

**REVUE EUROPÉENNE  
DU  
DROIT SOCIAL**

Maison d'édition **Bibliotheca**

- Atestée par le Ministère de la Culture et des Cultes avec l'avis no. 4363 / 27.05.1997
- Acreditée par le Conseil National de la Recherche Scientifique (CNCS), 2011-2014
- Membre de l'Association des Editeurs de Roumanie – AER (Romanian Publishers Association – RPA)

N. Radian, KB 2/3, Târgoviște, 130062

tel/fax: 0245.212241

e-mail: [biblioth@gmail.com](mailto:biblioth@gmail.com)

[www.bibliotheca.ro](http://www.bibliotheca.ro)



**REVUE EUROPÉENNE  
DU  
DROIT SOCIAL**

**Volume XXXVIII • ISSUE 1 • Year 2018**

Édition **Bibliotheca**  
Târgoviște, 2018

**La Revue est reconnue par le  
Conseil National de la Recherche Scientifique (CNCS)  
categorie B+ avec avis no. 828/2007  
en évidence BDI Copernicus, CEEOL, EBSCO Publishing,  
DESY Publication Database, Open Academic Journals Index (OAJI)  
et SJIFactor.com**

**Comite scientifique/ Scientific Board:**

**Mohamed-Larbi ARIBOU**, Professeur, Université Abdelmalek Essaâdi de Tanger, Maroc; **Raffaele AVETA**, Seconda Università degli Studi di Napoli, Italie; **Antonio BAYLOS**, Professeur, Université de Castilla La Mancha, Espagne; **Gabriela Mendizábal BERMÚDEZ**, Professeure, l'Université Autonome d'État Morelos au Mexique; **Alberto Chartzman BIRENBAUM**, Universidad Nacional Tres de Febrero, Buenos Aires, Argentina; **Sophie BOUTILLIER**, Maître des conférences, Université du Littoral-Côte d'Opale, France; **Martha Elisa Monsalve CUÉLLAR**, Professeure, l'Université La Gran Columbia, Columbia; **Camren DICARLUCCO**, Charge de cours, Università Seconda di Napoli, Italia; **Luis Serrano DIAZ**, Professeur, Université du San Marcos (UNMSM-FCC, Ceups) Lima-Perú; **Rafael Junquera de ESTÉFANI**, Professeur, UNED Madrid, Espagne; **Guillermo FERRIOL**, Professeur, Université de Havana, Cuba; **Miryam GONZÁLEZ RABANAL**, Maître des conférences, UNED, Madrid, Espagne; **Leslie Templeman HOLMES**, University of Melbourne, Australie; **Cristina MANGARELLI**, Professeure, l'Université de la République, Montevideo, Uruguay; **Silvia Fernández MARTÍNEZ**, Université de Bergamo, Italia; **Lourdes Mella MÉNDEZ**, Professeur, Université de Santiago de Compostela, Espagne; **Ana R. Martín MINGUIJÓN**, Professeure, UNED Madrid, Espagne; **Raul Vergara MIRELES**, Professeur, Université Autonome d'État Morelos, Mexique; **Ángel Guillermo Ruiz MORENO**, Professeur, Universidad de Guadalajara, México; **René David NAVARRO ALBINA**, Professeur, Université de Atacama, Chile; **Maria ORLOV**, Maître de conférences, Université d'État „Alecu Russo” Balti, République de Moldova; **Juan Carlos PAULUCCI**, Professeur, Centre interaméricain d'études de sécurité sociale, Argentina; **Loredana Adelina PĂDURE**, Charge de cours Université Hyperion Bucharest Roumanie; **José Alvarez PESTANA**, Professeur, UNED Madrid, Espagne; **Hans-Joachim REINHARD**, Professeur, Institut Max Planck, Allemagne; **Ana Teresa RIBEIRO**, Professeur à l'Université Catholique du Porto, Portugal; **Marcelo RICHTER**, Professeur, Université de San Carlos de Guatemala, Guatemala; **Rodrigo Garcia SCHWARZ**, Professeur, Université del Oeste de Santa Catarina, Brésil; **Ahmed SMAHI**, Maître des conférences, Université de Tlemcen, Algérie; **Krassimira SREDKOVA**, Professeur, Université de Sofia, Bulgarie; **Carlos Luiz STRAPAZZON**, Professeur, Université del Oeste de Santa Catarina, Brésil; **Ana ȘTEFĂNESCU**, Maître des conférences, Université „Dunărea de Jos” Galați, Roumanie; **Edvana TIRI**, Charge de cours, Professional Business Academy, Tirana, Albanie; **Kamil TUGEN**, Professeur, Université du „Dokuz Eylül” Izmir, Turquie; **Alexandru ȚICLEA**, Professeur, Université Ecologique Bucarest Roumanie; **Marioara ȚICHINDELEAN**, Maître des conférences, Université „Lucian Blaga”, Sibiu, Roumanie; **Dimitri UZUNIDIS**, Professeur, Université du Littoral-Côte d'Opale, France; **Vlad BARBU**, Professeur, Académie de Police „Alexandru Ioan Cuza” Bucarest, Roumanie.

### **Comite de rédaction/Editorial Board:**

**Rédacteur en chef / Editor responsible:** Dan Țop, PhD  
**Executive Editor:** Marc S. Richeveaux, PhD  
**Rédacteur en chef adjoint / Editor assistant:** Radu Răzvan Popescu, PhD  
**Secrétaire de rédaction / Editorial Secretary:** Teresa San Segundo Manuel, PhD

### **Reviewers Board / Conseil d'évaluateurs:**

**Antonio BAYLOS**, Professeur, Université de Castilla La Mancha, Espagne; **Alberto Chartzman BIRENBAUM**, Professeur, Université Nacionalr „Tres de Febrero”, Buenos Aires, Argentina; **Gabriela Mendizábal BERMÚDEZ**, Professeure, Université Autonome d'État Morelos au Mexique; **Martha Elisa Monsalve CUÉLLAR**, Professeure, Université La Gran Columbia, Columbia; **Luis Serrano DIAZ**, Professeur, Université de San Marcos (UNMSM-FCC, Ceups) Lima, Pérou; **Leslie Templeman HOLMES**, Professeur, Université de Melbourne, Australie; **Lourdes Mella MÉNDEZ**, Professeur, Université de Santiago de Compostela, Espagne; **Ángel Guillermo Ruiz MORENO**, Professeur, Universidad de Guadalajara, México; **Hans-Joachim REINHARD**, Professeur, Institut Max Planck, Allemagne; **Ana Teresa RIBEIRO**, Professeure, Université Catholique du Porto, Portugal; **Rodrigo Garcia SCHWARZ**, Professeur, Université del Oeste de Santa Catarina, Brésil; **Sophie BOUTILLIER**, Professeure, Université du Littoral Côte d'Opale, France; **Ana ȘTEFĂNESCU**, Maître des conférences, Université „Dunărea de Jos” Galați, Roumanie; **Edvana TIRI**, Charge de cours, Professional Business Academy, Tirana, Albanie; **Kamil TUGEN**, Professeur, Université du „Dokuz Eylul” Izmir, Turquie; **Alexandru ȚICLEA**, Professeur, Université Ecologique Bucarest Roumanie;

130051, Târgoviște, Aleea Trandafirilor, bl. 10, ap. 46,  
Județul Dâmbovița, Roumanie, Tel. 0722.723340  
[www.RevueEuropéenne\\_du\\_DroitSocial.ro](http://www.RevueEuropéenne_du_DroitSocial.ro)

ISSN 2393 – 073X • ISSN–L 1843 – 679X  
Copyright@2018

## SOMMAIRE

CONSIDERATIONS ON THE MODIFICATION OF THE LEGAL  
FRAMEWORK OF COLLECTIVE NEGOTIATION BETWEEN  
EMPLOYEES AND EMPLOYEES IN ROMANIA (Dan Top) / 7

LE LICENCIEMENT SANS INDEMNITÉS,  
C'EST POUR BIENTÔT ... OU PRESQUE (Marc Richevaux) / 12

THE ROLE OF PARLIAMENTARY DIPLOMACY  
(Edvana Tiri, Kristina Jance) / 38

SEGURIDAD SOCIAL Y PRODUCTIVIDAD (Gabriela Mendizábal Bermúdez,  
Gloria Moreno Álvarez, Emmanuel López Pérez) / 44

AN OVERVIEW OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW  
OF TREATIES AND ITS PRINCIPLES (Fatos Hasani, Indrit Shtupi) / 61

CONSIDERATIONS ON IMPROVING THE LEGISLATIVE FRAMEWORK  
OF MATERNITY PROTECTION IN ROMANIA (Ana María Alexandra Iancu) / 67

LA COBERTURA DE LAS NECESIDADES SANITARIAS Y LA PROTECCIÓN A  
LA SALUD COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO ESPAÑOL (Tomás Gómez Franco, Jose Ramón Repullo Labrador) / 74

DETERMINANTS AND CONSTRAINTS OF INNOVATIVE  
AND NON-INNOVATIVE FIRMS, EVIDENCE  
FROM TUNISIAN SME'S (Selma Mhamed Hichri) / 95

ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET UNIVERSITAIRE ET INTÉGRATION  
TRANSNATIONALE DES DEUX CONGO (Etienne Koulakoumouna) / 114

CLAIMING ESTATE. ANALYSIS OF INTERNATIONAL  
EXPERIENCES (Loredana Adelina Pădure) / 136

CROISSANCE, EMPLOI ET PAUVRETÉ EN TUNISIE: ÉTAT DES LIEUX,  
ÉVOLUTION, CONTRAINTES ET RECOMMANDATIONS (Riadh Béchir) / 144

# CONSIDERATIONS ON THE MODIFICATION OF THE LEGAL FRAMEWORK OF COLLECTIVE NEGOTIATION BETWEEN EMPLOYEES AND EMPLOYEES IN ROMANIA

Dan TOP\*

**Abstract:** *In Romania, the organization and conduct of collective bargaining and the conclusion of collective labour agreements are regulated in accordance with the Law on Social Dialogue. According to OUG no.82 / 2017, a derogatory regime is introduced in the sense that the initiation of collective bargaining is mandatory for all employers to negotiate the gross salary of employees in order to cover the transfer of the pension and health insurance contributions to the latter, in order to avoid a reduction in net salaries. A number of issues raise the application of this normative act due to the leaks and inconsistencies in the regulation of the obligation of collective bargaining.*

**Keywords:** *addendum; collective bargaining; collective labour contract; social contributions*

The acts of the International Labour Organization, as well as the European Union's norms, enshrine only the right, not the obligation to collective bargaining,<sup>1</sup> but the internal regulation of the obligation to negotiate, is in line with the tendency of Western European law systems on the necessity periodic negotiation of the collective labour contract as a duty of the employer".<sup>2</sup>

In Romania, the organization and conduct of collective bargaining<sup>3</sup>, and the conclusion of collective bargaining agreements are regulated in accordance with the Social Dialogue Law,<sup>4</sup> which states in Art. 129 par. 1 that collective bargaining is mandatory<sup>5</sup> only at the unit level, unless the unit has less than 21 employees, and the negotiation initiative belongs to the employer or employers' organization.

By a recent normative act<sup>6</sup>, by way of derogation from the above-mentioned legal provisions, in the establishments where there is no collective labour agreement / agreement, the initiation of the collective bargaining is mandatory, for the implementation of the provisions of Government Emergency Ordinance no.

---

\* Professor at Valahia University of Târgoviște

<sup>1</sup> Marioara Țichindelean, *Collective Labour Law*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2015, p. 104

<sup>2</sup> Alexandru Athanasiu, *Law no. 130/1996 on the collective labour contract*, in Law no. 3/1997, p. 6

<sup>3</sup> Alexandru Țiclea, *Labour Law Treaty*, 9th edition, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2015; p. 252

<sup>4</sup> Law no. 62/2011, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 322 of May 10, 2011

<sup>5</sup> I.T. Ștefănescu, *Theoretical and Practical Treaty on Labour Law*, 4th Edition, Universul Publishing House Legal, Bucharest, 2017, p. 176

<sup>6</sup> Government Emergency Ordinance no. 82/2017, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 902 of November 16, 2017

79/2017 for amending and completing the Law no. 227/2015 regarding the Fiscal Code.<sup>7</sup>

By this last regulation, the shift of pension (CAS) and health (CASS) contributions to employees was allotted so that the increase in the gross salary to cover the transfer of these contributions to employees is necessary in order to avoid a reduction in their net salaries.

Two situations are envisaged: when there is no collective labour agreement at the employer's level, in which case, according to the framework law of the Social Dialogue Law, the parties may agree to negotiate at any time, and the existence of a collective labour contract the issue of negotiating and concluding additional acts in these contracts.

It can be noticed that the obligation to negotiate collective labour agreements is established for all employers, irrespective of the number of employees they have, even being imposed on those who have 1 or 2 employees.

The new derogatory provisions have a temporary obligation from 20 November to 20 December, ie 31 days, and the obligation to negotiate, by way of derogation from the provisions of Art. 129 par. 3 and 5 of Law no. 62/2011 deals with collective bargaining of additional acts to collective agreements and collective agreements in force,

In other words, at the employer's level, if a collective labour contract is concluded, the negotiation obligation only concerns the increase in the gross salary, but we consider that there is nothing to prevent other aspects from being renegotiated, as this is not expressly prohibited the employer may, if he so wishes, negotiate on any right or interest of himself or of his employees.<sup>8</sup>

At the same time, we appreciate that in the situation envisaged by the obligation of collective bargaining, irrespective of the existence of an applicable collective labour contract, there would be no justification for the provision according to which if the employer or the employing organization does not initiate the negotiation, at the written request of the representative trade union or employee representatives, within a maximum of 10 calendar days from the communication of the request.

However, since the refusal of collective bargaining in general and the particular situation envisaged can only lead to the employer's sanctioning of the employer by a fine of between 5,000 and 10,000 lei, it can be argued that the abovementioned provisions can still find the utility.

The imposed measure is, of course, a derogation from the principle that the duration<sup>9</sup> of the collective bargaining may not exceed 60 calendar days than with the agreement of the parties, but all the other provisions referred to concerning the

---

<sup>7</sup> Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 885 of 10 November 2017

<sup>8</sup> I.T. Ștefănescu, *Theoretical and Practical Treaty on Labour Law*, op. cit., p. 180

<sup>9</sup> Dan Țop, *Labour Law Treaty*, Bibliotheca Publishing House, Târgoviște, 2015, p.122



pro-negotiated procedure for collective bargaining (stages of collective bargaining)<sup>10</sup> must be observed, namely:

Within 5 calendar days from the start of the negotiation procedures, the employer or employers' organization has the obligation according to art. 130 of the Social Dialogue Law, convene all parties entitled to negotiate the collective labour contract.

The date of the first negotiating session is the date when the negotiations are considered to have been triggered. At each negotiating session, minutes will be signed by the mandated representatives of the parties in which the contents of the negotiations will be recorded.

In the situation where neither the employer nor the employees initiate the negotiation, the conclusion of a collective labour contract is impossible and the absence of this contract can not be legally sanctioned by the authorities.

Moreover, if the employer refuses collective bargaining on the adjustment of gross wages and already has a collective labour contract, employees can not trigger a collective labour conflict because the framework regulation expressly prohibits such a situation and the regulation under consideration does not include any derogation in this sense.

In the negotiation of clauses and in the conclusion of collective labour agreements, Article 131 of the Law on Social Dialogue states that the parties are equal and free, any interference by public authorities, in any form and manner, in the negotiation of collective labour agreements is forbidden.

However, it can be noticed that the new regulation introduces provisions that violate the will of employees who do not want to form a unions union, even unrepresentative or affiliated to a trade union federation representative in the sector of activity, because it is stipulated that by derogation from to the provisions of art. 135 par. 1 lit. a of Law no. 62/2011, in units where there is no representative union affiliated to a representative federation in the sector of activity, when negotiating collective agreements / collective agreements or additional acts, as the case may be, representatives of the trade union federation, on the basis of the mandate of the trade union, together with the representatives of the employees. On the other hand, representatives of the representative trade union confederations, together with the representatives of the employees, are introduced in the process of negotiation at the level of the unit, in enterprises where there is no trade union, because it is foreseen that in the units where there is no trade union in the negotiation of the contracts / agreements collective labour or additional acts, as the case may be, representatives of the employees together with a representative of a representative federation in the sector of activity or of a representative trade union confederation at national level, at the invitation of the representatives of the employees.

In this context, the problem is that units with less than 21 employees do not have employees' representatives to call them to talks, and the lack of employee

---

<sup>10</sup> C.A. Moarcăș Costea, *Collective Labour Law*, C Beck Publishing House, Bucharest, 2012, p. 170

representatives would make it impossible to negotiate in the absence of a trade union at the level of the unit, ie when the negotiation is supposed to be done with the representatives of a representative federation at the sector level or of a representative confederation at national level, but at the invitation of the representatives of the employees.

In order to be able to make the "invitation" to which the text of the law refers, it is necessary to appoint representatives of the employees first, since the provisions of art. 221 par. 1 of the Labour Code stipulates that the interests of the employees can be promoted and defended by their representatives, elected and mandated specially for this purpose.<sup>11</sup>

Under the new conditions, even though it is not expressly provided, it is mandatory to designate employees' representatives to negotiate on gross wage increases, by way of derogation from the rule of appointing them to employers with more than 20 employees.

We consider that it can be concluded that it is a matter of uncorrelation with the provisions of Art. 224 of the Labour Code stipulating that the duties of the employees' representatives, the manner of their fulfillment and the duration and the limits of their mandate shall be established within the general meeting of the employees and on the other hand they shall be added to the express and limiting<sup>12</sup> attributions stipulated by art. 223 par. 1 of the Labour Code, the obligation to invite representatives of representative trade union federations in the sector of activity or of a trade union confederation representative at national level.

At the same time, we can not fail to refer to a serious legislative inconsistency since, although employees' representatives should only exist<sup>13</sup> for employers who are not constitutionally representative trade unions under the law, and to act independently of these organizations, the regulation under consideration introduces, unjustifiably in our opinion, that the representatives of the employees participate in negotiations with representatives of the representative trade union federation in the sector of activity or of a representative trade union confederation at national level.

The existence of employees' representatives is not compulsory, the text of the Labour Code introducing only one possibility and not an obligation for the employees to elect their representatives, however before the regulation under consideration the opinion was advanced that "the choice of employees' representatives to become art. 221 of the Labour Code from a possible option, as at present, a legal obligation... in this way, the will of the employees would not be imposed, taking into account the obligation to elect their representatives, if there is no trade union representative, would be institutionalized in their favor. The

---

<sup>11</sup> Dan Țop, *Labour Law Treaty*, Bibliotheca publishing house, Târgoviște, 2015, p.115

<sup>12</sup> I. T. Ștefănescu, *Considerations regarding the role of trade unions and employee representatives in the development of labour relations*, in Law no. 1/2016, pp. 105-113

<sup>13</sup> Alexandru Țiclea, *Representatives of Employees*, in the Romanian Labour Law Review, no. 1/2004, pp. 18-24.

solution of the mandatory choice of employees' representatives would also take into account the fact that in the current system of Romanian labour legislation, it is possible for employees - if they do not choose their representatives - to remain without representation in their relations with the employer. Such a situation is excluded in Western European Union systems (through the existence of a pluralistic representation of employees, of which at least one is compulsory, respectively within the committee / board of the company) ".<sup>14</sup>

Because employees' representatives are elected according to art. 221 par. 2 of the Labour Code, at the general meeting of the employees, with the vote of at least half of the total number of employees, the number of elected representatives of the employees being determined by mutual agreement<sup>15</sup> with the employer, and between the representatives of the employees and the employees who elected them a legal relationship based on a mandate contract may lead to ridiculous situations, for example as an employee to represent himself / herself.

If the term of office of employees' representatives may not exceed 2 years. the actual duration being determined,<sup>16</sup> in particular, by the employees' meeting at their designation, it is not very clear whether the representatives of the employees will be appointed to act only within the interval stipulated by GEO no. 82/2017, from 20 November to 20 December 2017, or a longer period may be set.

I have presented only a few problems that employers might face due to leakage and lack of coherence in GEO no. 82/2017, which, by introducing a derogating regime, brings a genuine infringement of the parties' freedom of action with regard to the collective bargaining imposed by that regulation.

---

<sup>14</sup> I.T.Ştefănescu, *Controversial Aspects of Labour Law*, in Romanian Law private Review, no. 6/2012, pp. 207-218

<sup>15</sup> Marioara Țichindelean, op. cit., p.79

<sup>16</sup> Dan Țop, Treaty... op. cit., p. 106

## LE LICENCIEMENT SANS INDEMNITÉS, C'EST POUR BIENTÔT ... OU PRESQUE

Marc RICHEVAUX\*

**Abstract:** *The French judges have just taken a big step towards dismissal without compensation.*

**Keywords:** *French judges dismissal without compensation*

Désormais, pour le calcul de ses indemnités de liées à un licenciement irrégulier, le salarié qui, pour ne pas se voir appliquer la barémisation obligatoire de telles indemnités<sup>1</sup>, invoque des faits de harcèlement moral, dont il aurait été victime ou qu'il aurait dénoncés<sup>2</sup>, doit qualifier formellement et expressément<sup>3</sup> de « harcèlement moral »<sup>4</sup> les agissements en question, à défaut sa demande doit être rejetée.

