013), « Entretiens sur le droit du licenciement pour motif économique, le Royaume-Uni », *Revue de droit du travail*, n° 6, p. 425 et s.

Couturier G. (1978), « Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ? », *Droit social*, avril, p. 74 et s.

R. Dalmasso, « Les ambivalences des dispositifs de chômage partiel en temps de crise », *in* Spieser C. (dir.), *L'emploi en temps de crise*, Rueil-Malmaison, Liaisons/CEE, p. 205 et s.

Dalmasso R., Kirat T. (2009), « Comparer, mesurer, classer, l'art périlleux de la leximétrie du licenciement », *Travail et Emploi*, n° 120, octobre-décembre, p. 33-46.

du Marais B. (2013), « Mise en perspective des difficultés dans la mesure du droit du travail », intervention orale au séminaire « Politiques de l'emploi – Interaction de l'économique et du juridique », organisé par la Direction générale du Trésor, 11 janvier.

du Marais B. (dir.) (2006), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, Paris, La Documentation française.

Duquesne F. (2004), *Droit du travail*, Paris, Gualino.

Gautié J. (2005), « Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexicurité », *Droit social*, n° 1, p. 3-11.

Kirat T. (2007), « Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ? », *Économie et Institutions*, n° 9, p. 84-127.

Lyon-Caen G. (1995), *Le droit du travail, une technique réversible*, Paris, Dalloz.

Monkam A.-C., Saincaize G. (2013), « Les licenciements économiques en Angleterre et en France », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1583, p. 5 et s.

Naudé F. (1973), « Réflexion à propos du projet de loi modifiant le droit du licenciement », *Droit Social*, mars, p. 147-148.

OCDE (2004), *La protection de l'emploi, coûts et avantages d'une meilleure sécurité de l'emploi, Synthèse de l'OCDE*, septembre, consultable sur www.oecd.org/publications.

OCDE (2013), « Protéger l'emploi, renforcer la flexibilité : un nouveau regard sur la législation sur la protection de l'emploi », *in* OCDE, *Perspective de l'emploi de l'OCDE 2013*, Paris, Éditions OCDE, p. 67-137.

Rivero J., Savatier J. (1993), *Droit du travail*, 13e éd., Paris, Puf.

Serverin E., Valentin J., Kirat T., Sauze D., Dalmasso R. (2008), « Évaluer le droit du licenciement, comparaison des droits et des procédures, mesure des actions », *Revue de l'OFCE*, n° 107, octobre, p. 29-64.

Annexe 1. Quantifier les critères de mesure du degré de rigueur de la protection de l'emploi [51] (extraits)

A. Licenciements individuels de travailleurs titulaires de contrats réguliers									
	Unité d'origine et brève description		Attribution des notes correspondant au degré de rigueur						
			Notes attribuées						
			0	1	2	3	4	5	6
Critère 1 Procédures de notification	Échelle 0-3		Échelle (0-3) X 2						
	0	Lorsqu'une notification orale est suffisante.							
	1	Lorsque l'employeur doit informer le salarié par écrit des raisons de son licenciement.							
	2	Lorsqu'une tierce partie (comme le comité d'entreprise ou l'autorité de travail compétente) doit être informée.							
	3	Lorsque l'employeur ne peut procéder au licenciement sans l'autorisation d'une tierce partie.							
Critère 2 Délai avant l'ouverture de la période de préavis	Jours Le délai estimé repose, selon les cas, sur les hypothèses suivantes : 6 jours en cas de procédure de notification obligatoire, 1 jour lorsque le licenciement peut être notifié à l'oral ou que la notification peut être donnée en mains propres au salarié, 2 jours lorsque la notification doit être adressée par courrier et 3 jours lorsque ce courrier doit être envoyé en recommandé.		≤2	<10	<18	<26	<35	<45	≥45
Critère 3 Durée du délai de préavis pour une période d'ancienneté de	9 mois	Mois	0	≤0,4	≤0,8	≤1,2	≤1,6	<2	≥2
	4 ans	Mois	0	≤0,75	≤1,25	<2	<2,5	<3,5	≥3,5
	20 ans	Mois	<1	≤2,75	<5	<7	<9	<11	≥11
Critère 4 Indemnités de cessation d'emploi pour une période d'ancienneté de	9 mois	Mois de salaire	0	≤0,5	≤1	≤1,75	≤2,5	<3	≥3
	4 ans	Mois de salaire	0	≤0,5	≤1	≤2	≤3	<4	≥4
	20 ans	Mois de salaire	0	≤3	≤6	≤10	≤12	≤18	>18

51. Source : OCDE : http:/oecd.org/fr/els/emp/42768754.pdf.
Ne figurent pas dans ce tableau les critères relatifs aux emplois temporaires (critères 10 à 17).