La cour de cassation a montré qu'avant même d'en connaître le texte exact, qui n'a été publié que postérieurement à son arrêt<sup>5</sup>, la publication des ordonnances a été faite le 23 septembre, alors que l'arrêt est du 13, elle était déjà largement pénétrée son esprit de destruction du droit du travail<sup>6</sup> et des droits fondamentaux des salariés<sup>7</sup>. Elle a envoyé un signal fort: les ordonnances réformant le code du travail doivent être globalement interprétées<sup>8</sup> contre le salarié, ce qui est dans la logique de lois précédentes relatives au marché du travail et au droit du travail<sup>9</sup>.

---

\* Maître de conférences, ULCO, France.

<sup>1</sup> L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation autorisant le gouvernement à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social art 3 b al. 1 JO du 16; Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail article 2 JO du 23

<sup>2</sup> C. trav., art. L 1152-1 à L 1152-6

<sup>3</sup> Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 15-23.045, FP-P+B

<sup>4</sup> C. trav., art. L 1152-1 à L 1152-6

<sup>5</sup> Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales JO du 23; Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail JO du 23; Ord. n° 2017-1388 du 22 sept. 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective JO du 23; Ord. n° 2017-1389 du 22 sept. 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention JO du 23

<sup>6</sup> Pascal Lokiec., il faut sauver le droit du travail: Odile Jacob 2015

<sup>7</sup> M-L Morin., derrière « le pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail: dr ouvr oct. 2017 p. 590

<sup>8</sup> V. M. Ciucă, *Leții de hermeneutică juridică*, éd. Fundației Academice AXIS, Iași, Roumanie, 2005; Maria-Luiza Hrestic., *la méthodologie de l'interprétation des normes*; Marc Richevaux., *juridiques: revue européenne de droit soc* avril 2008; Marc Richevaux., *A propos de quelques principes relatifs à l'interprétation de la norme de droit: Dr ouvr* 1991.39

<sup>9</sup> L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels JO du 9; Marc Richevaux., *La loi Macron: l'implantation de l'ultra-libéralisme en France: cahiers du cedimes* 2/2015

Pour le cas particulier des indemnités de licenciements irréguliers, désormais fixées sur la base d'un barème légal obligatoire<sup>10</sup>, le précédent, qui n'était qu'indicatif, avait été fixé par décret<sup>11</sup>, les quelques exceptions prévues<sup>12</sup> pour lesquelles la barémisation obligatoire est exclue, doivent être interprétées dans un sens si restrictif que cela doit réduire à un nombre asymptotique à zéro leurs bénéficiaires, en attendant que la norme de base du droit français du travail ne devienne, comme certains l'espèrent depuis longtemps, le principe du licenciement sans indemnités, sans motifs<sup>13</sup> et sans recours pour le salarié concerné<sup>14</sup>. Pour le moment, le principe est encore une indemnisation, mais sur la base d'un barème obligatoire, avec quelques exceptions, des licenciements irréguliers. Les exceptions correspondent à: faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, notamment harcèlement, discrimination<sup>15</sup>, permettant dans quelques cas à quelques salariés d'espérer d'obtenir une indemnisation totale du préjudice subi, ce qui est la norme de base de la responsabilité civile dans tous les pays civilisés<sup>16</sup>. L'interprétation si restrictive qui en a été donnée pourrait bien donner envie au salarié de chercher ailleurs, leur salut, par exemple dans les règles du droit pénal du travail<sup>17</sup>, voire dans celles du pénal général<sup>18</sup> ou du droit pénal spécial<sup>19</sup>, de la procédure pénale<sup>20</sup> spécialement ses règles relatives à l'indemnisation du préjudice né d'une infraction, ou même du droit européen<sup>21</sup>. Cela concernent les licenciements entachés par une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité notion que les auteurs du texte n'ont pas estimé nécessaire de définir, ni de la placer dans l'échelle connue des fautes déjà existantes<sup>22</sup>. Le texte qui y fait référence se limite à prévoir que cela s'appliquera, notamment, ce qui ouvre des portes permettant

<sup>10</sup> L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social art 3 b al. 1 et JO du 16; Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail article 2□2° JO du 23

<sup>11</sup> Décret n° 2016-1582 du 23 nov. 2016 modifiant le barème de l'indemnité forfaitaire de conciliation fixé à l'article D. 1235-21 du code du travail JO du 25

<sup>12</sup> L. n° 2017-1340 du 15 sept 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social art 3 b al. 1 JO du 16 et Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail article 2□2° JO du 23

<sup>13</sup> GATTAZ P., «Il faut sortir de la convention de l'OIT qui oblige à justifier les licenciements», La tribune.fr 31/10/2014

<sup>14</sup> Débats parlementaires relatifs à la L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social art 3 b al. 1 Jo du 16

<sup>15</sup> L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social art 3 b al. 1 Jo du 16

<sup>16</sup> Marc Richevaux., crises et droit 2 (45) de la revue Bulletin de la KazNPU Abaï - Série "Vie politique et internationale", p.187-195.

<sup>17</sup> A Coeuret et E Fortis droit pénal du travail; Olivier Fardoux et J-C Planque., droit pénal du travail ed Bréal; D. Guirimand, Droit pénal et droit du travail, in J.-C. Saint-Pau (dir.): Droit pénal et autres branches du droit. Regards croisés: éd Cujas, 2012, p. 313

<sup>18</sup> Xavier Pin., Droit pénal général Dalloz Edition 2017; J. Pradel et M. Danti-Juan Droit pénal spécial – Droit commun – Droit des affaires, 5e éd.: éd. Cujas, 2010, n° 46

<sup>19</sup> Valérie Malabat., droit pénal spécial Dalloz 2017

<sup>20</sup> Etienne Vergès., Procédure pénale: Lexisnexus 2017

<sup>21</sup> Dan Top et Marc Richevaux., La protection des droits des salariés dans l'union européenne L'Harmattan, 2008

<sup>22</sup> Mireille Poirier., La gradation des fautes en droit du licenciement: dr ouvr nov. 2002. 511

d'aller beaucoup plus loin, à des actes de harcèlement ou de discrimination<sup>23</sup>, pour lesquels la chambre sociale de la cour de cassation vient de donner quelques éléments d'interprétation en ce qui concerne le harcèlement moral, en attendant que d'autres n'arrivent pour les autres cas envisagés. L'adverbe « notamment » utilisé dans le texte, qui suit la référence à la faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité et précède l'énumération: harcèlement, discrimination étant un adverbe d'ouverture<sup>24</sup> permet logiquement de comprendre la notion de faute d'une exceptionnelle gravité et de justifier une extension de cette liste et donc de justifier une interprétation extensive<sup>25</sup> de la liste indiquée, ce qui est une réponse aux craintes exprimées lors d'un débats par un parlementaire qui indiquait qu'il convient de rassurer l'ensemble de nos concitoyens quant au fait que les fautes graves ou inexcusables de l'employeur ne seront pas concernées par l'application du barème<sup>26</sup>, craintes auxquelles la ministre a répondu dans un sens rassurant du moins sur l'aspect harcèlement et discrimination, restant étrangement silencieuse sur l'aspect faute de l'employeur comme s'il était inconvenant de parler de quelques chose d'inconcevable tant il est certain que l'employeur ne peut pas commettre de faute et encore moins être sanctionné s'il en commet<sup>27</sup>.

Pourtant, la cour de cassation, du moins dans le présent arrêt, estime que ces dispositions doivent être interprétées de manière très restrictives, afin d'obliger les personnes concernées à se plier coûte que coûte à la barémisation<sup>28</sup>, à moins que les salariés n'aillent chercher secours devant la chambre criminelle dont on a, un temps, pu dire qu'elle était plus sociale que la chambre sociale<sup>29</sup> ou qu'ils ne préfèrent aller devant les juridictions internationales: cour de justice de l'union européenne<sup>30</sup>, Cour européenne des droits de l'homme<sup>31</sup>, plus soucieuses que les

---

<sup>23</sup> L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social art. 3 b al. 1 in fine Jo du 16 et Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail art. 2-3° C. trav., art. L. 1235-3-1 renvoyant à C. trav., art. L. 1152-3 et L. 1153-4, (harcèlement moral) C. trav., art. L. 1134-4 et L. 1132-4 (licenciement discriminatoire) C. trav., art. L. 1144-3 (licenciement consécutif à une action en justice, en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes) et en cas de dénonciation de crimes et délits, ou à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé.

<sup>24</sup> De Saussure., Cours de linguistique générale, éd. Payot, 1995 rééd.

<sup>25</sup> Maria-Luiza HRESTIC., la méthodologie de l'interprétation des normes juridiques: revue européenne de droit soc avril 2008

<sup>26</sup> Debats AN relatifs à L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation autorisant le gouvernement à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social interventions Patrick Mignola. En commission et à la séance du Séance 12 juillet 2017

<sup>27</sup> Interventions de la ministre lors des débats parlementaires relatifs à la loi L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation autorisant le gouvernement à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

<sup>28</sup> Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 15-23.045, FP-P+B

<sup>29</sup> Alain Supiot., Les juridictions du travail, Traité de droit du travail t. 9, Dalloz publié sous la direction de G.H. Camerlynck », 1987

<sup>30</sup> Joël Andriantsimbazovina, Francette Fines, Hélène Gaudin., Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne: Dalloz 2014

<sup>31</sup> Jean-Pierre Marguénaud., La Cour européenne des droits de l'Homme 6e éd.: Connaissance du droit 2012; Frédéric Sudre (Direction)., Les grand arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme 2017

auteurs de la réforme du code du travail français des droits fondamentaux<sup>32</sup>, des salariés, même lorsqu'ils sont mis en balance avec les intérêts légitimes de l'entreprise<sup>33</sup>, encore faut-il que ces droits avancés soient réellement légitimes<sup>34</sup>, ce qui ne semble pas être le cas de la recherche effrénée de la régression sociale même si elle est avancée comme justificatif pour permettre aux entreprises de devenir compétitives<sup>35</sup>, ce qui d'ailleurs reste à démontrer, les quelques études économiques partielles sur la question, qui mériteraient d'être prolongées par travaux plus globaux, montrent que le résultat effectivement obtenu est exactement l'inverse du discours tenu<sup>36</sup>. Il y a donc lieu de se pencher sur le signe fort donné par la chambre sociale de la cour de cassation: les exceptions à la barémisation, spécialement en ce qui concerne le harcèlement (I), en attendant des décisions identiques en matière de discrimination, et/ou faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, doivent être interprétées de manière très restrictive, et sur les perspectives possibles d'une telle décision (II).

#### I harcèlement

Le licenciement d'un salarié qui a été victime de faits de harcèlement moral<sup>37</sup> ou qui les a dénoncés<sup>38</sup> est nul<sup>39</sup>. Ce qui est de nature à lui permettre d'échapper à la barémisation des indemnités licenciement. Encore faut-il, qu'il ait expressément qualifié les agissements en question de « harcèlement moral », opération dont on sait qu'elle est loin d'être facile à réaliser même pour des spécialistes<sup>40</sup>. Le salarié victime d'un licenciement lié à des faits de harcèlement moral ou à leur dénonciation, souhaitant échapper à la barémisation de ses indemnités de licenciement devra-t-il commencer par un doctorat en droit? Au bas mot 8 ans d'études<sup>41</sup>, voire plus, et lorsqu'il les aura terminées la prescription, maintenant réduite à un an<sup>42</sup>, durée bien inférieure à la prescription de droit commun qui est de 5 ans<sup>43</sup>, sera acquise depuis longtemps<sup>44</sup>. Il y a donc lieu de commencer par une définition du harcèlement (A) et des éléments permettant de le qualifier (B).

---

<sup>32</sup> I. Meyrat, *Droits fondamentaux et Droit du travail*, Thèse 1998, Université Paris-X-Nanterre, p.24.

<sup>33</sup> MOULY Jean et MARGUENAUD Jean-Pierre., *Convention européenne des droits de l'homme et droit du travail: Petites affiches* 19 juin 2008 n°123

<sup>34</sup> Marc Richevaux., *commerce et valeurs fondamentales de la société cahiers du cedimes* 2/2015

<sup>35</sup> Guy Démarest, David Feltz et Michel Montigné., *Stop au chômage et à la régression sociale: Les éditions de l'atelier*, 2016; Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen., *Le travail et la loi*, Paris, Fayard, 2015

<sup>36</sup> Isabelle Schoman., *réformes du droit du travail en temps de crise: bilan alarmant pour les droits fondamentaux et la démocratie en Europe: revue interventions économiques* 1 er mars 2015 Uquam

<sup>37</sup> C. trav., art. L. 1152-1

<sup>38</sup> C. trav., article L. 1152-2; KATZ, *Dénoncer ou témoigner de faits de harcèlement moral: quels risques encourus?* AJ pénal 2010. 527

<sup>39</sup> C. trav., art. L. 1152-3 et L. 1153-4

<sup>40</sup> B. Lapérou, *La notion de harcèlement moral dans les relations de travail: RJS* 2000, p. 423

<sup>41</sup> C. éduc. art. L. 612-7

<sup>42</sup> C. trav., art. L.1471-1

<sup>43</sup> C. civ., art. 2224 L. du 17 juin 2008,

<sup>44</sup> Poirier, M.: *Eviter le couperet de la prescription après la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi*, *Droit Ouvrier*, 2014, p. 182-196

A) harcèlement moral définition.

Le harcèlement moral au travail<sup>45</sup> est prohibé<sup>46</sup> et pénalement sanctionné<sup>47</sup>, par le code pénal<sup>48</sup> et le code du travail<sup>49</sup>. La définition du harcèlement moral, vise implicitement un droit à

la dignité au travail<sup>50</sup>, mais va aussi plus loin que cette notion. Pour la répression du harcèlement moral, il est prévu que: le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende<sup>51</sup>. Il est aussi prévu dans que les faits de discriminations commis à la suite d'un harcèlement moral ou sexuel sont punis d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 € et qu'aucun salarié ne doit subir des agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel<sup>52</sup>. Aussi qu'aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés<sup>53</sup>. Ceci est complété par le fait que toute rupture du contrat de travail intervenue en

---

<sup>45</sup> DESRUMAUX, Le harcèlement moral au travail, 2011, PU Rennes; RAVISY, Le harcèlement moral au travail, 4e éd., 2007, Delmas Express: BOUJAZIZ, Harcèlement moral dans les relations de travail. Essai d'approche juridique, Dr. ouvrier 2000. 192; GUALANO, Le harcèlement moral au travail, Sem. soc. Lamy 17 sept. 2001, no 1042, p. 6 (1re partie) et 24 sept. 2001, no 1043, p. 5 (2e partie); MILET, Le harcèlement moral au travail, RPDS sept. 2003. 273; PICCA, Le harcèlement moral au travail, LPA 21 janv. 2002, no 15, p. 53

<sup>46</sup> LARDY-PÉLISSIER, La prohibition légale du harcèlement: RJS 3/2006. 191

<sup>47</sup> C. Katz, Le délit de harcèlement moral: une incrimination nécessaire, une application problématique: AJP 2005, p. 13

<sup>48</sup> MALABAT, À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement: Dr. soc. 2003. 491

<sup>49</sup> FORTIS, Harcèlement moral en droit pénal et en droit du travail, unité ou dualité? Sem. soc. Lamy 7 mars 2011, no 1482, p. 8

<sup>50</sup> Charte sociale européenne de 1996 art. 26-2 L. ratification n° 99-174, 10 mars 1999: JO du 11; S. Grévisse, Le renouveau de la Charte sociale européenne: Dr. soc. 2000, p. 884; directive européenne du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail JOCE 2 Déc. 2000; P. Adam, La « dignité du salarié » et le droit du travail: Rev. dr. trav. mars 2014 et Rev. dr. trav. avr. 2014; Th. Revet, La dignité de la personne humaine en droit du travail: in M.-L. Pavia et Th. Revet (dir.), La dignité de la personne humaine: *Économica Études juridiques*, 1999, p. 137; Y. Mayaud, Du concept de dignité appliqué aux conditions de travail et d'hébergement: Rev. sc. crim. 1998, p. 541; R. Dalmasso., la protection contre les formes modernes de travail indigne en France après la ratification du protocole OIT contre le travail forcé: dr ouvr oct. 2017.585

<sup>51</sup> C. pén., art. 222-33-2

<sup>52</sup> C. trav., art. L. 1152-1

<sup>53</sup> C. trav., art L. 1152-2



méconnaissance de ces dispositions<sup>54</sup>, toute disposition ou tout acte contraire est nul<sup>55</sup>. Il y a lieu de noter qu'un harcèlement moral peut être constitué indépendamment de l'intention de son auteur<sup>56</sup>, ce qui exclut l'intention de nuire, même si en pratique de tels agissements ont pour effet de nuire à la victime, même si ce n'est pas recherché. De plus il est prévu que l'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral<sup>57</sup>. Même en l'absence de licenciement, ou de sanction la victime pourra obtenir réparation du préjudice subit du fait du harcèlement moral<sup>58</sup>, par la mise en jeu des responsabilités de l'auteur des faits et de l'employeur<sup>59</sup>, voire par une reconnaissance au titre de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles<sup>60</sup>. Ceci passe par la qualification de ces faits pour laquelle la cour de cassation semble vouloir maintenant être très exigeante.

B) Éléments constitutifs du harcèlement moral permettant, sa qualification

Il est exigé du salarié qui souhaite échapper à la barémisation de ses indemnités de licenciement en invoquant des faits de harcèlement dont il aurait été victime ou qu'il aurait dénoncé, qu'il les qualifie expressément. La qualification de harcèlement<sup>61</sup> repose sur la combinaison de différents critères, sous le contrôle de la Cour de cassation<sup>62</sup> mais jusqu'à maintenant son contrôle des décisions des juges semblait se limiter à un contrôle de motivation<sup>63</sup>, la présente décision y ajoute l'obligation pour le salarié de qualifier expressément ces faits de harcèlement moral<sup>64</sup>. Il est possible de dégager trois conditions de nature à caractériser l'existence d'une situation de harcèlement moral<sup>65</sup>.

1) Nécessité de la répétition des faits

Le harcèlement moral consiste en toute conduite abusive (geste, paroles, comportement, attitude, etc.) qui porte atteinte, par sa répétition ou sa

<sup>54</sup> C. trav., art. L. 1152-1 et L. 1152-2

<sup>55</sup> C. trav., art. L. 1152-3

<sup>56</sup> Cour de cassation 10 novembre 25/11/2009 Liaisons Sociales Quotidien, 26/11/2009

<sup>57</sup> C. trav., art. L. 1152-4; FERTÉ, Comment détecter, prévenir et gérer les situations de harcèlement moral? JS Lamy 1er sept. 2008, no 239-3

<sup>58</sup> Clotaire Mouloungui., notions fondamentales du droit: L'harmattan

<sup>59</sup> Ch RADÉ., Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise: l'obscur éclaircissement, Dr. soc. 2006. 826

<sup>60</sup> Franck Petit., l'essentiel du droit de la protection sociale: Gualino 2016

<sup>61</sup> Hélène Masse-Dessen., une qualification en voie de clarification: RDT 2006.10; DELGA et RAJKUMAR, Le harcèlement moral: éléments caractéristiques du harcèlement moral au regard du code du travail et de la jurisprudence contemporaine, Dr. ouvrier 2005. 161

<sup>62</sup> Cass. soc., 26 mai 2010, n° 08-43.152: JCP S 2010, 1330, C. Leborgne-Ingelaere; JCP G 2010, act. 664, C. Lefranc-Hamoniaux; D. 2010, p. 1988, G. Dedessus-Le-Moustier; Cass. soc., 16 juin 2011, n° 09-40.922: JurisData n° 2011-011668; JCP S 2011, 1482 C. Leborgne-Ingelaere

<sup>63</sup> Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-44.686; Cass. soc., 24 oct. 2004, n° 04-41.008: JurisData n° 2004-026572; J.-Y. Frouin, Sur le contrôle par la Cour de cassation de la qualification juridique de harcèlement moral: RJS 2005, p. 671; P. Adam: Harcèlement moral et contrôle de qualification: nouveau régime de liberté surveillée: SSL 2016, p. 1727; A. Martinel, Harcèlement moral et contrôle de la Cour de cassation: Semaine sociale Lamy 29 sept. 2008, p. 5

<sup>64</sup> Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 15-23.045, FP-P+B

<sup>65</sup> art. L. 1152-1 du Code du travail; Caroline André., Éléments caractéristiques du délit de harcèlement moral: La Semaine Juridique Social, 11 Nov. 2008, 158

systématisation, à la dignité ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, mettant en péril l'emploi de celle-ci, dégradant le climat de travail<sup>66</sup>. Ce qui permet d'envisager des actes explicitement hostiles et offensifs dirigés de façon répétée contre tout salarié<sup>67</sup>. La mention d'agissements répétés de harcèlement nécessite pour que le harcèlement moral soit punissable une répétition de faits constitutifs<sup>68</sup>. Un acte isolé ne permet pas de qualifier le harcèlement moral<sup>69</sup>.

2) Dégradation des conditions de travail

La dégradation des conditions de travail est indispensable à la caractérisation du harcèlement moral. Elle en constitue l'élément objectif essentiel<sup>70</sup> que le salarié doit obligatoirement avoir subis de manière personnelle<sup>71</sup>.

3) l'Atteinte potentielle aux droits, à la dignité, à la santé et à la carrière sont aussi des éléments constitutifs du harcèlement

Les agissements de harcèlement doivent être susceptibles de porter atteinte aux droits de la victime, à sa dignité ou mettre en péril son état de santé<sup>72</sup>. La simple possibilité d'une dégradation des conditions de travail suffit à consommer le délit de harcèlement moral<sup>73</sup>. Il est donc envisageable de sanctionner le harcèlement moral en dehors de tout préjudice<sup>74</sup>, mais dans la pratique on voit mal exister une hypothèse de harcèlement ne créant pas de préjudice, au moins moral, pour la victime. L'expression droits de la victime vise ceux de la personne au travail<sup>75</sup>, approche incontestablement très large.

L'atteinte à la dignité et l'atteinte à la santé sont aussi des éléments constitutifs du harcèlement<sup>76</sup>. L'atteinte à la dignité du salarié est une remise en cause de la personne, de ce qui la constitue comme une personne à part entière, reconnue dans sa réalité humaine que l'employeur doit respecter personne<sup>77</sup>. Les faits de harcèlement moral peuvent avoir pour effet une dégradation de l'état de santé du salarié<sup>78</sup>.

---

<sup>66</sup> C. trav., art. L. 1152-1

<sup>67</sup> D. n° 2000-110, 4 févr. 2000: JO du 12

<sup>68</sup> art. L. 1152-1 du Code du travail; Cass. soc., 27 oct. 2004, n° 04-41.008: JurisData n° 2004-026572; Cass. soc., 24 janv. 2006, n° 03-44.889: JurisData n° 2006-031863; Cass. soc., 4 avr. 2006, n° 04-43.929; Cass. soc., 4 oct. 2007, n° 06-42.908: JurisData n° 2007-040691; Cass. soc., 24 juin 2009, n° 07-41.925: JurisData n° 2009-049031; Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-41.638: JurisData n° 2009-049305

<sup>69</sup> Cass. soc., 15 avr. 2008, n° 07-40290

<sup>70</sup> C. trav., art. L. 1152-1

<sup>71</sup> Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-19.748: JurisData n° 2010-018925, JCP S 2011, 1025, C. Leborgne-Ingelaere; RABBE, Les méthodes de gestion et le harcèlement moral en droit du travail, JS Lamy 26 juin 2013, no 346-4 (1re partie) et 11 juill. 2013, no 347-4 (2e partie)

<sup>72</sup> C. trav., art. L. 1152-1

<sup>73</sup> Cass. crim., 6 déc. 2011, n° 10-82.266: JurisData n° 2011-030093; JCP S 2012, 1176, C. Leborgne-Ingelaere

<sup>74</sup> Cass. soc., 24 oct. 2004, n° 04-41.008: JurisData n° 2004-026572; Bull. civ. V, n° 267

<sup>75</sup> art. L. 1121-1 du Code du travail; Cons. constit., déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, consid. n° 83

<sup>76</sup> Cass. soc., 20 juin 2013, n° 10-20.507: JurisData n° 2013-012450

<sup>77</sup> Cass. soc., 16 déc. 1993, n° 90-43.039

<sup>78</sup> Cass. soc., 26 mai 2010, n° 08-43.152: JurisData n° 2010-007210; JCP S 2010, 1330, C. Leborgne-Ingelaere

L'Impact sur la carrière professionnelle du salarié est un autre effet possible du harcèlement moral. Il pourra se manifester de façons très diverses susceptibles de compromettre l'avenir professionnel du salarié<sup>79</sup>. Ces Critères sont alternatifs et non cumulatifs<sup>80</sup>. Le harcèlement moral est constitué, dès lors que sont caractérisés des agissements répétés ayant pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel<sup>81</sup>. Il ne fait aucun doute que la volonté de harceler n'est pas un élément constitutif du harcèlement<sup>82</sup>. On peut mentionner quelques exemples, non exhaustifs, d'agissements harcelants regroupés par thèmes que la pratique a déclinés, tels isolement<sup>83</sup>, persécution<sup>84</sup>, mise en scène de la disparition<sup>85</sup>, sanctions<sup>86</sup>. De plus, en raison de certaines méthodes de gestion, des formes nouvelles, susceptibles d'avoir une plus grande ampleur, de harcèlement managérial sont apparues et ont été condamnées<sup>87</sup>. Mais, cela n'est retenu que sous réserve que ces méthodes se manifestent pour un salarié déterminé<sup>88</sup>. Cependant une mesure collective peut avoir des incidences individuelles, encore faut-il pouvoir le démontrer. Le harcèlement discriminatoire a aussi

<sup>79</sup> CA Pau, ch. soc., 22 juin 2006, n° 04/03204: JurisData n° 2006-321962

<sup>80</sup> Cass. soc., 10 mars 2010, n° 08-44.393

<sup>81</sup> Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-41.497: Bull. civ. 2009, V, n° 248; JCP S 2010, 1125, 1re esp., C. Leborgne-Ingelaere

<sup>82</sup> Cass. soc., 7 juin 2011, n° 09-69.903: JurisData n° 2011-010997

<sup>83</sup> Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-69.444: JurisData n° 2011-012759; Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42.849: JurisData n° 2009-050367; JCP S, 2010, 1125, Leborgne-Ingelaere; Cass. soc., 24 mars 2010, n° 07-45.414: JurisData n° 2010-002681; Cass. soc., 23 mars 2011, n° 08-45.140; Cass. soc., 7 juill. 2009, n° 08-40.034: JurisData n° 2009-049299; Cass. soc., 28 janv. 2010, n° 08-42.616: JurisData n° 2010-051329; Bull. civ. 2010, V, n° 27; JCP S 2010, 1139, P.-Y. Verkindt; RJS 2010, n° 336; Cass. soc., 27 oct. 2004, n° 04-41.008: JurisData 2004-026572; Bull. civ. V, n° 267; Cass. soc., 4 avr. 2006, n° 04-43.929; Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-41.495: JurisData n° 2010-016611; Cass. soc., 6 juin 2012, n° 11-17.489: JurisData n° 2012-012105; JCP S 2012, 1463, D. Chenu; Cass. crim., 20 mai 2008, n° 06-86.580, F-D: JurisData n° 2008-044503

<sup>84</sup> Cass. soc., 23 mai 2017, 15-28.922, Inédit; Cass. soc., 8 décembre 2015, 14-16.278, Inédit; Cass. soc., 28 janvier 2015, 13-22.378, Inédit; Cass. soc., 5 novembre 2015, 14-12.803, Inédit.

<sup>85</sup> Cass. soc., 16 juin 2011, n° 09-40.922: JurisData n° 2011-011668; JCP S 2011, 1482, C. Leborgne-Ingelaere; Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-41.583: JurisData n° 2011-004876; Cass. soc., 27 oct. 2004, n° 04-41.008: JurisData n° 2004-026572; Bull. civ. V, n° 267; Cass. soc., 26 mai 2010, n° 08-43.152: JurisData n° 2010-007210; JCP S 2010, 1330, C. Leborgne-Ingelaere; Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-18.991: JurisData n° 2012-015845

<sup>86</sup> Cass. soc., 26 janv. 2005, n° 02-47.296: JurisData n° 2005; 026604; Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-45.579: JurisData n° 2008-045108; Cass. soc., 25 janv. 2011, n° 09-42.097: JurisData n° 2011-000674; JCP S 2011, 1244, C. Leborgne-Ingelaere; Cass. soc., 13 avr. 2010, n° 09-40.837; Cass. soc., 14 sept. 2010, n° 09-66.762: JurisData n° 2010-016082; Cass. soc., 23 juin 2010, n° 09-41.175: JurisData n° 2010-010294; Cass. soc., 20 oct. 2009, n° 08-43.322: JurisData n° 2009-050113; Cass. soc., 7 juill. 2009, n° 08-40.034: JurisData n° 2009-049299

<sup>87</sup> ADAM., La « figure » juridique du harcèlement moral managérial, Sem. soc. Lamy 7 mars 2011, no 1482, p. 4; Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-45.321: JurisData n° 2009-050261; Bull. civ. 2009, V, n° 247; S. Béal et C. Terrenoire: JCP E 2010, 1424; Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 08-43.412 et n° 08-44.575; Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-44.107; Cass. soc., 1er mars 2011, n° 09-69.616

<sup>88</sup> Cass. soc., 19 janv. 2011, n° 09-67463: JurisData n° 2011-000381

été consacré<sup>89</sup>. Bien sûr le harcèlement moral ne doit pas être confondu avec les exigences du travail subordonné<sup>90</sup>, mais il est parfois difficile de distinguer le harcèlement moral et ce qui n'est qu'une relation normale de travail au cours de laquelle apparaissent occasionnellement quelques tensions<sup>91</sup>. Dès lors que l'employeur en use, dans le cadre d'une exécution loyale du contrat de travail<sup>92</sup>, son pouvoir<sup>93</sup>, y compris disciplinaire<sup>94</sup> ne saurait être utilement invoqué comme étant du harcèlement<sup>95</sup>. Compte tenu des exigences de la cour de cassation qui oblige le salarié qui, pour échapper à la barémisation des indemnités de licenciement correspondantes, invoque le fait qu'il a été victime de faits de harcèlement ou les a dénoncés qu'il qualifie expressément les faits en question de harcèlement<sup>96</sup>, la non application de la barémisation pourrait bien devenir exceptionnelle. A moins que, compte tenu du fait que la sanction de la mesure prise contre le salarié pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral est la nullité<sup>97</sup>, ce qui entraîne la réintégration du salarié<sup>98</sup> qui la demande<sup>99</sup>, des actions pour l'obtenir ne deviennent plus systématiques de la part des intéressés qui y verraient le seul moyen d'échapper à la réduction drastique des indemnités de licenciements. En effet, le législateur allonge régulièrement la liste des salariés protégés<sup>100</sup>, bénéficiaires de la nullité de licenciement et donc de la réintégration, et la jurisprudence y ajoute le salarié, même non spécialement protégé, victime d'une atteinte à ses droits fondamentaux<sup>101</sup>. Le résultat obtenu serait très différent de celui initialement souhaité par les demandeurs de la réforme, certes ils n'auraient plus à payer d'indemnités de licenciement mais à un prix qui pour eux serait peut être bien plus élevé, mais que certains dans ce genre de situations accepteraient de bonne grâce, car la réintégration dans l'entreprise d'un salarié dont ils souhaitaient absolument se séparer n'est pas de nature à améliorer le climat social de

---

<sup>89</sup> L. n° 2008-496, 27 mai 2008: J O du 28, rectificatif JO du 8 août 2009 pris en application de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en matière d'emploi et de travail: JOCE 26 Juillet 2006; O. Gabriel-Calixte: LPA 7 janv. 2009, n° 5, p. 3; K. Saïd: RDT juin 2008, p. 389; M. Miné: RDT sept. 2008, p. 534 et déc. 2008, p. 741; M. Th. Lanquetin: Dr. soc. 2008, p. 778

<sup>90</sup> DUQUESNE., Harcèlement moral et subordination. Désillusions en marge de la discussion relative au harcèlement moral au travail, D. 2001. Chron. 2845

<sup>91</sup> B. Lapérou., La notion de harcèlement moral dans les relations professionnelles: RJS 2000/6, p. 423 à 433

<sup>92</sup> Franck Petit., (dir) droit et loyauté actes du colloque organisé le 10 oct. 2014 par l'université d'Avignon Dalloz coll. thèmes et commentaires 2015

<sup>93</sup> E. Gaillard, La notion de pouvoir en droit privé, préface G. Cornu, Economica 1985, passim

<sup>94</sup> Alexandre Fabre., Le régime du pouvoir de l'employeur sous la direction de Antoine Lyon-Caen - Paris 10

<sup>95</sup> CA Versailles, 6e ch. soc., 13 janv. 2004, n° 03/1940: RJS 2004, n° 855

<sup>96</sup> Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 15-23.045, FP-P+B

<sup>97</sup> C. trav., art. L. 1152-3

<sup>98</sup> Cass. soc. 30 avril 2003, n° 00-44811; Bernard Gauriau., Variations sur la nullité du licenciement: Droit social 2014. 44

<sup>99</sup> Cass. soc. 4 fév. 2014, n° 11-27134

<sup>100</sup> Michel Miné, Hubert Rose, Yves Struillou., Droit du licenciement des salariés protégés 2<sup>e</sup> éd 2002

<sup>101</sup> Soc. 28 avr. 1988, Bull. civ. V, n° 257; D. 1988. 437, E. Wagner; Dr. soc. 1988. 428, G. Couturier 1988, Bull. civ. V, n° 257; D. 1988. 437, note E. Wagner; Dr. soc. 1988. 428, note G. Couturier; MEYRAT Isabelle, Droits fondamentaux et Droit du travail th nov. 1998

l'entreprise. On pense par exemple à un employeur organisant un referendum d'entreprise pour faire ratifier aux salariés de celle-ci un accord dans lequel ils renoncent à tous leurs droits et qui, grâce à l'action d'un militant syndical est massivement rejeté, et ce salarié immédiatement licencié, pour permettre à l'employeur d'organiser à nouveau le même referendum, avec l'espoir d'obtenir un résultat différent, le licenciement en question est nul et le salarié concerné peut prétendre à sa réintégration, nul doute que dans ce cas de figure que l'employeur connaissant trop bien les conséquences possibles du retour de ce salarié dans l'entreprise, sera prêt à payer un prix, même très élevé, pour que cela ne se produise pas. Dans ce cas, le barème obligatoire ne sera qu'un élément multiplicateur de base pour que le salarié en question accepte une transaction l'écartant définitivement de l'entreprise, même si sa multiplication est faite par 3, 4 ou 10 ou plus.

A défaut de l'avoir obtenu par la réforme du code du travail certains employeurs sont prêts à payer le prix qu'il faut, même, s'il est très élevé, pour voir se réaliser leur rêve d'entreprises fonctionnant sans syndicats<sup>102</sup> avec des salariés sans droits, et des salaires symboliques<sup>103</sup>.

Sauf en cas d'atteinte à leurs droits fondamentaux, qui permet alors leur réintégration, les salariés qui ne bénéficient pas d'une protection légale particulière, ne peuvent pas espérer obtenir une réintégration, néanmoins ils ne sont pas totalement démunis. Certes, compte tenu de la publicité dont elle a fait l'objet<sup>104</sup>, qui montre bien que la juridiction qui l'a rendue ne souhaite pas la cantonner à une décision d'espèce, des décisions allant dans le même sens relatives à la discrimination et à la faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, rejetant les demandes des salariés fondées sur ces principes ne sont pas impossibles, rendant alors théoriques les exceptions à la barémisation. Mais il existera alors pour les salariés d'autres perspectives.

## **II perspectives**

La voie de l'indemnisation de son licenciement autrement que sur la base du barème légal obligatoire, même lorsqu'il pensait pouvoir y échapper en invoquant des faits de harcèlement, de discrimination ou une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, lui étant fermée, le salarié pourrait chercher ailleurs la solution, par exemple dans des poursuites pénales pour des motifs autre que le harcèlement. Il existe de nombreuses infractions possibles, exposant alors l'employeur à des sanctions pénales bien plus lourdes, éventuellement assorties non plus d'une indemnisation du licenciement, mais de la réparation du préjudice né de l'infraction, y compris si le salarié concerné parvient à rester dans l'entreprise, et qui en cas de licenciement pourrait pour l'employeur s'avérer bien

---

<sup>102</sup> cgpme., Réforme du code du travail: enfin! Communiqués de presse 31 août 2017

<sup>103</sup> Jean-Marie Moine., Les barons du fer: Les maîtres de forges en Lorraine du milieu du 19e siècle aux années trente, Histoire sociale d'un patronat sidérurgique matrix 1 er décembre 2000

<sup>104</sup> A. Lacabarats., Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation: Dalloz 2007, p. 889

plus lourd que l'application du barème obligatoire du licenciement, sans compter qu'il n'est pas exclu, mais alors à la suite de deux procédures judiciaires, que les deux indemnités soient cumulables.

A) Fautes de l'employeur

1) harcèlement

Pour le salarié, échapper à la barémisation des indemnités de licenciement en invoquant la discrimination paraît une voie étroite pour laquelle les chances de succès pourraient être minces.

En matière de harcèlement moral il n'est pas besoin d'une intention de nuire de l'auteur des faits pour qu'un harcèlement moral soit reconnu<sup>105</sup>, car il résulte du texte le sanctionnant que le harcèlement moral est constitué, indépendamment de l'intention de son auteur<sup>106</sup>.

L'interdiction du harcèlement moral, s'accompagne d'une obligation à la charge de l'employeur de prévenir dans la mesure du possible son apparition notamment par le jeu de l'obligation de sécurité de résultat d'origine prétorienne et dont la rigueur a récemment été tempérée<sup>107</sup>. Face à l'obligation légale imposant à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention prévues<sup>108</sup> et qui, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à le faire cesser n'engage plus sa responsabilité<sup>109</sup>. La solution antérieure fondée sur l'obligation de sécurité de résultat<sup>110</sup> était inverse. L'objet de l'obligation n'est plus la garantie l'intégrité physique et morale du salarié, mais seulement la prise des mesures et leur mise en œuvre pour y aboutir<sup>111</sup>. Ce qui exclut l'engagement de la responsabilité de l'employeur lorsqu'il a mis en œuvre les mesures appropriées. Les juges pourraient bien tirer la conséquence que l'employeur ayant remplie son obligation de prévention il n'y a pas lieu de relever à son égard de harcèlement moral et donc de renvoyer le salarié à la barémisation des indemnités de licenciements.

---

<sup>105</sup> Cass. soc., 5 mai 2009, n° 07-45397; Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-40610; Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-43947; Cass. 10 novembre n° 08-41497

<sup>106</sup> art L. 1152-1 du Code du travail

<sup>107</sup> Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444 arrêt Air France: JurisData n° 2015-026268; JCP S 2016, 1011, M. Babin; JCP E 2016, 1146, A. Bugada

<sup>108</sup> art. L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail

<sup>109</sup> Damien CHENU., Le nouveau droit prétorien du harcèlement moral au travail; Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702, FS-P+B+R+I, M. S. c/ M. H. et a.: JurisData n° 2016-010257; JCP S 2016, 1220, G. Loiseau

<sup>110</sup> Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30.038: JurisData n° 2005-029149; JCP S 2015, 1056, P. Morvan

<sup>111</sup> S. Fantoni-Quinton et P.-Y. Verkindt, Obligation de résultat en matière de santé au travail: à l'impossible l'employeur est tenu: Dr. soc. 2013, p. 229; A. Bugada, L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale: obligation de moyens ou de résultat: JCP S 2014, 1450. - G. Vachet, L'obligation de sécurité de résultat: une notion séduisante, mais inappropriée, JCP S 2016, 1136

## 2) Discrimination

La discrimination est sanctionnée tant par le droit pénal<sup>112</sup> que par le droit social<sup>113</sup> et dans ce cas le licenciement né de tels faits et/ou de leur dénonciation permet au salarié concerné, du moins en principe, d'échapper à la barémisation des indemnités de licenciements<sup>114</sup> et donc d'obtenir une indemnisation de la totalité de son préjudice.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire<sup>115</sup>. Aucun salarié ne peut être sanctionné pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions<sup>116</sup>. Dans une telle situation, le juge n'est pas tenu par le barème de l'indemnisation du licenciement<sup>117</sup>. La personne reconnue coupable de discrimination encourt des sanctions pénales: trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende<sup>118</sup>. Les personnes morales peuvent aussi être déclarées responsables pénalement d'actes de discriminations<sup>119</sup>. Comme en matière de harcèlement, pour la discrimination, la seule volonté discriminatoire suffit, sans qu'il soit besoin d'une référence à une quelconque intention de nuire<sup>120</sup>.

Le fait de traiter de « négros » des membres du personnel qui lui étaient subordonnés et d'inscrire des mentions à connotation sexuelle sur des fiches d'autres membres du personnel, même en l'absence d'intention de nuire, ont nécessairement un caractère fautif<sup>121</sup>. La qualification de faute lourde nécessite une volonté délibérée de nuire, de causer un dommage. Le caractère vexatoire des insultes (racistes) mais on peut aussi envisager d'autres insultes tout aussi vexatoires, et discriminatoires devrait permettre la qualification en faute grave des dérapages verbaux auxquelles s'adonnent des chefs d'équipe.

Mais le risque est que le salarié qui invoque la discrimination pour échapper à la barémisation ne soit confronté à une interprétation des textes qui soit similaire à celle donnée en matière de harcèlement le renvoyant à la barémisation, il lui restera alors à invoquer faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité.

## 3) faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité

Une autre exception à la barémisation de l'indemnité est la possibilité pour le salarié d'invoquer une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité<sup>122</sup>, notion

---

<sup>112</sup> C. pén., art. 225-1

<sup>113</sup> C. trav., art. L. 1132-1

<sup>114</sup> L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social: art 3 b al. 1 et JO du 16

<sup>115</sup> art. L. 1132-1 du code du travail

<sup>116</sup> art. L. 1132-3-3 du code du travail

<sup>117</sup> art. L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017

<sup>118</sup> C. pén. art. 225-2

<sup>119</sup> art. 225-4 du Code pénal

<sup>120</sup> Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-42286, n° 07-42849, n° 07-45321 et n° 08-41497 4 e arrêt; Suzanne Reynier., La discrimination en matière d'emploi en France: Revue internationale de droit comparé Année 1969 Volume 21 Numéro 1 pp. 49-56

<sup>121</sup> Cass. soc., juin 2004, n° 02-44904, Société Pavillon Montsouris c. Mill

<sup>122</sup> L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social: art 3 b al. 1 et JO du 16

non définie par le texte et pour laquelle il y a peu de repères, sauf à ce reporter aux principes généraux de la responsabilité civile<sup>123</sup>.