Critère 5 Définition du licenciement justifié ou abusif	Échelle 0-3		Échelle (0-3) X 2						
	0	Lorsque les compétences du travailleur ou le caractère redondant du poste constituent des motifs appropriés et suffisants pour un licenciement.							
	1	Lorsque les facteurs sociaux, l'âge ou l'ancienneté doivent, autant que possible, être pris en compte dans la sélection du ou des travailleurs à licencier.							
	2	Lorsqu'un reclassement et/ou une reconversion visant à former le salarié à un travail différent doivent être proposés avant de procéder au licenciement.							
	3	Lorsque les compétences du salarié ne peuvent constituer un motif de licenciement.							
Critère 6 Durée de la période d'essai	Mois Période au cours de laquelle les travailleurs titulaires de contrats réguliers ne sont pas pleinement couverts par les dispositions relatives à la protection de l'emploi et où il est généralement impossible de déposer une plainte pour licenciement abusif.		≥ 24	> 12	> 9	> 5	> 2,5	≥ 1,5	< 1,5
Critère 7 Indemnité pour licenciement abusif	Mois de salaire Indemnité habituelle pour 20 ans d'ancienneté dans l'emploi, arriérés de rémunération et autres indemnités inclus (notamment au titre de la perte de revenus futurs en lieu et place de réintégration ou au titre de préjudice psychologique) mais hors indemnité de licenciement classique.		≥ 3	≤ 8	≤ 12	≤ 18	≤ 24	≤ 30	> 30
Critère 8 Possibilité de réintégration suite à un licenciement abusif	Échelle 0-3		Échelle (0-3) X 2						
	0	Aucun droit à la réintégration ni aucune pratique dans ce sens.							
	1	Réintégration rarement voire parfois proposée.							
	2	Réintégration relativement souvent proposée.							
	3	Réintégration (presque) toujours proposée.							
Critère 9 Délai maximum pour engager un recours pour licenciement abusif	Mois Délai maximum à compter de la notification du licenciement au cours duquel un recours pour licenciement abusif peut être engagé.		Avant prise d'effet du licenciement	≤ 1	≤ 3	≤ 6	≤ 9	≤ 12	> 12

B. Emploi temporaire […]									
C. Réglementations complémentaires pour les licenciements collectifs									
Critère 18 Définition du licenciement collectif	**Unité d'origine et brève description**		**Attribution des notes correspondant au degré de rigueur**						
			Notes atribuées						
			0	**1**	**2**	**3**	**4**	**5**	**6**
	Échelle 0-4		Échelle (0-4) X 6/4						
	0	Lorsqu'il n'existe pas de réglementation complémentaire pour les licenciements collectifs.							
	1	Si une réglementation complémentaire s'applique pour les licenciements de 50 personnes et plus.							
	2	Si une réglementation complémentaire s'applique pour les licenciements de 20 personnes et plus.							
	3	Si une réglementation complémentaire s'applique pour les licenciements de 10 personnes.							
	4	Si une réglementation complémentaire s'applique pour les licenciements en deçà de 10 personnes.							
Critère 19 Obligations de notification supplémentaires	Échelle 0-2		Échelle (0-2) X 3						
	Il peut être obligatoire de notifier le licenciement au comité d'entreprise (ou aux représentants des salariés) et aux autorités publiques, comme les organismes publics de l'emploi. Les pays sont notés en fonction de l'existence ou non d'obligations de notification supplémentaires par rapport aux obligations applicables en cas de licenciement individuel.								
	0	Aucune obligation supplémentaire.							
	1	Lorsqu'une autre partie doit être informée.							
	2	Lorsque deux autres parties doivent être informées.							
Critère 20 Délai supplémentaire avant l'ouverture de la période de préavis	Jours Délai suplémentaire par rapport à celui qui s'applique pour les licenciements individuels.		0	<25	<30	<50	<70	<90	≥90

<table>
<tr><td rowspan="5">Critère 21
Autres coûts spécifiques pour les employeurs</td><td colspan="2">Échelle 0-2</td><td rowspan="5">Échelle (0-2) X 3</td></tr>
<tr><td colspan="2">Ces coûts font référence à l'existence d'indemnités de cessation d'emploi supplémentaires et au caractère obligatoire ou non des plans d'indemnisation sociale (précisant les mesures de retour à l'emploi, de reconversion, de reclassement, etc.).</td></tr>
<tr><td>0</td><td>Aucune obligation supplémentaire</td></tr>
<tr><td>1</td><td>Indemnité de cessation d'emploi supplémentaire et plan d'indemnisation sociale obligatoire.</td></tr>
<tr><td>2</td><td>Indemmnité de cessation d'emploi supplémentaire et plan d'indemnisation sociale obligatoire.</td></tr>
</table>