A moins que, dans la veine de la présente décision la cour de cassation, n'institue une présomption, irréfragable, d'absence de faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, voire même la reconnaissance systématique de l'intention de nuire du salarié, caractéristique de la faute lourde, permettant alors un licenciement sans indemnités, voire même une action de l'employeur contre le salarié pour l'indemniser du préjudice qu'il a subi la question va se poser de l'invocation de la faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, ce qui pose le problème de sa définition et de sa place dans l'échelle des fautes déjà existantes. Le texte parle de: « faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, notamment harcèlement et discrimination », le fait que harcèlement et discrimination qui suivent l'expression faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité soit précédée d'une incise: l'adverbe notamment qui est un adverbe d'ouverture montre bien que le harcèlement et la discrimination ne sont que deux exemples d'une liste qui est possiblement beaucoup plus large, mais reste à construire, de faits et/ou comportements de l'employeur susceptibles d'être considérés comme une faute d'une exceptionnelle gravité. La faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité et sa place dans l'échelle des fautes doivent être recherchées. Pour y parvenir il y a lieu de se pencher sur la responsabilité pénale<sup>124</sup> en matière d'infractions non-intentionnelles et aussi sur les règles relatives à la responsabilité civile et à la faute de l'employeur dans les relations de travail.

On a beaucoup glosé sur la faute du salarié et ses conséquences sur la relation de travail. Il faudra probablement aussi se poser la question du comportement du salarié qui accepte de négocier avec l'employeur un accord caractérisé par la disparition des droits des salariés, que ceux-ci pourraient considérer comme une faute du négociateur justifiant alors l'indemnisation du préjudice qu'ils subissent. Dans ces conditions avant d'entamer de telles négociations le salarié pressenti aurait le plus grand intérêt à commencer par obtenir de l'employeur un engagement de sa solidarité pour les condamnations éventuelles<sup>125</sup>.

- la faute de l'employeur en droit pénal

La faute de l'employeur peut relever du droit pénal. Les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer<sup>126</sup>. Le degré de gravité de la faute constitutive du délit doit être

---

<sup>123</sup> Geneviève Viney., Introduction à la responsabilité 3<sup>e</sup> édition: L.G.D.J 2008

<sup>124</sup> La loi du 10 juillet 2000

<sup>125</sup> Marc Richevaux., régime général des obligations ellipses 2018 fiche solidarité

<sup>126</sup> art. 121-3, al. 4, du Code pénal



fonction du caractère direct ou non du lien de causalité entre cette faute et le dommage. Lorsque le lien est direct, une faute simple suffit. Lorsqu'il est indirect, une faute d'une certaine gravité, dite souvent "qualifiée", ou caractérisée, doit être établie<sup>127</sup>. On ne parle pas de faute d'une exceptionnelle gravité. Les concepts et la jurisprudence criminels risquent donc d'être de peu de secours pour pouvoir apprécier la faute d'une exceptionnelle gravité.

Faute « délibérée » et faute « caractérisée »

La personne physique, auteur indirect du dommage, n'engage sa responsabilité pénale que si peut être établie à son encontre l'existence d'une "faute qualifiée"<sup>128</sup> consistant:

- soit en la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement
- soit en une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer.

La Violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence s'analyse en une mise en danger délibérée d'autrui<sup>129</sup>, élément constitutif des infractions lorsque le lien de causalité est indirect.

La Faute caractérisée suppose la réunion de trois conditions.

La faute doit être "caractérisée", présenter un certain degré de gravité, une particulière évidence, un caractère affirmé. Elle doit ensuite avoir exposé autrui à un risque d'une particulière gravité. Il faut donc démontrer qu'en conséquence de la faute commise, il existait objectivement de fortes probabilités qu'une personne fût exposée à un risque de mort ou de blessures graves. Il faut aussi que l'auteur du dommage n'ait pu ignorer le risque, ce qui dans le cadre de l'entreprise sera une situation fréquente pour l'employeur. Dans l'échelle des fautes on est ici bien au-dessus de la faute d'une exceptionnelle gravité. La faute « délibérée » est plus grave que la faute « caractérisée » elle traduit une véritable « hostilité à la norme », tandis que la faute caractérisée révèle davantage une indifférence à l'égard de celle-ci. Il est inutile d'établir que le prévenu avait une connaissance effective et précise du risque créé: de graves manquements consistent précisément à ne pas avoir procédé aux contrôles qui eussent permis de révéler l'existence du risque, déterminer si le prévenu "pouvait ignorer le risque" appelle une appréciation concrète, fondée sur les circonstances de l'espèce démontrant un manquement à une obligation de sécurité et de résultat, « lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver<sup>130</sup>. La notion de gravité exceptionnelle de la faute ayant disparu des exigences de la jurisprudence criminelle. La référence faite par les auteurs du texte à cette notion abandonnée ne pouvant guère s'expliquer par leur ignorance du droit en vigueur, ce qui paraît difficilement

---

<sup>127</sup> art. 121-3, al. 4, du Code pénal

<sup>128</sup> art. 121-3, al. 4, du Code pénal

<sup>129</sup> art. 223-1 CP

<sup>130</sup> Soc. 28 févr. 2002, 7 arrêts, BICC n° 554, B. n° 81

concevable, ou ce qui est plus logique par une volonté de revenir sur la notion et son appréciation. Le législateur initial avait souhaité établir une hiérarchie entre "la faute pénale caractérisée" et la faute inexcusable, la première: la faute pénale caractérisée devant être tenue pour plus grave que la seconde: la faute inexcusable. L'établissement d'une telle hiérarchie est exprimé implicitement<sup>131</sup>. La méconnaissance, par le chef d'entreprise ou son délégué, de la réglementation relative à la sécurité des travailleurs constitue une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que le prévenu ne pouvait ignorer<sup>132</sup>. Il est indiscutable qu'un manquement à une obligation de sécurité pénalement sanctionnée constitue en lui-même une faute bien établie. Un tel manquement expose généralement autrui à un risque d'une particulière gravité puisqu'il consiste en la violation de dispositions ayant justement pour objet de protéger la sécurité, l'intégrité physique des salariés. La troisième condition tiens au degré de conscience du prévenu<sup>133</sup> l'ignorance caractérise en réalité la faute, de l'employeur car la loi lui faisait un devoir de procéder aux vérifications nécessaires, le chef d'entreprise ayant l'obligation de veiller personnellement à la stricte et constante application de la réglementation<sup>134</sup>. Il existe cependant des cas, en pratique très rares, où le chef d'entreprise pouvait légitimement ignorer le manquement à la réglementation du travail qui lui est imputé. Il peut en être ainsi, notamment, lorsque le manquement a été commis à l'occasion de travaux inhabituels, effectués à l'initiative d'un salarié sans que le chef d'entreprise en ait été avisé. Si elle facilite l'établissement de la faute<sup>135</sup>, l'existence d'un manquement à une obligation légale ou réglementaire n'est pas une condition de la répression<sup>136</sup>. En dehors du domaine des accidents du travail, la possibilité qu'avait l'auteur indirect du dommage de connaître les risques auquel il a exposé autrui, ne peut être appréciée de manière abstraite ou uniforme. Elle dépend de la précision, de la nature et de la force des obligations incombant à l'intéressé, mais également du champ d'intervention de celui-ci, de ses compétences techniques, des moyens mis à sa disposition pour s'acquitter de son devoir.

– Faute de l'employeur et responsabilité civile de droit commun

Le droit de la responsabilité civile de droit commun basée sur la distinction entre les différentes fautes qui sont à l'origine du dommage.

– La Faute simple: qui suffit à engager la responsabilité, un faible écart par rapport à la norme est suffisant

---

<sup>131</sup> art. 4-1 du Code de procédure pénale issu de la loi du 10 juillet 2000

<sup>132</sup> Crim. 10 oct. 2000, n° Q 99-87.280; Cass. 24 oct. 2000, n° 00-82.467; Cass. 17 déc. 2002, n° 02-81.229; Cass. 24 oct. 2000, n° 00-80.170; Cass. 21 nov. 2000, n° 00-81.488; Cass. 16 janv. 2001, n° 00-83.427; Cass. 16 janv. 2001, B. n 15; Cass. 16 janv. 2001, B. n° 14; Cass. 30 janv. 2001, n 99-84.109

<sup>133</sup> Crim. 2 oct. 1979, Bull. n° 267

<sup>134</sup> Crim. 22 mai 2001, n° 00-86.692; 28 nov. 2001, n° 00-86.968 - 5 mars 2002, n° 01-86.053; 5 nov. 2002, n° 02-80.287

<sup>135</sup> art. 121-3 al. 4, du Code pénal

<sup>136</sup> Crim. 5 déc. 2000, Bull. n° 363

- Faute lourde: il s'agit d'une faute non-intentionnelle, dans laquelle il n'y a pas de volonté de créer le dommage mais qui présente une gravité particulière: négligence, imprudence particulièrement grave, erreur de conduite particulièrement grossière. C'est une négligence d'une exceptionnelle gravité dénotant l'inaptitude du débiteur à accomplir sa mission. Elle doit d'apprécier au regard du comportement de l'auteur<sup>137</sup>. Il y a faute lourde lorsque l'agent eu un comportement particulièrement dangereux. Cette conduite est un écart énorme par rapport à la norme. Elle révèle son extrême incurie, son extrême incompétence, sa témérité son extrême stupidité/idiotie. On prend en compte sa conscience du dommage, sa volonté délibérée de ne pas exécuter son obligation, ce qui implique la conscience du dommage que l'on va créer. La répétition des fautes est aussi prise en compte dans le cas d'une personne commettant une suite de fautes ordinaires cela est équivalent à la commission d'une faute lourde unique. L'appréciation de la faute lourde se fait in abstracto, indépendamment de l'esprit, de l'aptitude intellectuelle de l'agent. Même lorsque la faute est lourde elle est qualifiée à travers la conscience du dommage. On pense que l'on puisse se référer à la violation d'une obligation essentielle pour qualifier la faute lourde. La faute lourde entraîne une responsabilité aggravée. Les arrêts qui parlent de la faute inexcusable la définissent on comme une « faute d'une gravité exceptionnelle ». Elle moins grave qu'une faute intentionnelle mais reste une imprudence gravissime.

- Faute intentionnelle qui s'entend de la faute commise avec la volonté de causer le dommage. En matière contractuelle, il n'est pas nécessaire qu'un débiteur ait voulu créer un dommage au créancier, il suffit qu'il ait volontairement refusé l'exécution de l'obligation.

- La faute dans les relations de travail
- Du côté du salarié

En droit du travail si l'on se place du côté du salarié<sup>138</sup> on connaît:

- Faute simple: ne justifiant pas un licenciement
- Faute sérieuse: cause de licenciement
- Faute grave: privative des indemnités de rupture<sup>139</sup>, c'est celle qui rend impossible sans dommage pour l'entreprise la continuation de la relation de travail.

- Faute lourde: caractérisée par l'intention de nuire, de nature à justifier une sanction voire un licenciement avec des indemnités réduites voire sans indemnités. Du côté du salarié, la faute lourde doit être impérativement caractérisée par l'intention du salarié de nuire<sup>140</sup> à l'employeur et/ou à l'entreprise. La faute lourde du salarié se définit ainsi: « la faute lourde est caractérisée par l'intention de nuire à l'employeur, laquelle implique la volonté du salarié de lui porter préjudice dans la commission du fait fautif et ne résulte pas de la seule commission d'un acte préjudiciable à l'entreprise ».

- Du côté de l'employeur

---

<sup>137</sup> Cassation Ch. Mixte., 2 arrêts du 22 avril 2005, affaires Chronopost

<sup>138</sup> Mireille Poirier., La gradation des fautes en droit du licenciement: dr ouvr nov. 2002.511

<sup>139</sup> Cass. soc., 10 juin 1976 dr soc 1977.21 J. Pélissier

<sup>140</sup> Cass. soc., 8-2-17, n°15-21064, PB

On connaît la faute inexcusable, pour laquelle il est prévu qu'en vertu du contrat de travail, l'employeur est tenu envers le salarié d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par l'intéressé du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise. Le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver<sup>141</sup>. Par la suite, cette jurisprudence a été étendue aux accidents du travail<sup>142</sup> qui relèvent plus de la sécurité sociale<sup>143</sup>. Le non-respect de l'obligation de sécurité de résultat<sup>144</sup>, relève plus du droit des accidents du travail et maladie professionnelles, mais peut être étendu à bien d'autres situations.

On connaît aussi la faute caractérisée<sup>145</sup>, qui relève plus du droit pénal, et dans l'échelle des fautes semble devoir se placer au-dessus la faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité. Vestige de l'application de la théorie de l'employeur seul juge, longtemps base de la jurisprudence sociale<sup>146</sup>, la faute de l'employeur est une notion peu étudiée en doctrine et les applications jurisprudentielles sont peu nombreuses. L'exécution du contrat de travail ou les relations de travail dans l'entreprise sont susceptibles de donner lieu à faute de l'employeur, notion qui mérite d'être précisée et graduée. Le terme de faute de l'employeur est très peu usité mais les choses sont susceptibles d'évoluer avec le nouveau code du travail qui y fait maintenant une référence expresse avec la notion de faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité<sup>147</sup>. Le terme faute de l'employeur est peu utilisé car il s'accorde mal avec l'autorité exercée par l'employeur. Il figure rarement dans les index des ouvrages juridiques spécialisés. Le terme de responsabilité lui est préféré.

La notion de faute patronale.

Tout manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles constitue, une faute et se résout par des dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice éprouvé par le salarié en raison de celle-ci.

Cependant, l'employeur ne commet aucune faute, susceptible d'engager sa responsabilité envers les salariés, du fait de la cessation d'exploitation ou de la mauvaise gestion de l'entreprise<sup>148</sup>.

---

<sup>141</sup> art. L. 452-1 du Code de la Sécurité Sociale; Cass. 28 février 2002 (arrêts amiante) n°00-10.051, 99-21.555, 99-17.201, et 99-17.221

<sup>142</sup> Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès., Droit du travail 2018. Précis Dalloz 31<sup>e</sup> éd 2017

<sup>143</sup> Jean-Jacques Dupeyroux, Michel Borgetto, Robert Lafore., Droit de la sécurité sociale précis dalloz 18<sup>e</sup> éd. 2015

<sup>144</sup> Cass. 28 février 2002 (arrêts amiante) n°00-10.051, 99-21.555, 99-17.201, et 99-17.221

<sup>145</sup> Frédéric Desportes., La responsabilité pénale en matière d'infractions non intentionnelles DESPORTES □ La loi du 10 juillet 2000 devant la Chambre criminelle: BICC

<sup>146</sup> J-C Javillier., droit du travail: LGDJ 1979; Linda Gautier., Que reste-t-il de la théorie de l'employeur seul juge? sous la direction de Mireille Poirier: ed [S.l.] [s.n.] 2006 [57936]

<sup>147</sup> L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social: art 3 b al. 1 et JO du 16; Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail article 2 □ 2° JO du 23

<sup>148</sup> Soc. 22 juin 1978, Bull. civ. V, p. 382, n° 508; Soc. 31 mai 1956, D. 1958.21, Levasseur; JCP 1956.II.9397, Esmein; Gaz. Pal. 1956.1.416

La faute patronale trouve son fondement dans le contrat de travail. Elle englobe tous les manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles et, le cas échéant, les voies de fait sur la personne d'un salarié<sup>149</sup>.

Les dommages-intérêts.

La faute patronale se résout par des dommages-intérêts<sup>150</sup>. Sauf dispositions légales contraires, par exemple, en matière de faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail, la majoration de la rente de la victime doit être calculée en fonction de la gravité de la faute et non de la gravité du préjudice<sup>151</sup>, la gravité de la faute ne doit avoir aucune influence sur la réparation du dommage<sup>152</sup>.

Mais il s'agit là, d'une spécificité de la législation des accidents du travail. Le nouveau code du travail en est une autre avec la faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité susceptible de faire échapper le salarié à la barémisation de ses indemnités de licenciement lui permettant ainsi d'obtenir une augmentation du montant de celles-ci<sup>153</sup>, et la réparation intégrale de son préjudice né du licenciement fautif. La faute patronale bénéficie, par rapport à la faute du salarié, d'un traitement juridique de faveur<sup>154</sup>, relativement tempéré par l'obligation de sécurité de résultat<sup>155</sup> encore qu'en la matière on semble voir poindre un retour en arrière<sup>156</sup>.

### **Uteurs du**

La faute de l'employeur existe souvent lorsque les conditions de travail du salarié se dégradent, que sa santé en est altérée ou son avenir professionnel compromis, ou lorsque ses droits et sa dignité sont bafoués<sup>157</sup>.

L'employeur qui est aussi tenu d'une obligation de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs<sup>158</sup> pourra voir sa responsabilité engagée s'il ne la respecte pas. La faute de l'employeur peut se constater pendant l'exécution du contrat de travail mais aussi par exemple au moment et dans les conditions de la rupture du contrat, entraînant alors la possibilité d'indemnisation supplémentaire du salarié concerné. L'allocation d'une indemnité pour rupture vexatoire, est distincte de l'indemnisation de la rupture

---

<sup>149</sup> Soc. 14 mars 1979, D. 1979.IR.424, J. Pélissier

<sup>150</sup> Christophe Radé., La contribution de la responsabilité civile à l'élaboration du statut du travailleur salarié Th Bordeaux 1 sous la direction de Jean Hauser

<sup>151</sup> Soc. 17 janv. 1962, Bull. civ. IV, p. 54, n° 65; D. 1962.197, J. - J. Dupeyroux

<sup>152</sup> Civ. 1re, 14 mai 1962, Bull. civ. I, p. 218, n° 241; D. 1963. Somm. 3

<sup>153</sup> L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social art 3 b al. 1 JO du 16; Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail article 2□2° JO du 23

<sup>154</sup> Yves Saint-Jours., La faute en droit du travail: l'échelle et l'escabeau: Recueil Dalloz 1990 p.113

<sup>155</sup> Cass. Soc., 28 février 2002, RJS 5/02, n° 618

<sup>156</sup> Cass. Soc., 25 novembre 2015 14-24.444 Arrêt Air France

<sup>157</sup> Cass. soc., 07-05-2002, n° 00-40.724; Cass. soc., 13-04-1976, n° 75-40.125; Cass. Ass. plén., 18-11-1998, n° 96-42.932; Cass. soc., 19-10-2005, n° 04-40.924; Cass. soc., 29-10-1996, n° 93-44.298; Cass. soc., 7 févr. 2012 n° 10-27525 PB M. X

<sup>158</sup> Cass. soc., 18 févr. 2014, n° 12-17557, FS-PB

injustifiée, mais suppose la caractérisation d'une faute de l'employeur dans les circonstances de la rupture<sup>159</sup>.

Les indemnités pour rupture vexatoire du contrat de travail allouées par la jurisprudence sociale se comptent au « compte-gouttes », mais la situation pourrait évoluer tant les salariés concernés, pourraient avoir intérêt à formuler de telles demandes qui leur permettraient, non pas d'échapper à la barémisation des indemnités prévue par le nouveau code du travail, mais d'obtenir en plus de celles-ci l'indemnisation d'un préjudice supplémentaire, distinct de la rupture, permettant alors de la compléter. La barémisation étant strictement limitée aux indemnités de licenciements, ne prend pas en compte les autres préjudices qui découlent du licenciement, ou plus exactement des circonstances qui peuvent l'entourer, et créent un préjudice distinct, susceptible d'être indemnisé sur un autre fondement, tels la faute, même ordinaire, de l'employeur<sup>160</sup>, ou l'abus de droit<sup>161</sup>, notamment en raison des conditions vexatoires de la rupture du contrat.

4) la faute de l'employeur d'une exceptionnelle et sa place dans l'échelle des fautes

Après avoir tenté de définir la faute de l'employeur il s'agit de trouver la place de sa faute d'une exceptionnelle gravité dans l'échelle des fautes existantes. On connaît la notion de faute dans le droit commun de la responsabilité civile basée sur la distinction Faute simple: qui suffit à engager la responsabilité, un faible écart par rapport à la norme suffit; Faute lourde: faute non-intentionnelle, dans laquelle il n'y a pas de volonté de créer le dommage mais qui présente quand même une gravité particulière: négligence, imprudence particulièrement grave, erreur de conduite particulièrement grossière. C'est une négligence d'une exceptionnelle gravité dénotant l'inaptitude du débiteur à accomplir sa mission, Il y a faute lourde lorsqu'il a eu un comportement particulièrement dangereux. Cette conduite est un écart énorme par rapport à la norme un grand écart par rapport à celle-ci, sa conscience du danger qu'il a ou devrait avoir, sa volonté délibérée de ne pas exécuter son obligation. La faute lourde entraîne une responsabilité aggravée. Les arrêts qui parlent de la faute inexcusable la définissent on comme une « faute d'une gravité exceptionnelle ». Elle est moins grave qu'une faute intentionnelle car elle reste une imprudence mais gravissime; Faute intentionnelle qui s'entend de la faute commise avec la volonté de causer le dommage.

Dans les relations de travail l'appréciation des fautes et de leur place dans l'échelle utilisée pour le droit commun de la responsabilité civile, est un peu différente. Si l'on se place du côté de l'employeur on connaît la faute inexcusable utilisée surtout dans le droit de la sécurité sociale<sup>162</sup>, ou sur le plan pénal où l'on connaît la faute simple, mais aussi la faute caractérisée, notions applicables surtout

---

<sup>159</sup> Cass. Ch. soc. 3 octobre 2007: RMTT c. Mme V. Julien Icard,

<sup>160</sup> C. civ., art 1240 et s. anc. 1382 et s.

<sup>161</sup> Christine Mingam et Astrid Duval., L'abus de droit, état du droit positif: Revue juridique de l'Ouest Année 1998 Volume 11 Numéro 4 pp. 543-570

<sup>162</sup> CSS art. L. 452-1

en matière d'homicide ou blessures involontaire, et de non respect de l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur l'employeur pour l'obliger à assurer la préservation de la sécurité et de la santé des salariés mais elle est aussi concevable pour d'autres infractions.

La faute inexcusable est caractérisée lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver<sup>163</sup>. On connaît aussi l'obligation de sécurité de résultat dont le non-respect est susceptible entraîner des sanctions. Lorsqu'elle est avérée, la faute inexcusable de l'employeur engage la responsabilité de ce dernier à l'égard de la victime, l'employeur peut donc être contraint de verser une indemnisation à sa victime.

La faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, consacrée pas le nouveau code du travail n'existe pas expressément pas dans cette échelle. Les exemples donnés lors des débats parlementaires: harcèlement et discrimination, qui incluent les atteintes à l'égalité professionnelle, au droit d'alerte et à l'exercice du droit de grève, aux salariés protégés, à la protection de la grossesse ou de la maternité, aux accidents du travail et au non-respect des procédures de sauvegarde de l'emploi<sup>164</sup>, même si leurs conséquences sont lourdes pour les salariés concernés paraissent plus relever de la faute ordinaire.

Les hypothèses de faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité pourraient bien être bien plus nombreuses qu'imaginées initialement. En effet, si l'on prend référence dans ce qui existe déjà et la rédaction du texte qui la consacre cette faute ne peut pas être une faute lourde, caractérisée par l'intention de nuire, la référence faite dans le texte à la discrimination et au harcèlement pour lesquelles l'intention de nuire n'est pas nécessaire l'exclu pour caractériser la faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, les interventions de la ministre pendant les débats sont particulièrement éclairantes sur ces points<sup>165</sup>. Autant elles insistent sur harcèlement et discrimination autant elles restent particulièrement silencieuse sur ce que peut être une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité. La faute caractérisée du droit pénal ne paraît pas non plus pouvoir permettre une assimilation avec la faute d'une exceptionnelle gravité. La faute grave lorsque c'est celle du salarié se caractérise par l'impossibilité de maintenir la relation de travail, et permet de s'en séparer ceci paraît un concept peu opérationnel si on cherche à l'appliquer à la faute même grave de l'employeur.

Reste alors à se tourner vers la faute envisagée dans la responsabilité civile de droit commun, mais le vocabulaire utilisé dans le nouveau code du travail, qui est différent de celui consacré par les règles appliquées jusqu'à maintenant, en ce qui concerne la responsabilité civile de droit commun et les règles relatives à l'interprétation des normes juridiques plaident en ceci que la différence de

---

<sup>163</sup> Soc. 28 févr. 2002, 7 arrêts, BICC n° 554, B. n° 81

<sup>164</sup> Intervention M. Patrick Mignola Débats AN séance 12 juill. 2017

<sup>165</sup> Interventions ministre du travail Débats AN spéc. séance 12 juill. 2017

vocabulaire veut traduire une différence de concepts. D'autant plus que lors des débats la ministre a estimé nécessaire de préciser qu'il faut prêter attention au vocabulaire et éviter les termes nouveaux<sup>166</sup>. Or la notion de faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité n'était pas prévue par le droit en vigueur à l'époque des débats c'est donc la volonté d'y inclure une nouvelle faute, qu'il faut donc placer dans l'échelle déjà existante que personne n'a envisagé de remettre en cause, la seule intervention sur ce point l'ayant été pour expliquer que la faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité ne pouvait pas correspondre à la faute inexcusable<sup>167</sup>.

La conséquence la plus logique serait que finalement dans l'échelle de gravité des fautes déjà connues la faute d'une exceptionnelle gravité envisagée par le code se placerait juste au-dessus de la faute ordinaire. Le résultat serait que la barémisation dont certains avaient voulu faire le pivot du droit du licenciement n'aurait qu'une application résiduelle. Le principe est toujours que les juges du fond doivent procéder à la recherche du préjudice entier effectivement subi, et justifier leur décision en se référant aux circonstances de la cause<sup>168</sup>. Compte tenu des interprétations déjà données en matière de harcèlement et de celles qui pourraient venir, peut être dans le même sens, en matière de discrimination et faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, suffisamment restrictives pour réduire à néant les exceptions à la barémisation des indemnités de licenciement le salarié pourrait bien être tenté de faire valoir que les faits dont il a été victime peuvent être analysés sous d'autres qualifications emportant des sanctions pénales beaucoup plus lourdes et justifiant une indemnisation non plus du licenciement mais des conséquences de l'infraction, encore que si dans ce cas il y a licenciement le cumul des deux indemnités, celle pour réparation du préjudice né de l'infraction et l'indemnité de licenciement barémisée, pourraient se cumuler, mais après deux procédures judiciaires différentes. Cela pourrait alors se traduire pour l'employeur par un risque de condamnation pénale beaucoup plus lourde et un licenciement bien plus cher que ce qui était initialement recherché.

#### B) Des incriminations bien utiles

La notion de harcèlement moral fait l'objet d'une incrimination pénale qui pose des questions mais ouvre aussi bien des perspectives en raison de la multiplication des conflits de qualification<sup>169</sup>. Les formes de harcèlement moral condamnables sont très diverses et susceptibles de donner lieu à de multiples condamnations pour différentes infractions.

Les salariés pourraient chercher à obtenir des condamnations pénales de l'employeur beaucoup plus importantes, au moins dans les textes, que celles prévues pour le harcèlement, et une indemnisation de la totalité du préjudice causé

---

<sup>166</sup> intervention ministre du travail Débats AN séance 12 juill. 2017

<sup>167</sup> intervention P. Vercamer Débats AN séance 12 juill. 2017

<sup>168</sup> Cass. com., 11 juin 2002: société Magne c/ société Azurel équipements;

<sup>169</sup> E. Monteiro, Le concept de harcèlement moral dans le Code pénal et le Code du travail: Rev. sc. crim. 2003, p. 277



par l'infraction, qui dans ce cas, s'il sont obligés de quitter l'entreprise n'aurait plus rien à voir avec un licenciement même si en pratique de telles procédures le plus souvent se terminent en fait par un licenciement, mais dans ce cas il y aura deux préjudices distincts, éventuellement cumulables, l'un le préjudice né de l'infraction qui peut au moins en théorie s'envisager sans licenciement et l'autre qui en général suit le premier mais en est distinct: le préjudice né du licenciement. Bien des qualifications pénales sont possibles et avec des condamnations pénales bien plus lourdes que pour le harcèlement. Il est possible d'envisager le harcèlement sexuel<sup>170</sup>, punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende, portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende en cas de circonstances aggravantes, celles envisagées par le textes sont telles qu'elles ne devraient se produire dans l'entreprise que de manière exceptionnelle.

L'atteinte à la vie privée: un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende<sup>171</sup>.

Les discriminations entravant l'exercice d'une activité: trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende<sup>172</sup>. La provocation au suicide: trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide<sup>173</sup>. L'interdiction de l'activité de prestataire de formation professionnelle continue<sup>174</sup> est prévue comme peine complémentaire<sup>175</sup>. Les conditions de travail contraires à la dignité de la personne: le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende<sup>176</sup>. Comme avec la réforme du code du travail la précarité et la vulnérabilité économique qu'elle entraîne, d'ailleurs reconnue par la réforme du droit des obligations<sup>177</sup> va devenir la norme de base l'employeur qui prétendrait ne pas connaître la vulnérabilité de ses employés aura beaucoup de mal à être crédible.

D'autres qualifications sont possibles, telles que l'homicide involontaire en cas d'accident de travail: trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende car le fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire. En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende<sup>178</sup>. Une telle qualification a été

---

<sup>170</sup> Code pénal: art. 222-33

<sup>171</sup> C. pén. art. 226-1

<sup>172</sup> C. pén. art. 225-2 cp

<sup>173</sup> C. pén. Article 223-13

<sup>174</sup> art. L. 6313-1 du code du travail

<sup>175</sup> C. pén. art. 223-13 dernier al.

<sup>176</sup> C. pén. art. 225-14; affaire Robichon, TGI de Caen, 10 févr. 1998, Droit ouvrier, mai 2000, p. 202

<sup>177</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations JOdu 11

<sup>178</sup> C. pén. art. 221-6

retenue par les juges du fond pour un suicide d'un salarié sur son lieu de travail consécutif à des agissements de harcèlement moral<sup>179</sup>. On peut aussi citer les violences volontaires qui peuvent être contraventionnelles, pour lesquelles l'auteur encourt une peine maximale de 1 500€ d'amende<sup>180</sup>, ou délictuelles, si elles ont causé à la victime une ITT supérieure à 8 jours<sup>181</sup> mais ont été commises sans circonstances aggravantes ou une peine maximale de trois ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende<sup>182</sup>, si elles ont été accompagnées d'une ou plusieurs circonstances aggravantes<sup>183</sup>, l'auteur encourt une peine de prison pouvant aller jusqu'à 10 ans en cas d'aggravation<sup>184</sup>, lorsque les violences ont entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sans circonstance aggravante les peines passent à 10 ans d'emprisonnement et 150 000€ d'amende<sup>185</sup>. Les violences peuvent aussi être criminelles. Il s'agit d'abord des violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente avec circonstance aggravante. Il s'agit également des violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, ces violences étant susceptibles d'être aggravées lorsqu'elles sont constitutives d'actes de torture ou de barbarie, ce qui à priori paraît guère pouvoir s'appliquer dans l'entreprise. Les peines encourues sont alors pour les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente avec circonstances aggravantes de 15 ans de réclusion criminelle<sup>186</sup>. La même peine est encourue par l'auteur de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner<sup>187</sup>. Lorsque ces violences sont aggravées, la peine encourue est portée à 20 ans de réclusion criminelle<sup>188</sup>. La jurisprudence, constante, admet qu'entrent dans ces qualifications le cas de violences psychologiques exercées sur la victime ayant des répercussions physiques, même s'il n'y a aucun contact physique entre l'agresseur et sa victime<sup>189</sup>. La loi sanctionne les violences entraînant une atteinte à l'intégrité de la personne: intégrité physique ou psychique en fonction du résultat dommageable qu'elles ont produit. Au risque d'en oublier, on peut aussi envisager d'autres incriminations, notamment l'omission de porter secours: 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende<sup>190</sup> permettant de sanctionner l'employeur qui laisse se développer des comportements de harcèlement moral sans intervenir. Même s'il a été créé pour réprimer d'autres faits; la question se pose aussi de l'utilisation du délit de

---

<sup>179</sup> Aff. Brucker, CA de Riom, 22 févr. 2000 cité in Scheidt (M.) et Milet (L.), Le harcèlement moral devant les tribunaux, *Revue pratique de droit social*, juill. 2000.

<sup>180</sup> art. R. 624-1 du Code pénal

<sup>181</sup> art. 222-11 du Code pénal

<sup>182</sup> art. 222-11 du Code pénal

<sup>183</sup> art. 222-13 du Code pénal

<sup>184</sup> art. 222-11 du Code pénal

<sup>185</sup> art. 222-9 du Code pénal

<sup>186</sup> art. 222-10 du Code pénal

<sup>187</sup> art. 222-7 du Code pénal

<sup>188</sup> art. 222-8 du Code pénal

<sup>189</sup> Cass. crim., 9 avril 2013 n° de pourvoi: 12-85050

<sup>190</sup> C. pén. art. 223-6

manipulation mentale<sup>191</sup> puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Est aussi sanctionné l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse<sup>192</sup> d'une personne dont en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour cette personne pour lui faire consentir à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables, d'une, ou plusieurs personnes, qui n'est pas particulièrement vulnérable en soi, mais qui est soumise à une situation qui va altérer sa faculté d'appréciation du réel. Ce qui va conduire cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables<sup>193</sup>. Situation qui, avec le nouveau droit du travail risque de se trouver fréquente dans le cadre de l'entreprise, on pense aux pressions faites sur les salariés pour les obliger à voter pour à un referendum d'acceptation d'un accord d'entreprise refusé par les syndicats représentatifs dans lequel ils renoncent à tous leurs droits.

Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique, ce qui est de nature à s'appliquer à certaines entreprises, ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende<sup>194</sup>. On pourrait également songer dans des cas extrêmes, rares, à l'infraction de violences volontaires aggravées punie de vingt ans de réclusion criminelle<sup>195</sup>, ou violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner<sup>196</sup> punies de quinze ans de réclusion criminelle, ou bien celles de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente<sup>197</sup> punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Les poursuites sur la base de ces textes amèneront, peut être, une sanction plus grave pour l'employeur mais les faits n'étant pas qualifiés de harcèlement le salarié y perdra le bénéfice de la non barémisation des indemnités de licenciements, mais il pourra demander l'indemnisation de la totalité du préjudice né de l'infraction, ce qui pourrait s'avérer bien supérieur aux sommes obtenues par le barème des indemnités de

---

<sup>191</sup> Guillaume Xavier Bourin., Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable: article 223-15-2 al. 1er du Code pénal, dû à la loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales thèse sous la direction de Christine Lazerges - Montpellier 1; PANSIER Frédéric-Jérôme et CHARBONNEAU Cyrille., la loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales: Petites affiches 25 juin 2001 n°125; Cass. crim., 30 avr. 1996; Conseil d'Etat, 31 oct. 1981

<sup>192</sup> C. pén. art. 223-15-2 à 4

<sup>193</sup> Cass. crim., 30 avr. 1996, Bull. crim., n° 175; Dr. pén. 1996, comm. 217; Rev. sc. crim. 1997. 110, obs. Ottenhof

<sup>194</sup> C. pén. art. 223-15-2

<sup>195</sup> C. pén. art. 222-8 art. 222-8 du code pénal

<sup>196</sup> C. pén. art. 222-7

<sup>197</sup> C. pén. article 222-9 Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 JO 22 sept. 2000 en vigueur le 1er janvier 2002

licenciement, et même des sommes accordées par les juridictions avant l'existence de ce barème, du moins s'il parvient, et ce sera là le plus difficile, à prouver l'existence de l'infraction, du préjudice et du lien de causalité entre les deux. En effet, dans ces situations le préjudice sera particulièrement important. A la suite de telles procédures on voit mal le salarié rester dans l'entreprise dans un climat de travail serein, et compte tenu de la situation actuelle de chômage de masse ses chances de retrouver ailleurs, dans un délai raisonnable, avant la retraite, un emploi équivalent à celui qui était le sien sont à presque nulles. Le préjudice directement né de l'infraction est donc notamment la perte d'une chance d'obtenir un nouvel emploi, il doit donc être évalué de la manière suivante: salaire mensuel de l'intéressé multiplié par le nombre d'années restant à courir avant l'âge légal de la retraite de l'intéressé minoré par un coefficient tenant compte de la possibilité, asymptotique à zéro, de retrouver un nouvel emploi, dans la situation économique actuelle caractérisées par un chômage de masse<sup>198</sup>, un chiffre réaliste pour cette minoration ne pouvant guère être supérieur à 10%<sup>199</sup>, des modèles mathématiques permettant d'explorer cette question mériteraient d'être construits par des spécialistes. Il faudra en plus y ajouter les autres préjudices nés directement de l'infraction dont le salarié pourra justifier, on pense par exemple au préjudice esthétique entraîné par une crise de psoriasis causées par des conditions de travail indignes, d'autres préjudices peuvent naître de l'infraction et il y a aussi et aussi le préjudice moral. Et si cela se termine par un licenciement le salarié concerné pourrait y perdre le bénéfice de l'exception à la barémisation des licenciements prévue en cas de faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, harcèlement ou discrimination, à moins que les juges comme ils l'ont fait en matière de travail dominical n'appliquent une conception du cumul d'infraction voyant dans ces faits deux infractions distinctes méritant toutes deux d'être sanctionnées amenant alors à deux condamnations pénales<sup>200</sup> entraînant alors l'indemnisation des préjudices créés par deux infractions et dans ce cas le problème de la barémisation de l'indemnité de licenciement ne se poserait plus.

Il a déjà été jugé que l'infraction de harcèlement moral peut se cumuler avec celle de discrimination syndicale procédant des mêmes faits, dès lors que les infractions relevées protègent des intérêts ou des valeurs sociales distinctes<sup>201</sup>, ou avec celle de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> Robert Badinter, Antoine Lyon-Caen., *Le travail et la loi Fayard* 17 juin 2015

<sup>199</sup> Jean-Louis Monino., *TD de statistique descriptive - 5ème édition QCM et exercices corrigés*, 4 sujets d'examen corrigés, avec rappels de cours, Dunod mars 2017

<sup>200</sup> Cass. crim., 10 janvier 1995 n° de pourvoi: 94-82490

<sup>201</sup> Cass. crim., 6 févr. 2007, n° 06-82.601: JurisData n° 2007-037653; Bull. crim. 2007, n° 29; Cass. crim., mercredi 26 mai 1982

<sup>202</sup> Cass. crim., 11 déc. 2001, n° 00-87.280: JurisData n° 2001-012679; Bull. crim. 2001, n° 256; Dr. pén. 2002, comm. 65; Rev. sc. crim. 2002, p. 324. Y Mayaud

### **Conclusion**

Finalemment on peut se demander si la barémisation des indemnités de licenciement dont l'application effective devant les tribunaux pourrait bien n'être que résiduelle, n'aura pas comme seul effet réel: une opération de communication, car au bout du compte, l'employeur devra supporter le poids juridique et pécuniaire du harcèlement, de la discrimination de sa faute d'une exceptionnelle gravité et de comportements équivalents conduisant à une indemnisation de la totalité du préjudice causé au salarié né de ces situations, alors bien supérieur à l'indemnisation du licenciement selon un barème, sans compter que la possibilité de cumuler les deux indemnités est réelle. Ainsi, ceux pour qui la réduction voire la suppression des sommes susceptibles d'être versées au salariés devient la valeur suprême au point d'en oublier les principes juridiques applicables dans un état de droit pourraient bien être rattrapés par ces derniers. En fin de compte, même avec un barème destiné à le réduire l'employeur devra le plus souvent assumer la totalité du coût du licenciement et cela bien au-delà du barème.

# THE ROLE OF PARLIAMENTARY DIPLOMACY

Edvana TIRI\*  
Kristina JANCE\*\*

**Abstract:** *This article aims to treat the concept and the future of the parliamentary diplomacy. Until a few decades ago, the governments had a monopoly on the international stage of relationships, exercising them for the state and were on behalf of the four major functions of diplomacy: representation, observing and gathering information, negotiating and defending the national interests. Opening of unprecedented global spectrum needed and interested in developing world created new forms of diplomacy. A special place among the new forms of diplomatic activity made part of parliamentary diplomacy*

**Keywords:** *diplomacy; Inter-Parliamentary Union; European Parliament*

## Introduction

Parliamentary diplomacy occurs when parliamentarians, or their organizations assume their positions of foreign policy statements or when they are involved in negotiating of international policy issues, but also when are joining the governments and institutions created by the global level. Inter - Parliamentary Union was the first organized structure that highlighted the virtues of parliamentary diplomacy. Successes and negotiations of the Union has inspired the countries to strengthen the cooperation between them by attaching a parliamentary component part of the organizations created on government level.

When governments want to retain the exclusivity decision in certain areas, parliaments organized their own institutions of cooperation in order to monitor and influence decisions by the other means. In other cases, parliaments have taken the initiative of collaboration to achieve the goals and to defend the common values.

First, Members of Parliament can go on diplomatic missions or quasi-informal with individual journalists, as members of committees or subcommittees to study the situations related to human rights and the election laws.

In the second aspect, for example, referring to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe parliamentary diplomacy aims to contribute to the formulation of policy positions opposite the State Assembly.

Parliamentary diplomacy appears to be, first, the image and opinion, while the actual result is classical diplomacy, which has resulted in valid legal documents.

---

\* Lecturer Ph. D of Mediterranean University of Albania.

\*\* Prof. Asc. Dr., Head of Public Department Faculty of Law, University of Tirana.

We should say that the lack of constraint rules in the agreement international or national mandates, lawmakers can practice a diplomacy supple, sometimes even more direct, with different repeated reactions.

### ***1. The concept of Parliamentary diplomacy***

The term, “parliamentary diplomacy,” was coined by the noted scholar and politician Dean Rusk. However, it was in 1956 that Professor Philip Jessup, the American scholar, diplomat and jurist, conferred scientific value to it. The Mexican diplomat, César Sepúlveda, who has also written widely on this form of diplomacy, explained that this kind of diplomacy has special importance as a source of rules of political behaviour since it can function as an agent for the creation of legal norms while contributing to the evolution of genuine international law.<sup>1</sup>

What is parliamentary diplomacy? Empirical observation suggests that it is a number of different and varied things. One could group them under the general label of all activities and actions that parliamentary bodies and their members take in international relations. A possible list would include:

1. MPs missions abroad and participation in transnational parliamentary bodies;
2. visits by other MPs and parliamentary delegations to parliaments and other institutions (national or transnational);
3. questions (written and oral), reports and other studies on foreign affairs that take place within a parliamentary body;
4. the activities of transnational parliamentary bodies;
5. parliamentary participation in the monitoring of elections in third countries.

One should add here that there is a distinction between the parliamentary accountability side of foreign and security/defense policy and diplomatic actions. This is not to say that the two are not interrelated. Indeed, it could be argued that without some form of parliamentary accountability there could be no parliamentary diplomacy at all. But accountability concerns itself with domestic politics whereas diplomacy covers the international relations of states. It should be make clear that there is a distinction between these two phenomena. Otherwise the domestic dimension will always be the most important one in politics and there would be no international input in domestic politics. To ignore their interconnectedness would also be a mistake.

Hence, however briefly, one needs to make some general remarks about democratic accountability in foreign, security and defence policies. Parliamentary accountability in foreign affairs is generally weak irrespective of the type of political system there exists in any given liberal democracy. In parliamentary

---

<sup>1</sup> Notes on diplomatic Practice, <http://odeenishmaeldiplomacy.wordpress.com/2012/11/11/parliamentary-diplomacy/>, accessed on 14.05.2016

systems, the importance of the parliament tends to be stronger than that in presidential system. But a number of other factors may also influence the degree of parliamentary accountability: a tradition (or lack) of executive dominance and of secrecy, the existence of a coalition government, or a preference for consensus politics rather than strict majority rule. In the field of security and defence policies, there tends to be even more secrecy and less accountability. This situation is further reinforced in the case of nuclear weapons, intelligence services, or arms exports policies. In brief, the level of openness in foreign policy making will partly depend on the role of parliamentary institutions. But how much accountability there is in any given state does not automatically, nor necessarily, mean that there is a high level of parliamentary diplomacy. Therefore one needs to look at parliamentary links in the world from the related, but separate, prism of diplomacy.<sup>2</sup> Parliamentarians acting abroad are, in essence, democratically mandated diplomats.

Parliamentary diplomacy can supplement government diplomacy because members of parliament can be more flexible when engaging in diplomatic activities. Parliamentary diplomacy implies the use and deployment of parliamentary contacts to promote the international democratic legal order. As legitimate representatives of democracy, they are placed to engage in a credible exchange expertise and to draw and to diffuse lessons-learned regarding the build-up of democratic institutions as well as for example political, intercultural and inter religious dialogues to safeguard pluralism.

Personal contacts between members of parliament of different states are likely to enhance mutual understanding and to establish alternative channels beneficial for bilateral relations between countries. Such contacts can be used to place national developments in context, as well as to initiate activities, including those aimed at peace, security and strengthening democracy and human rights, economic development, improving education and social conditions.<sup>3</sup>

## ***2. The role of Parliamentary Diplomacy***

As the first and main form of manifestation of parliamentary diplomacy in identifying the parliaments are the certain decisions on matters of foreign policy.

Through parliamentary diplomacy members participate in outdoor activities with representatives of governments, parliamentary friendship groups and delegations to the Parliamentary Assembly, in the trade unions and the other international parliamentary cooperation.

Taking into account the objectives and representation, we can distinguish between bilateral and multilateral form of parliamentary diplomacy, as we can distinguish between the protocol of diplomacy and parliamentary diplomacy.

---

<sup>2</sup> Stelios Stavridis, The University of Reading "Parliamentary Diplomacy": some preliminary findings November 2002 - JMWP nr. 48

<sup>3</sup> Mr G. Hamilton. Clerk of the Senate of the States General of the Netherlands on "Parliamentary diplomacy: diplomacy with a democratic mandate" Quebec Session October 2012, pg.3



Bilateral diplomacy works mainly through parliamentary groups of friendship, but can propose this category and cooperation between two similar specialized committees of national parliaments.

Multilateral diplomacy consists of interest groups and parliamentary government, mixed groups consisting of businessmen, representatives of the Government and the Presidency and Parliament.

National model of multilateral diplomacy has evolved in large international organizations. The United Nations have explicitly stated that its missions in various countries include representatives of the Inter-Parliamentary Union.

Protocol democracy function for opening or strengthening parliamentary relations level, to contribute to bilateral relations of states. Along with friendly visits and working groups in this category may be placed leaders of parliamentary visits.

Parliamentary diplomacy is the responsibility of those qualified members of the national parliament appointed as members of delegations from various international forums and parliamentary cooperation.

For their part, the representatives of the peoples of the European Parliament, MEPs are not only European legislators, but also peaks of national and European parliamentary diplomacy.

When we talk about inter-parliamentary diplomacy by the organizations, we can make a distinction between internal diplomacy, when referring the relations between the Member States of such an organization, and the foreign diplomacy of organizations which establish the relationships with third parties.

### ***3. Inter - Parliamentary Organizations***

The Inter - Parliamentary Union<sup>4</sup> was the first permanent forum for political multilateral negotiations and contacts, becoming a veritable parliament of the world that worked parliamentary procedures combining the techniques of diplomacy.

*The Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE)*, which held its first session in Strasbourg on 10 August 1949, can be considered the oldest international parliamentary assembly with a plurastic composition of democratically elected members of parliament established on the basis of an intergovernmental treaty. The Assembly is one of the two statutory organs of the Council of Europe which is composed of the Committee of and the Assembly representing the political forces in its member states.

Unlike the European Parliament, which was created after the model of the PACE and also meets in Strasbourg for its plenary sessions, its powers extend only to the ability to investigate, recommend and advise. Even so, its recommendations

---

<sup>4</sup> <https://www.ipu.org/about-us> The Inter - Parliamentary Union is a global voice and facilitator of multilateral contacts for parliamentarians from over 140 national parliaments. It is the only organization of its kind with this global legitimacy.

on issues such as human rights have significant weight in the European political context. The European Parliament and other European Union institutions often refer to the work of PACE, especially in the field of human rights, legal co-operation and cultural co-operation.<sup>5</sup>

Important statutory functions of the PACE are the election of the Secretary General of the Council of Europe, the judges of the European Court of Human Rights and the members of the European Committee for the Prevention of Torture.

In general it meets 4 times per year at Strasbourg at the Palace of Europe for a week. The 10 permanent commissions of the Assembly meet all year long to prepare reports and projects for resolutions in their respective fields of expertise. The Assembly sets its own agenda. It discusses European and international events and examines current subjects which interest the populations of the countries of Europe. The main themes covered are Human Rights, democracy, protection of minorities and the rule of law.

#### ***4. The parliamentary diplomacy in Albania***

In the democratic system the parliament represents the legislative power delegated by the vote of the people. This power is exercised in domestic politics and foreign policy.

Along the Albania's democratic transition, parliamentary legislatures have been focused on internal legislative agendas, bypassing the very important mission of their international activity.

The activities that have been undertaken by Albanian legislatures are mainly those of parliamentary delegations in parliamentary assemblies of international organizations such as the World Parliamentary Union, UN, NATO, OSCE, EC etc.

Parliamentary diplomacy is acting extensively, through the attraction of important partners in Tirana, and by moving permanently to international centers for the interests of the country.<sup>6</sup>

At the center of the meetings are the parliamentary co-operation, the establishment of friendly groups in foreign legislatures, the promotion of lobbying for the support of Albania, the establishment of communication bridges with various political groups of the majority and the opposition, legislative changes and institutional models.

The agenda of parliamentary diplomacy has been focused on Albania's foreign policy and to improve the international reputation of the country. Parliamentary diplomacy has more opportunities, more political inclusiveness, and spheres of influence on governmental and non- governmental actors for public influencing at

---

<sup>5</sup> [http://website-pace.net/en\\_GB/web/apce/in-brief](http://website-pace.net/en_GB/web/apce/in-brief)

<sup>6</sup> Prof. Dr. Lisien Bashkurti, *Diplomacia parlamentare ne demokraci*  
<http://perqasje.com/2016/09/parlamenti-dhe-meta-aktore-kyc-te-diplomacise-shqiptare/>

local, national, regional and global levels related to the international image of the country.

Albania's parliamentary diplomacy has put in its priority agenda, the Euro-Atlantic and global challenges. The fight against terrorism, organized crime, illicit trafficking and drugs, corruption and mismanagement have been part of the talks, dialogue and negotiations in all high-level parliamentary meetings.

### **Conclusions**

At the end of this analysis, we conclude that parliamentary diplomacy exercised in inter-organizations (regional or global-oriented) and plays an important role in the international arena.

Unlike the member diplomacy, diplomacy in parliaments have a greater flexibility and an unique approach to highly the problems and the difficult international relations.

Considering, the rightly true representatives of citizens and the defenders of their own interests, lawmakers, diplomats, are taking advantage of involving all political forces, both in power and in opposition.

Inter-Parliamentary organizations are obliged to promote the principles of democracy, to protect the human rights, to ensure the security and the international stability and to express support and defend all the views that exist and that they represent.

Under the conditions of a weak executive diplomacy, without a clear vision and without dynamic activity, Albania's diplomatic initiative is being led by the country's parliament. Parliamentary diplomacy is playing as a important player, with a clear vision, with a dynamic action plan in broad geopolitical areas and in bilateral and multilateral frameworks

### **References**

1. Adonis, A., *Parliament Today*, Manchester University Press, 1993;
2. Barbé, E., Herranz, A., (eds.), *The role of Parliaments in European foreign policy*, Office of the European Parliament in Barcelona, 2005;
3. Douglas, J., *Parliaments across frontiers: a short history of the Inter-Parliamentary Union*, H.M. Stationery Off, London, 1975;
4. Harranz, A., *The Inter-parliamentary Delegations of the European Parliament: National and European Priorities at Work*, în *The Role of Parliaments in European Foreign Policy*, Biroul de informare al Consiliului Europei, Madrid, 2005;
5. Stavridis, S., *Parliamentary Diplomacy: Any lessons for regional parliaments?*, [http://www.unizar.es/union\\_europea/files/documen/conferencia%2010.2006/SteliosStavridis\\_english\\_final.pdf](http://www.unizar.es/union_europea/files/documen/conferencia%2010.2006/SteliosStavridis_english_final.pdf);

# SEGURIDAD SOCIAL Y PRODUCTIVIDAD

Gabriela Mendizábal BERMÚDEZ\*  
Gloria Moreno ÁLVAREZ\*\*  
Emmanuel López PÉREZ\*\*\*

**Abstract:** *This article aims to analyze the impact that social security has on productivity and economic growth. We take the case of a country like Mexico with a big human capital and a lack of professional training for the market, as well as certain institutional failures (such as the lack of incentives for companies) that affect low levels of national productivity. And slow economic growth. In this context, we add a very unequal distribution of wealth, about 60 percent of the population is poor and a large part of the active population works in the informal sector and lacks social security, so more than 50 percent of the population Mexican population is vulnerable to risk situations and can not get out of poverty.*

**Keywords:** *Social security; social welfare; productivity; human capital*

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema de la productividad se encuentra de moda desde hace varias décadas, es como si esperáramos que mediante la productividad se solucionaran grandes problemas del país. El Plan Nacional de Desarrollo 2012-2018 dedica un apartado al tema y refiere lo siguiente:

...México Próspero está orientado a incrementar y democratizar la productividad de nuestra economía. Lo anterior con un enfoque que permita un acceso global a los factores de la producción. Es decir, la presente Administración buscará eliminar trabas que limiten la capacidad de todos los mexicanos para desarrollar sus actividades con mejores resultados.<sup>1</sup>

Se entiende por tanto que la productividad no está ligada únicamente a la ganancia que puedan generar las empresas, sino también a la capacidad de crecimiento que tengan los trabajadores y los seres humanos dentro de un contexto. El documento en comento recoge las ideas de un neoliberalismo activo con un sistema normativo capaz de orientar la práctica del gobierno y con el objetivo de eliminar todas las trabas que

---

\* Profesora-investigadora, titular C, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos en México. Maestra y Doctora en Derecho por la Universidad de Viena en Austria.

\*\* Profesora-investigadora, de la Facultad de Estudios Superiores de Cuautla de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Maestra en Economía y Política Internacional por el CIDE y Dra. en Historia económica por la Universidad de Salamanca, España.

\*\*\* Licenciado en derecho egresado de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos actualmente cursa la maestría en derecho en la División de Estudios Superiores de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM acreditado como programa nacional de posgrados de calidad ante CONACyT.

<sup>1</sup> Gobierno de la República, *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, Gobierno de la República, México, p. 85, en <http://pnd.gob.mx> (fecha de consulta: 29 de marzo de 2016).

obstaculicen la capacidad de los sujetos neoliberales en formación y cuyos rasgos tienden a conseguir el objetivo de desarrollar sus actividades con mejores resultados. El nuevo sujeto en la práctica discursiva es un hombre empresa o sujeto empresarial capaz de intensificar los mecanismos, de las relaciones y los comportamientos de mercado. El hombre neoliberal nos dice Lavat y Dardot es el hombre competitivo, íntegramente sumergido en la competición mundial<sup>2</sup>.

Sin embargo, la realidad del México de nuestros días, nos demuestra que factores como la falta de una formación para el mercado, la escasez de capital humano, el rezago educativo y ciertas fallas institucionales como la falta de incentivos para las empresas repercuten en un nivel bajo de productividad nacional y una distribución totalmente desigual de la riqueza.

Es por ello que dentro de este contexto, el presente trabajo de investigación analiza desde una óptica particular a la productividad: la relación productividad-seguridad social. De tal forma que para poder introducir el análisis correctamente fija postura terminológica en conceptos claves como la productividad, la capacitación, el adiestramiento, la formación-educación para el empleo, para entrar al análisis de las herramientas de la seguridad social en relación a la productividad. Se continúa con la presentación de algunos tópicos para el debate resultantes de la productividad y seguridad social, tales como el sindicalismo, la responsabilidad social empresarial, educación, para terminar con algunas reflexiones a manera de conclusión.

## **2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS**

Lo primero que debemos comprender es que conceptos como el de productividad, capacitación y adiestramiento, así como la formación para el empleo, son definiciones dinámicas que se van ajustando a los procesos de producción y a su respectiva evolución. Sin embargo, hay algunos como el de la propia productividad que cuando lo ligamos al Derecho, nos encontramos -como bien lo menciona el connotado jurista Dr. Carlos Reynoso<sup>3</sup>- con que han sido reducidos al pago de bonos, a través de los cuales se mide normalmente la puntualidad, la asistencia y en pocas ocasiones el total de lo que realmente un trabajador ha producido.

Por su parte, la capacitación y adiestramiento se reducen al conocimiento necesario para la implementación de nueva maquinaria y es a través de la formación para el empleo que el Derecho en México intenta hoy en día dar un siguiente paso hacia la ampliación de los conocimientos y habilidades que todos los trabajadores deben poseer para poder desarrollarse no solo dentro de una empresa,

---

<sup>2</sup> Laval C. y Dardot P., *La nueva razón del mundo. Ensayos sobre la sociedad neoliberal*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2015 p. 326.

<sup>3</sup> Reynoso Castillo, C., Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana en el *Panel de expertos de la LVI Asamblea Nacional de la AMDTPS*, Puebla, 22 de marzo de 2016.

sino poder desarrollarse profesionalmente a lo largo de su vida, inclusive fuera de la empresa que le proporciona dichos conocimientos.

La productividad es un concepto que parte de la sencilla relación entre lo producido y los medios empleados, tales como salarios, materiales, energía, etc. Existen diversas definiciones, la mayoría toma como factores primordiales, los mencionados: lo producido y los medios, por ejemplo:

Productividad es la relación entre la producción obtenida por un sistema de producción o servicios y los recursos utilizados para obtenerla. Se puede entender como el rendimiento en la eficiencia de la actividad productiva de los hombres expresada por la correlación entre el gasto de trabajo (en escala de la sociedad, de una rama, de una empresa o de un solo trabajador) y la cantidad de bienes materiales producidos (establecida en dinero o en especie) en una unidad de tiempo. Se determina por la cantidad de tiempo invertido en elaborar la unidad de producción o por la cantidad de producción fabricada en la unidad de tiempo.”<sup>4</sup>

Y algunas otras más recientes, como la definición humanista de Novelo que señala que la productividad es un fenómeno humano determinado por tres factores y un resultado: las aptitudes y actitudes del hombre, el esfuerzo proyectado en el trabajo, la evolución de la relación insumo-producto y las calidades del trabajo y del hombre.<sup>5</sup>

En la cual se puede apreciar la valoración de factores subjetivos, pero importantes en la productividad, que determinan la composición del *Know how*,<sup>6</sup> lo que viene a grabar la medición de la misma.

Hoy en día es sumamente complicado encontrar parámetros estandarizados de medición de la productividad. Gunter Lay *et. al.*,<sup>7</sup> después de un análisis pormenorizado de diversas formas y métodos de la misma, señalan que la ponderación más completa es la denominada: productividad total de los factores, es decir la productividad que se obtiene del valor en relación con la suma de sueldos, salarios y depreciación o egresos.<sup>8</sup> No obstante lo anterior, en ese cálculo se dejan

---

<sup>4</sup> Gobierno de Navarra, *Informe de Estado del Medio Ambiente*, España, s.p. consultado en: <http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/3B747034-B28B-466B-BD09-1426683670F2/0/productividad.pdf> (fecha de consulta 16 de febrero de 2016).

<sup>5</sup> Novelo Novelo, E. *Ensayos y escritos*, México, 1985, citado por Dirección General de Capacitación y Productividad, *Definiciones de productividad*, STPS, México, 1985, p. 19, en [http://observatoriodelacapacitacion.stps.gob.mx/oc/PDF%5CPublicaciones\\_completas\(Productividad\)%5C02\\_Definiciones\\_de\\_productividad\\_1985.pdf](http://observatoriodelacapacitacion.stps.gob.mx/oc/PDF%5CPublicaciones_completas(Productividad)%5C02_Definiciones_de_productividad_1985.pdf), (fecha de consulta 29 de marzo de 2016).

<sup>6</sup> Saber cómo hacer algo pronto y bien hecho.

<sup>7</sup> Cfr. Traducción personal, a partir de: LAY, G. *et. al.*, “Stellhebel für mehr Produktivität, Benchmarking identifiziert Potenziale zur Steigerung der Produktivität”, *Fraunhofer-Institut für System- und Innovationsforschung ISI*, núm. 48, febrero 2009, pp 1-12, en <http://www.isi.fraunhofer.de/isi-wAssets/docs/i/de/pi-mitteilungen/pi48.pdf> (fecha de consulta 29 de marzo de 2016).

<sup>8</sup> La productividad total de los factores es una medida del producto físico generado a partir de la utilización de una cantidad dada de insumos por parte de la empresa. Cuando existen múltiples productos y múltiples insumos, se utiliza el índice de la suma ponderada de productos respecto de la suma ponderada de insumos para calcular el Índice de Productividad Total de los Factores. En general, las ponderaciones son la participación en los costos para los insumos y la participación en los ingresos para los productos, en IBNET, *Productividad total de los factores*, IBNET, Washington, en [http://www.ib-net.org/sp/texts.php?folder\\_id=52&mat\\_id=41&L=1&S=1&ss=0](http://www.ib-net.org/sp/texts.php?folder_id=52&mat_id=41&L=1&S=1&ss=0) (fecha de consulta 29 de marzo de 2016).

de lado los factores humanistas directos de los trabajadores y factores externos como la macroeconomía.

Por su parte “la competitividad es un concepto y una práctica que se establece en función de la existencia de competidores; consiste en la capacidad de un sector para mantener y aumentar su participación en el mercado, en términos de volumen y/o de ingresos”<sup>9</sup>

Es decir, la productividad se mide hacia el interior de una empresa, mientras que la competitividad fija los parámetros que hacen a la empresa atractiva hacia afuera y por lo tanto tiene la posibilidad de mantenerse en el mercado. No obstante lo anterior, es necesario entender que estos conceptos deben también ser ajustables a los propios trabajadores, independientemente de si ellos son subordinados o son trabajadores independientes. Por ejemplo un trabajador es productivo en función a la riqueza que él mismo logra obtener, y a su vez es competitivo en la medida en la que los productos o los servicios que él puede ofertar son realmente requeridos por el mercado.

Ahora bien, “la capacitación consiste en una actividad planeada y basada en necesidades reales de una empresa u organización y orientada hacia un cambio en los conocimientos, habilidades y actitudes de colaborador,”<sup>10</sup> mientras que el adiestramiento “debe llevar a que el individuo aplique de manera inmediata, a corto plazo, los conocimientos, habilidades y actitudes específicas aprendidas tomando en consideración las necesidades y los requerimientos del puesto de trabajo presente.”<sup>11</sup>

Por último, al hablar de la formación en el empleo no se va a entender que posibilita una formación real y accesible a lo largo de toda la vida y aporta un reconocimiento oficial de validez.

Según Gunter Lay *et. al.*, palancas que prometen efectos positivos sobre la productividad son el aumento de la proporción de empleados con cualificación de educación superior, que además cuentan con experiencia y un bagaje de conocimientos preexistentes que les permite un excelente *know how*, así como su intervención en la gestión de la cadena de suministro.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Secretaría de Gobernación, “Programa de Desarrollo del Sector Turismo 1995-2000”, *Diario Oficial de la Federación*, SEGOB, México, 1996, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=4890136&fecha=27/06/1996](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4890136&fecha=27/06/1996) (fecha de consulta: 16 de febrero de 2016).

<sup>10</sup> Siliceo Aguilar, A., *Capacitación y desarrollo de personal*, Limusa, México, 2006, p. 25, en [https://books.google.com.mx/books?id=CJhlsrSulMUC&dq=CAPACITACI%C3%93N&lr=&hl=es&source=gbs\\_navlinks\\_s](https://books.google.com.mx/books?id=CJhlsrSulMUC&dq=CAPACITACI%C3%93N&lr=&hl=es&source=gbs_navlinks_s) (fecha de consulta: 17 de febrero de 2016).

<sup>11</sup> Díaz, J. y Márquez, J., “Formación del recurso humano: Visión tradicional y visión por competencias”, *Omnia*, vol. 11, núm. 2, mayo-agosto 2005, pp. 75-91, en <http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/omnia/issue/view/863> (fecha de consulta: 18 de febrero de 2016).

<sup>12</sup> Traducción personal, a partir de LAY, G. *et. al.*, *op. cit.*, p. 1.

### **3. ANÁLISIS DE LA PRODUCTIVIDAD EN RELACIÓN A LAS HERRAMIENTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Para hacer referencia ahora de la productividad en relación a la seguridad social, sin querer entrar en polémica sobre las diversas conceptualizaciones que existen de la seguridad social, quiero referirme aquí a la seguridad social de los mexicanos: aquella que se conforma solo por los seguros sociales, porque esto significaría que únicamente protege al 60% de la población, y bajo el incumplimiento del principio de la universalidad, sería tanto como aceptar que la seguridad social en México es sólo una utopía. Por lo tanto se hará referencia a la seguridad social que se conforma de diversos instrumentos: los seguros sociales para los trabajadores formales; la asistencia social que a través de los programas sociales dota de servicios de salud, vivienda, alimentación y más, a la población más vulnerable del país; y a la previsión social entendida ésta como aquellos derechos prestacionales que se les otorgan a los trabajadores de la iniciativa privada o instituciones públicas a través de las conquistas obtenidas en los contratos colectivos de trabajo y que aumentan con ello sus prestaciones de seguridad social.

#### ***3.1 Productividad y seguros sociales***

Para analizar el tema de productividad y seguros sociales es necesario dividirlo en dos partes, la primera para hacer referencia a las prestaciones de cada una de las ramas de aseguramiento y sus beneficios en la productividad y segunda para analizar la relación entre los costos de seguridad social derivados del aseguramiento social y los efectos que tienen en la productividad en México. De tal suerte, que se iniciará con cada una de las ramas de aseguramiento:

##### *a) Riesgos de trabajo*

Al respecto José Dávalos señala:

Las estrategias encaminadas a elevar la productividad y la eficiencia, no sólo deben contemplar la modernización de la maquinaria, el mejoramiento de los procesos productivos y la capacitación de la fuerza de trabajo. Evitar los riesgos de trabajo es su otra manera eficaz de mejorar la productividad; en esto hay coincidencia entre trabajadores y patrones.<sup>13</sup>

Las prestaciones que otorgan los seguros sociales por riesgos de trabajo y enfermedades generales son el resultado de la lucha laboral de muchos años, y por supuesto también la base para la creación ideológica de los seguros sociales por Otto von Bismarck, en la cual desde un principio se conceden derechos y obligaciones tanto a patrones, como a trabajadores. Basta con entender que al

---

<sup>13</sup> Dávalos, J., *Tópicos laborales*, Porrúa, México, 2006, p. 88.



presentarse las contingencias de la enfermedad profesional o un accidente de trabajo, los seguros sociales extienden su protección mediante atención médica y la sustitución del salario y estos gastos visibles son solo la punta del iceberg, por debajo se encuentran los gastos administrativos para hacer el aseguramiento, la capacitación que se requiere para el trabajador que habrá de sustituir al trabajador accidentado, el pago de prestaciones a largo plazo o inclusive de por vida como las pensiones, la protección de salud vitalicia al trabajador siniestrado, así como a su núcleo beneficiario reconocido por las leyes de seguridad social, indemnizaciones, etc. Se debe calcular que los costos por la generación de un riesgo de trabajo son altísimos, y si la productividad es la relación entre ingresos y egresos, pues sin la protección de los seguros sociales el gasto considerable incidiría directamente reduciendo la productividad.

*b) Enfermedades y maternidad*

En el caso de las enfermedades generales se debe decir que al igual que los riesgos de trabajo sus costos afectan directamente en la productividad, debido al ausentismo de los trabajadores enfermos y los gastos por atención médica, sobre todo cuando es una enfermedad prolongada que ocasionaría sin seguro una gran erogación para el patrón, por lo que el aseguramiento nuevamente es un factor que incrementa la productividad. Aunado a ello se reconoce que los sistemas de atención a la salud ayudan a mantener a los trabajadores saludables y a curar a los que se enferman y ayuda también a mantener la productividad de los demás trabajadores al evitar la propagación de la infección<sup>14</sup>.

Si nos referimos a la maternidad se debe por justicia señalar que el aseguramiento que otorga cada uno de los seguros sociales a las madres gestantes ha contribuido considerablemente no solo a la productividad de las empresas, sino a la productividad y competitividad de las propias madres trabajadoras, refiriéndonos a la posibilidad que tienen las mujeres de incorporarse al mercado del trabajo, puesto que si no, son los patrones los que deben cargar con los gastos constitucionales que les impone el pago de salarios pre y post parto, permite que sea mayor el número de mujeres que sean contratadas, haciendo un poco más equitativo el mercado de trabajo.

*c) Ramas de aseguramiento de Invalidez y vida y Cesantía en edad avanzada*

La principal prestación económica que se otorga en las ramas de aseguramiento de invalidez y vida, así como por cesantía en edad avanzada, vejez y retiro son las pensiones y la forma en que contribuyen a la productividad es desde dos vertientes: la primera a través de la sustitución de la obligación patronal que adquieren los seguros sociales por el pago de las cuotas que los patrones hacen por sus trabajadores; la segunda está ligada a los factores subjetivos que inciden en la

---

<sup>14</sup> Para ver los diversos argumentos que favorecen la intervención del Estado en el sector salud Véase Stiglitz, J., *La economía del sector público*, Antoni Bosch, España, 2000, pp. 48 y ss.

productividad derivados de la personalidad de los trabajadores, en específico se puede mencionar que un trabajador con estabilidad en el empleo, con la seguridad de tener un ingreso en la vejez o en caso de sufrir un accidente que lo invalide y que además cuente con la certeza de que en caso de su fallecimiento, sus deudos recibirán un ingreso, es un trabajador que puede dedicar mayores esfuerzos a su trabajo y por ende contribuirá a aumentar la productividad de la empresa.

Los sistemas de pensiones también facilitan el retiro de los trabajadores de mayor edad, lo cual ayuda a evitar el problema de los trabajadores que siguen empleados cuando su productividad ha disminuido a un nivel bajo.<sup>15</sup>

*d) Guarderías y prestaciones sociales*

Sobre el tema de las guarderías es dable mencionar que aumenta la productividad en el sentido de que permiten al trabajador desarrollar sus actividades laborales, con la seguridad de que sus hijos se encuentran bajo el cuidado de una institución, como parte de una prestación laboral.

Por último se puede señalar que el único artículo que la Ley del Seguro Social, así como la Ley del ISSSTE y la Ley del ISSFAM que hace referencia directa a la productividad es el art. 237 de la Ley del Seguro Social, el cual señala lo siguiente:

Artículo 237: Los patrones del campo podrán excluir, independientemente de lo establecido en el artículo 27 de esta Ley como integrante del salario base de cotización, dada su naturaleza, los pagos adicionales que realicen por concepto de productividad, hasta por el veinte por ciento del salario base de cotización, observando lo dispuesto en el artículo 29, fracción III de esta Ley. Para que el concepto de productividad mencionado en este artículo, se excluya como integrante del salario base de cotización, deberá estar debidamente registrado en la contabilidad del patrón.

Como se puede observar, la propia ley establece un concepto más, excluyente del salario base de cotización, el cual en la práctica tiene solo efectos negativos, puesto que permite de forma general la reducción de las cuotas obreras patronales al Instituto Mexicano del Seguro Social, en detrimento de los ingresos del propio instituto y por supuesto de la reducción de las prestaciones económicas para los trabajadores. De tal forma que el único que obtiene un beneficio en esta reducción es el sector patronal.

Se debe decir que hay en general mucha controversia sobre los efectos sociales y económicos de la seguridad social, y la mayor parte de los debates actuales se centran en sus efectos negativos. Se dice que los seguros sociales disminuyen la motivación para el trabajo y el ahorro, que reducen la competitividad internacional y la creación de empleo y que inducen a la gente a retirarse prematuramente del mercado de trabajo. Nada más lejos de la realidad, pues se parte de la base de que los seguros sociales elevan las obligaciones de los patrones frente a sus

---

<sup>15</sup> OIT, *Seguridad Social: Retos y perspectivas*, OIT, Ginebra, 2001, en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-vi.pdf> (fecha de consulta: 19 de febrero del 2016).

trabajadores por ser los patrones una vez que ellos los inscriben, sujetos obligados; sin embargo por el derecho que subsiste en ese vínculo jurídico de aseguramiento, aun sin la propia afiliación, se otorga beneficios a los trabajadores, pero también para el patrón al ser relevado de sus obligaciones, como se ha podido observar en el análisis de cada una de las ramas de aseguramiento y ello nos lleva a un aumento de la productividad.

No obstante lo anterior, en México Pablo Ordorica, Director de McKinsey and Co explica que las empresas que evaden impuestos ahorran 28% del costo de la nómina por no cubrir impuestos y el pago de la seguridad social, de ahí que más del 50% de los trabajadores de México estén en el sector informal y la proporción vaya en aumento.<sup>16</sup>

Los trabajadores necesitan la seguridad de los ingresos para hacer planes a largo plazo para ellos y sus familias. La seguridad de los ingresos de los trabajadores es también un factor positivo para la economía, ya que contribuye a que se pueda prever mejor la demanda efectiva y proporciona a las empresas una fuerza de trabajo más productiva y flexible.

La menor inversión disminuye la cantidad de capital por trabajador teniendo como efecto una disminución en la productividad. En términos muy sencillos, menos maquinaria por trabajador significa menos producción por trabajador, menos inversión en seguridad social, menor productividad.<sup>17</sup>

### **3.2 Productividad y asistencia social**

La realidad mexicana nos impone entender la asistencia social como una herramienta importante de la seguridad social, debido a que el 60% de la población económicamente activa se encuentra en la informalidad<sup>18</sup> y por lo tanto no gozan de los beneficios del aseguramiento social. Para ellos son importantes los programas asistenciales que sexenio, tras sexenio del gobierno federal, así como los gobiernos estatales establecen y que en muchas ocasiones son únicamente un paliativo a su problemática derivada de la falta de aseguramiento. Ejemplo de ello son el Seguro Popular de Salud y el programa: Pensión para adultos mayores, los cuales son un mal sustituto de los seguros de enfermedades y de vejez, pero que pese a ello, no se les puede restar importancia, porque son la única forma de atención a la salud accesible para muchos mexicanos y para otros es el único ingreso económico con el que cuentan en la vejez.

---

<sup>16</sup> Mendoza Escamilla, V., *Los 5 enemigos de la productividad en México*, Forbes, México, 2014 en <http://www.forbes.com.mx/los-5-enemigos-de-la-productividad-en-mexico/>, (fecha de consulta 18 de marzo de 2015).

<sup>17</sup> Castañeda, D., "¿Por qué la economía mexicana no crece?", Forbes, México, 2014 en <http://www.forbes.com.mx/por-que-la-economia-mexicana-crece/> (fecha de consulta 18 de marzo de 2016).

<sup>18</sup> Murayama Rendón, C. y Gómez Tovar, R., *El mercado de trabajo en México. La opinión social sobre la precariedad laboral, encuesta nacional de economía y empleo*, UNAM, México, 2015, p. 132.

En México existen varios programas asistenciales que tienen un impacto directo positivo en la productividad de las personas y de las empresas informales, que sin escrúpulos empate en la obligación patronal de afiliar a sus trabajadores a los seguros sociales. Estos programas son:

- Programa Nacional de Financiamiento al Microempresario y a la Mujer Rural: El cual establece una estrategia de atención focalizada y que impulsa el emprendimiento y consolidación de las unidades económicas de los y las microempresarias a nivel nacional mediante el acceso a los servicios de micro finanzas, además de tener el propósito de establecerse en los objetivos de “México Próspero”.<sup>19</sup> En este tenor, la vinculación que tiene con la productividad, viene directamente de los objetivos relacionados con el Programa para Democratizar la Productividad 2013-2018 que establece en el objetivo 2: se debe "Elevar la productividad de los trabajadores, de las empresas y de los productores del país" y en su estrategia 2.3, "Promover el emprendimiento y el escalamiento productivo y tecnológico de las empresas con especial atención en las micro, pequeñas y medianas empresas".<sup>20</sup>

- Programa de Fomento a la Economía Social, cuyo objetivo es atender iniciativas productivas del sector mediante el apoyo a proyectos productivos, además de identificar oportunidades de inversión, brindar capacitación; asistencia técnica, organización y diseño de proyectos productivos. Con este programa se pretende contribuir a mejorar el ingreso de personas en situación de pobreza mediante el fortalecimiento de capacidades y medios de los Organismos del Sector Social de la Economía que adopten cualquiera de las formas previstas en el catálogo de OSSE, así como personas con ingresos por debajo de la línea de bienestar integradas en grupos sociales, que cuenten con iniciativas productivas.<sup>21</sup>

- Programa de Estancias Infantiles para Apoyar a Madres Trabajadoras, es un programa que apoya, a las madres que trabajan, buscan empleo o estudian y a los padres solos con hijos bajo su cuidado de entre 1 y hasta 3 años 11 meses de edad (un día antes de cumplir los 4 años) y entre 1 y hasta 5 años 11 meses de edad (un día antes de cumplir los 6 años) en caso de niñas(os) con alguna discapacidad, a través de subsidios que les permitan acceder a los servicios de cuidado y atención infantil a población susceptible de ser beneficiaria del programa. Se divide en dos grupos: potencial y objetivo; la población potencial se define como el grupo de madres de 14 años y más, con hijos de entre 1 y 4 años, sin acceso a seguridad social de forma directa o por parentesco con el jefe del hogar, en hogares con

---

<sup>19</sup> Secretaría de Gobernación, “Reglas de Operación del Programa Nacional de Financiamiento al Microempresario y a la Mujer Rural para el ejercicio fiscal 2016”, *Diario Oficial de la Federación*, SEGOB, México, 2015, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5421617&fecha=29/12/2015](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5421617&fecha=29/12/2015) (fecha de consulta: 17 de febrero del 2016).

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> Secretaría de Gobernación, “Acuerdo por el que se aprueba el Programa de Fomento a la Economía Social 2015-2018”, *Diario Oficial de la Federación*, SEGOB, México, 2015, en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5397085&fecha=18/06/2015](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5397085&fecha=18/06/2015) (fecha de consulta: 01 de abril del 2016).

ingreso estimado per cápita por debajo de la línea de bienestar. Se estima en 3,193,307 personas beneficiadas para el tercer trimestre de 2015. Por su parte, la población objetivo es un subconjunto de la primera, que se encuentre disponible, desocupada, subocupada u ocupada en el sector informal. Se estima en 880,897 personas beneficiadas para el mismo periodo.<sup>22</sup>

- Programas del Fondo Nacional de Fomento a las Artesanías (FONART); es un fideicomiso público del Gobierno Federal, sectorizado a la Secretaría de Desarrollo Social, que surge como una respuesta a la necesidad de promover la actividad artesanal del país y de contribuir a mejorar el ingreso de las personas en situación de pobreza mediante el apoyo y desarrollo de proyectos productivos a través de acciones dirigidas a mejorar las capacidades productivas y comerciales de las y los artesanos.<sup>23</sup>

- Seguro Popular de Salud. Es la principal herramienta del sistema de Protección en Salud, se trata de: un mecanismo por el cual el Estado otorga prestaciones de atención a la salud a la población no derechohabiente de los seguros sociales. Actualmente mediante el Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES) se otorgan en este programa 255 intervenciones médicas y 285 claves de medicamentos.<sup>24</sup> Cabe señalar que al mes de diciembre de 2014 da cobertura a 57.3 millones de personas.<sup>25</sup>

- Pensión para adultos mayores, cuyo objetivo es contribuir a la ampliación de los esquemas de seguridad social universal para los adultos mayores, mediante la entrega de apoyos económicos y de protección social a personas de 65 años en adelante que no reciban ingresos por concepto de pago de jubilación o pensión de tipo contributivo o en su caso no mayor a \$1,092 pesos mensuales. El número de beneficiarios se estima en 4,910,302 personas adultas mayores.<sup>26</sup>

- PROSPERA El programa de inclusión social PROSPERA articula y coordina la oferta institucional de programas y acciones de política social, incluyendo aquellas relacionadas con el fomento productivo, generación de

---

<sup>22</sup> Secretaría de Gobernación, "Reglas de Operación del Programa de Estancias Infantiles para Apoyar a Madres Trabajadoras, para el ejercicio fiscal 2016", *Diario Oficial de la Federación*, SEGOB, México, 2015, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5421992&fecha=31/12/2015](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5421992&fecha=31/12/2015) (fecha de consulta: 17 de febrero del 2016).

<sup>23</sup> Secretaría de Gobernación, "Reglas de Operación de Programas del Fondo Nacional de Fomento a las Artesanías (FONART), para el ejercicio fiscal 2016", *Diario Oficial de la Federación*, SEGOB, México, 2015, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5421505&fecha=28/12/2015](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5421505&fecha=28/12/2015) (fecha de consulta: 17 de febrero del 2016).

<sup>24</sup> Artículo 77 bis 1 de la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 07 de febrero de 1984. Última reforma publicada el 27 de enero de 2017.

<sup>25</sup> INEGI, *Derechohabencia y uso de servicios de salud*, INEGI, México, 2016, en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/sisept/default.aspx?t=msoc01&s=est&c=22594> (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2016).

<sup>26</sup> Sedesol, *Pensión para adultos mayores*, SEDESOL, México, 2016, en <http://www.gob.mx/sedesol/acciones-y-programas/pension-para-adultos-mayores> y SEDESOL, *Padrón de beneficiarios de programas sociales de la SEDESOL. Septiembre 2015*, SEDESOL, México, 2016, en [http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Padron\\_de\\_Beneficiarios](http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Padron_de_Beneficiarios) (fecha de consulta: 8 de enero de 2016).

ingresos, bienestar económico, inclusión financiera y laboral, educación, alimentación y salud, dirigida a la población que se encuentra en situación de pobreza extrema, bajo esquemas de corresponsabilidad que les permitan las familias mejorar sus condiciones de vida y aseguren el disfrute de sus derechos sociales y el acceso al desarrollo social con igualdad de oportunidades.<sup>27</sup> El número de beneficiarios es de 26,172,569.<sup>28</sup> En adición a lo anterior cabe resaltar que PROSPERA se enfoca en líneas dirigidas a mejorar la alimentación, salud, educación, empoderamiento a las mujeres y oportunidades a los jóvenes.<sup>29</sup>

#### **4. DIVERSOS ASPECTOS DE LA RELACIÓN SEGURIDAD SOCIAL Y PRODUCTIVIDAD**

Existen algunos tópicos que sirven para el análisis y el debate sobre el binomio que se forma entre la seguridad social y la productividad, dentro de ellos destacan: la productividad y el desempleo; la responsabilidad sindical y la productividad; la responsabilidad social empresarial y la productividad; y por último y no menos importante la liga educación y empleo.

##### **4.1 Productividad y desempleo**

Hoy en día mejorar la productividad de las empresas y obtener mayores ganancias, son el objetivo principal de la mayor parte de las empresas en el mundo, no obstante lo anterior, el economista y periodista de Reuters, Edward Hadas, asegura que la productividad al día de hoy ha perdido casi todo su sentido como indicador económico. Preocuparse por mejorar la productividad podría ser contraproducente y ser un 'intensificador' del desempleo y el subempleo.<sup>30</sup>

La Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) del INEGI reportó que durante marzo de 2015 México tuvo una tasa de desocupación o desempleo de 4.2% de su Población Económicamente Activa (PEA). La PEA nacional es de 59.3% de la población total de 15 años y más. De estas cifras se puede inferir lo siguiente. El porcentaje de la PEA en México es bajo (cerca del 60%), respecto al promedio de este indicador en el resto de los países miembros de la OCDE, cuyo

---

<sup>27</sup> SEDESOL, *Prospera*, SEDESOL, México, 2014, en <http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Prospera>, (fecha de consulta: 9 de octubre del 2014).

<sup>28</sup> SEDESOL, *Padrón de beneficiarios de programas sociales de la SEDESOL. Septiembre 2014*, SEDESOL, México, 2015, en [http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Padron\\_de\\_Beneficiarios](http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Padron_de_Beneficiarios) (fecha de consulta: 8 de enero de 2015).

<sup>29</sup> PROSPERA, *¿Qué es Prospera?*, Prospera, México, 2016, en [https://www.prospera.gob.mx/swb/es/PROSPERA2015/Quees\\_PROSPERA](https://www.prospera.gob.mx/swb/es/PROSPERA2015/Quees_PROSPERA) (fecha de consulta: 17 de febrero del 2016).

<sup>30</sup> El Economista, *La errónea preocupación por la productividad podría desbocar el desempleo y el subempleo*, El Economista, España, 2015, en <http://www.economista.es/economia/noticias/6710728/05/15/La-erronea-preocupacion-por-la-productividad-podria-desbocar-el-desempleo-y-el-subempleo.html> (fecha de consulta: 11 de marzo del 2016).

promedio es de 65.7%. En Estados Unidos se encuentra en 68.2% y los países nórdicos lideran la tabla con cifras por encima del 74%.

A ello se debe añadir que en México crece la informalidad, lo que según los autores reduce la productividad<sup>31</sup>, porque las empresas informales no invierten ni incorporan tecnología y los rendimientos por trabajador son muy reducidos. Además, en la legislación mexicana no se cuenta con un seguro de desempleo, por lo que los trabajadores no solo son improductivos para las empresas, sino que no se encuentran protegidos por la seguridad social, ni con herramientas eficientes para hacer frente a la falta de su propia productividad.

#### **4.2 El Sindicato y la Productividad**

El sindicalismo en México ha ido perdiendo fuerza con el pasar de los años; sin embargo la figura del sindicato influye en los trabajadores y los empresarios en un aspecto que a todos incumbe: la productividad.

Los sindicatos sirven de voz colectiva de los trabajadores, resuelven disputas y mejoran las condiciones de trabajo. La mediación de los sindicatos entre el trabajador y patrón facilita la comunicación entre las partes para intentar resolver cualquier problema. De este modo, los trabajadores pueden presentar sus quejas al empresario sin miedo a posibles represalias. Luego entonces, la presión sindical puede fomentar la adopción de nuevos métodos de gestión de personal y de la producción para la empresa, tratando de afrontar las demandas salariales y de mantener el beneficio.<sup>32</sup>

La negociación colectiva se encuentra dirigida en nuestros días a intensificar la relación obrero-patronal, a la intervención sindical en muchos aspectos de la producción, a la disminución total (de ser esto posible) de riesgos profesionales del trabajador, a evitar la suspensión del trabajo y a reducir los conflictos a los propios de la marcha normal de la empresa.<sup>33</sup>

Por tanto los sindicatos tienen impacto en la productividad de la siguiente manera:

- Resuelven disputas entre patrón y trabajador a través de la negociación.
- Disminuyen los riesgos profesionales del trabajador.
- Establecen una interrelación entre la cultura de la empresa y la organización de la producción que se refuerzan mutuamente.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Ros Bosch, J., *Algunas tesis equivocadas sobre el estancamiento económico de México*, El Colegio de México, México, 2014, p. 45

<sup>32</sup> CEBRIAN, I. y Moreno, G., *Los sindicatos*, UOC, Barcelona, 2015, s/p.

<sup>33</sup> Cfr. Barajas Montes de OCA, S., "Empresa, Trabajo y Productividad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 71, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/79/art/art1.htm>, (fecha de consulta: 16 de febrero del 2016).

<sup>34</sup> R. Battistini, O., *Toyotismo y representación sindical. Dos culturas dentro de la misma contradicción*, ASET, Argentina, 2001, p. 13, en <http://www.aset.org.ar/congresos/5/aset/PDF/BATTISTINI.PDF> (fecha de consulta: 12 de marzo de 2016).

Lo que impacta directamente en la vida del trabajador y de la empresa pues los beneficios de un ambiente de satisfacción y cordialidad entre el personal de todos los niveles repercuten de manera positiva, tanto a nivel personal y profesional de los individuos demostrando que un trabajador feliz, tiene mayor productividad.<sup>35</sup>

### **4.3 Responsabilidad Social Empresarial y productividad**

La Responsabilidad Social Empresarial en la última década ha tomado mayor importancia como parte vital de la productividad y su correlacionada competitividad de las empresas, puesto que en un mercado cada vez más competitivo, no solo cuenta quien produce mejor o más barato, sino en incidir en la vida directa de los consumidores, el medio ambiente y en pocas ocasiones en sus trabajadores.

El Libro Verde de 2001 de la Unión Europea relativo a la Responsabilidad Social Empresarial sostiene que:

Ser socialmente responsable no solamente significa cumplir plenamente las obligaciones jurídicas aplicables, sino también ir más allá e invertir “más” en capital humano, en el entorno y en las relaciones con las partes interesadas. La experiencia adquirida con la inversión en tecnologías y prácticas comerciales respetuosas con el medio ambiente sugiere que ir más allá del cumplimiento de la legislación permitiría aumentar la competitividad de las empresas, además de tener un impacto directo en la productividad.<sup>36</sup>

Por tanto la acción empresarial, independientemente del bien o servicio que produzca, se da gracias a la interrelación que se establece entre los siguientes factores: los inversionistas, los trabajadores, los recursos naturales y ambientales y los espacios sociales sobre los cuales se asienta para producir. De la manera en que se combinan dependen los impactos que generan en el rendimiento económico de los inversionistas, en la productividad de los trabajadores, en la renovación o destrucción de los recursos naturales y en la situación de las comunidades en las que se establece.<sup>37</sup>

Tomando en cuenta lo anterior, se puede señalar que un trabajador satisfecho con su medio ambiente laboral, prestaciones, seguridad, la ley General todo lo que incluye el salario emocional, es un trabajador que rendirá más. Al respecto, un estudio realizado por Alfonso del Valle, director de Crecimiento Sustentable, en

---

<sup>35</sup> Calva, A., *Empleados felices producen más*, El Universal, México, 2012, en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/articulos/71706.html> (fecha de consulta: 01 de abril del 2016).

<sup>36</sup> UE, *Libro Verde relativo a la Responsabilidad Social de las Empresas* UE, 2005, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3An26039> (fecha de consulta: 1 de abril del 2016).

<sup>37</sup> BID, *La Responsabilidad Social de la Empresa*, BID, Washington, 2011, en <http://www.pwc.com/cl/es/publicaciones/assets/la-responsabilidad-social-de-la-empresa-en-america-latina.pdf> (fecha de consulta: 10 de marzo del 2016).



que revela “Las personas felices son hasta 88%<sup>38</sup> más productivas que quienes no lo son, esto de acuerdo con el estudio Felicidad y trabajo de la Consultoría Crecimiento Sustentable.”

#### **4.4 Desconexión educación – productividad – seguridad social**

De acuerdo a un estudio hecho por Manpower, 44% de los empleadores en México declaran enfrentar dificultades para cubrir los puestos que necesitan con las características del sistema educativo está generando. Del otro lado una elevada proporción de jóvenes percibe que la educación no les proporciona habilidades y competencias para insertarse exitosamente en el mercado laboral.<sup>39</sup>

Retomando el tema inicial del concepto de productividad nos encontramos con que las habilidades con las que cuenta una persona -en específico el trabajador- le permiten ser precisamente productiva y al mismo tiempo el contar con trabajadores capacitados es lo que le permite a una empresa ser productiva. Desde esta perspectiva se debe señalar que en México la inversión en educación no contribuye directamente al aumento de la productividad, puesto que nos encontramos con la problemática de que muchas personas invierten en su educación y al momento de enfrentarse al mercado laboral, resulta que se encuentran en el rango de infra educación, es decir tienen una calificación menor a la que se requiere para desempeñar un puesto de trabajo o por el contrario se encuentran en el rango de la sobreeducación: la preparación que se requiere para desarrollar el puesto de trabajo es menor a la que ellos poseen. De esta manera podemos comprobar que existe una desconexión o desajuste (*mitch match*) entre la educación y mercado de trabajo, lo que se traduce en una falta de cobertura de seguridad social para trabajadores principalmente jóvenes.

Al respecto, Ciro Murayama y Rosa Gómez señalan en el libro “el mercado de trabajo en México” que en nuestro país tenemos un 19.2 % de la población económicamente activa en infra educación, es decir son personas poco calificadas, que se incorporan en situación de desventaja al mercado laboral, normalmente a la informalidad. De otro lado la sobreeducación se presenta en uno de cada cuatro trabajadores, es decir 24.8% de la población económicamente activa invirtió en estudios de nivel medio superior y superior, donde se incluyen también los estudios de posgrado y se encuentran en la actualidad realizando trabajos que requieren un nivel menor de capacitación.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Sola, B., *La felicidad produce mayores ganancias a las empresas*, ExpokNews, México, 2012, en <http://www.expoknews.com/la-felicidad-produce-ganancias-a-las-empresas/> (fecha de consulta: 11 de marzo de 2016).

<sup>39</sup> Holtz D., *Educación superior y productividad*, Milenio, México, 2016, en [http://www.milenio.com/irmas/dieter\\_holtz/Educacion-superior-productividad\\_18\\_674512570.html](http://www.milenio.com/irmas/dieter_holtz/Educacion-superior-productividad_18_674512570.html), fecha de consulta 11 de marzo del 2016

<sup>40</sup> Murayama Rendón, C. y Gómez Tovar, R., *op. cit.*, pp. 143-145.

No se está preparando el sistema educativo para egresar jóvenes que contribuyan no solo a paliar necesidades del mercado de trabajo, sino a contribuir al desarrollo económico del país. Es decir, no se están implementando políticas públicas integrales y efectivas que dirijan hacia dónde debe moverse el país, desde la perspectiva: sistema educativo- mercado de trabajo- desarrollo económico. No basta con dar capacitación a obreros para dar más ingreso a la inversión extranjera, o con hacer estudios de mercado para ver en cuál área los egresados consiguen más pronto empleo y con mejores salarios; se requiere ampliar la competitividad del país mediante el aprovechamiento de su capital humano, por ejemplo desarrollando nuevas ramas industriales, como los chinos, que mediante la planeación y el desarrollo industrial automotriz pasaron de carecer de dicha industria en 1955<sup>41</sup> a ser actualmente el mayor fabricante y vendedor de autos en todo el mundo, por encima de las industrias pioneras como las norteamericanas y alemanas.<sup>42</sup>

## **5. CONCLUSIONES**

La gran obra de la sociedad industrial fue el sujeto productivo, el trabajador satisfecho con su medio ambiente laboral, prestaciones, seguridad, etc. Este sujeto productivo es un trabajador que rendirá más con relaciones económicas y consideraciones sociales: derechos sociales, políticas sociales que de cierta forma limitan la lógica de acumulación de capital y como dicen Laval y Dardot “contrariando la concepción estrictamente contractualista de los intercambios sociales”<sup>43</sup>. En esta relación, las prestaciones de seguridad social son un factor que contribuye al mejoramiento de la productividad humana y empresarial. Por lo tanto, los gastos en seguridad social son una inversión y no un derroche. Sin embargo, la racionalidad del hombre económico se decanta por la eficacia económica y la mayor productividad. En ese sentido: el reto más grande es reformar las políticas sociales orientándolas a proporcionar acceso universal a la salud y la seguridad social a toda la población, independientemente del estatus de las mismas en el mercado de trabajo. Todos los trabajadores, formales e informales tendrían los derechos y las obligaciones que les concede el Derecho Laboral y de la Seguridad Social.

---

<sup>41</sup> Para ampliar el tema consúltese: Informe sobre la Investigación en China sobre Aspectos Laborales del año 2001 de la Universidad de Bremen, Alemania en: CHUNLI, L., “Chinas automobilindustrie in der Globalisierung”, *Institut für Weltwirtschaft und Internationales Management der Universität Bremen und Internationaler Studiengang Volkswirtschaft, Hochschule Bremen*, núm. 15, abril 2001, pp. 1-38, en <http://www.iwim.uni-bremen.de/publikationen/pdf/c015.pdf> (fecha de consulta: 25 de septiembre del 2015).

<sup>42</sup> Actualmente la industria China vende el 30% de todos los autos del mundo, por encima de las grandes firmas europeas como la VW, BMW, Peugeot, Fiat o cualquiera de las americanas. En LUO, L. “China auto sales expected to exceed 20 million units in 2011”, *China Automotive Review*, <http://www.chinaautoreview.com/pub/CARArticle.aspx?ID=5105> (fecha de consulta: 01 de octubre de 2015).

<sup>43</sup> Laval C. y Dardot P., *op. cit.*, p. 331.

Un reto no menor es concientizar a los patrones de las bondades que los seguros sociales traen también para ellos, y uno de los principales es el aumento de la productividad.

### **Bibliografía**

- Barajas Montes de Oca, S., "Empresa, Trabajo y Productividad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 71, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/79/art/art1.htm>
- BID, *La Responsabilidad Social de la Empresa*, BID, Washington, 2011, en <http://www.pwc.com/cl/es/publicaciones/assets/la-responsabilidad-social-de-la-empresa-en-america-latina.pdf>
- Calva, A., *Empleados felices producen más*, El Universal, México, 2012, en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/articulos/71706.html>
- Castañeda, D., "¿Por qué la economía mexicana no crece?", Forbes, México, 2014 en <http://www.forbes.com.mx/por-que-la-economia-mexicana-crece/>
- Cebrian, I. y Moreno, G., *Los sindicatos*, UOC, Barcelona, 2015, s/p.
- Dávalos, J., *Tópicos laborales*, Porrúa, México, 2006, p. 88.
- Díaz, J. y Márquez, J., "Formación del recurso humano: Visión tradicional y visión por competencias", *Omnia*, vol. 11, núm. 2, mayo-agosto 2005, pp. 75-91, en <http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/omnia/issue/view/863>
- El Economista, *La errónea preocupación por la productividad podría desbocar el desempleo y el subempleo*, El Economista, España, 2015, en <http://www.economista.es/economia/noticias/6710728/05/15/La-erronea-preocupacion-por-la-productividad-podria-desbocar-el-desempleo-y-el-subempleo.html>
- Gobierno de Navarra, *Informe de Estado del Medio Ambiente*, España, s.p. consultado en: <http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/3B747034-B28B-466B-BD09-1426683670F2/0/productividad.pdf>
- Gobierno de la República, *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, Gobierno de la República, México, p. 85, en <http://pnd.gob.mx>
- Holtz D., *Educación superior y productividad*, Milenio, México, 2016, en [http://www.milenio.com/firmas/dieter\\_holtz/Educacion-superior-productividad\\_18\\_674512570.html](http://www.milenio.com/firmas/dieter_holtz/Educacion-superior-productividad_18_674512570.html)
- Inegi, *Derechohabiencia y uso de servicios de salud*, INEGI, México, 2016, en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/sisept/default.aspx?t=msoc01&s=est&c=22594>
- Laval C. y Dardot P., *La nueva razón del mundo. Ensayos sobre la sociedad neoliberal*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2015 p. 326.
- Mendoza Escamilla, V., *Los 5 enemigos de la productividad en México*, Forbes, México, 2014 en <http://www.forbes.com.mx/los-5-enemigos-de-la-productividad-en-mexico/>
- Murayama Rendón, C. y Gómez Tovar, R., *El mercado de trabajo en México. La opinión social sobre la precariedad laboral, encuesta nacional de economía y empleo*, UNAM, México, 2015, p. 132.
- Novelo Novelo, E. *Ensayos y escritos*, México, 1985, citado por Dirección General de Capacitación y Productividad, *Definiciones de productividad*, STPS, México, 1985, p. 19, en [http://observatoriodelacapacitacion.stps.gob.mx/oc/PDF%5CPublicaciones\\_completas\(Productividad\)%5C02\\_Definiciones\\_de\\_productividad\\_1985.pdf](http://observatoriodelacapacitacion.stps.gob.mx/oc/PDF%5CPublicaciones_completas(Productividad)%5C02_Definiciones_de_productividad_1985.pdf)
- OIT, *Seguridad Social: Retos y perspectivas*, OIT, Ginebra, 2001, en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-vi.pdf>
- PROSPERA, *¿Qué es PROSPERA?*, PROSPERA, México, 2016, en [https://www.prospera.gob.mx/swb/es/PROSPERA2015/Quees\\_PROSPERA](https://www.prospera.gob.mx/swb/es/PROSPERA2015/Quees_PROSPERA)

- R. Battistini, O., *Toyotismo y representación sindical. Dos culturas dentro de la misma contradicción*, ASET, Argentina, 2001, p. 13, en <http://www.aset.org.ar/congresos/5/aset/PDF/BATTISTINI.PDF>
- Reynoso Castillo, C., Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana en el *Panel de expertos de la LVI Asamblea Nacional de la AMDTPS*, Puebla, 22 de marzo de 2016.
- Ros Bosch, J., *Algunas tesis equivocadas sobre el estancamiento económico de México*, El Colegio de México, México, 2014, p. 45
- Secretaría de Gobernación, "Acuerdo por el que se aprueba el Programa de Fomento a la Economía Social 2015-2018", *Diario Oficial de la Federación*, SEGOB, México, 2015, en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5397085&fecha=18/06/2015](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5397085&fecha=18/06/2015)
- Secretaría de Gobernación, "Programa de Desarrollo del Sector Turismo 1995-2000", *Diario Oficial de la Federación*, SEGOB, México, 1996, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=4890136&fecha=27/06/1996](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4890136&fecha=27/06/1996)
- Secretaría de Gobernación, "Reglas de Operación del Programa de Estancias Infantiles para Apoyar a Madres Trabajadoras, para el ejercicio fiscal 2016", *Diario Oficial de la Federación*, SEGOB, México, 2015, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5421992&fecha=31/12/2015](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5421992&fecha=31/12/2015)
- Secretaría de Gobernación, "Reglas de Operación de Programas del Fondo Nacional de Fomento a las Artesanías (FONART), para el ejercicio fiscal 2016", *Diario Oficial de la Federación*, SEGOB, México, 2015, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5421505&fecha=28/12/2015](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5421505&fecha=28/12/2015)
- Secretaría de Gobernación, "Reglas de Operación del Programa Nacional de Financiamiento al Microempresario y a la Mujer Rural para el ejercicio fiscal 2016", *Diario Oficial de la Federación*, SEGOB, México, 2015, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5421617&fecha=29/12/2015](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5421617&fecha=29/12/2015)
- SEDESOL, *Padrón de beneficiarios de programas sociales de la SEDESOL. Septiembre 2014*, SEDESOL, México, 2015, en [http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Padron\\_de\\_Beneficiarios](http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Padron_de_Beneficiarios)
- SEDESOL, *Pensión para adultos mayores*, SEDESOL, México, 2016, en <http://www.gob.mx/sedesol/acciones-y-programas/pension-para-adultos-mayores> y SEDESOL, *Padrón de beneficiarios de programas sociales de la SEDESOL. Septiembre 2015*, SEDESOL, México, 2016, en [http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Padron\\_de\\_Beneficiarios](http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Padron_de_Beneficiarios)
- SEDESOL, *Prospera*, SEDESOL, México, 2014, en <http://www.sedesol.gob.mx/es/SEDESOL/Prospera>
- Sola, B., *La felicidad produce mayores ganancias a las empresas*, ExpokNews, México, 2012, en <http://www.expoknews.com/la-felicidad-produce-ganancias-a-las-empresas/>
- Siliceo Aguilar, A., *Capacitación y desarrollo de personal*, Limusa, México, 2006, p. 25, en [https://books.google.com.mx/books?id=CJhlsrSulMUC&dq=CAPACITACI%C3%93N&lr=&hl=es&source=gbs\\_navlinks\\_s](https://books.google.com.mx/books?id=CJhlsrSulMUC&dq=CAPACITACI%C3%93N&lr=&hl=es&source=gbs_navlinks_s)
- UE, *Libro Verde relativo a la Responsabilidad Social de las Empresas UE*, 2005, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3An26039>

# AN OVERVIEW OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES AND ITS PRINCIPLES

Fatos HASANI\*  
Indrit SHTUPI\*\*

**Abstract:** *Treaties nowadays are the foundations for the creation of all relations between subjects of international law and their role in international law has increased progressively recently. In its first meeting in 1946, the General Assembly of UN established a Committee for Progressive Development of International Law. The 1966 Vienna Convention entered into force on 27 January 1980 and has 114 member states. It has created an elastic system which has found the equilibrium among domestic interests and a common international regulation. This Convention ensures sufficient freedom for states to adhere to treaties, but at the same time guarantees respect for the common standards in treaty-drafting. The reciprocity principle is central to every legal relation, but its importance is more noticeable when it comes to treaties, because it is a guiding principle for each treaty. The Vienna Convention does not contain the reciprocity principle explicitly; however, it derives from the principle of equality of parties. The latter means that parties have equal rights and obligations in a treaty, which is a direct outcome of the principle of equality of sovereignty.*

**Keywords:** *Treaty; General Assembly of UN; International Law; Vienna Convention; principle, International Court of Justice.*

## 1. Treaty as a subject of international law

Treaties nowadays are the foundations for the creation of all relations between subjects of international law and their role in international law has increased progressively recently. After the creation of United Nations, more than 54000 treaties are registered in this organization, seventy percent of which have entered into force.<sup>1</sup>

In its first meeting in 1946, the General Assembly of UN established a Committee for Progressive Development of International Law.<sup>2</sup> This Committee drafted the Statute of the Commission for International Law, which would be an auxiliary organ to the General Assembly in effect of codification of international law, as one of the obligations set out in article 13 of the UN Charter.<sup>3</sup> In the first session of this Commission, treaty law was regarded as one of the fields in need

---

\* Ph. D Candidate, Chief at Albania Police, email: hasanifatos@yahoo.com

\*\* Ph. D, Lecturer at Mediterranean University of Albania, email: indritshtupi@yahoo.com

<sup>1</sup> Anthony Aust, *Modern treaty law and practice*, p. 1, Cambridge University Press, 2ed, 2011.

<sup>2</sup> The Committee was composed on 17 members representing the member states of the UN.

<sup>3</sup> Shabtai Rosenne, *Codification of international law*, p. 41, Encyclopedia of Public International law, 7/1985, Max Planck Institute, Elsevier Science Publishers, Netherlands

of codification, thus work began towards the aim of codification, which resulted in the Vienna Convention. Special Rapporteur Sir Humphrey Waldock built the foundations of the Vienna Convention. He drafted six reports on its provisions, which were ratified from 1961 to 1966 in the meetings of the sixth Committee of the General Assembly, to later be presented to the Vienna Conference on the Law of Treaties.<sup>4</sup>

## **2. Vienna Convention's system, characteristics and principles**

The 1966 Vienna Convention entered into force on 27 January 1980 and has 114 member states.<sup>5</sup> It has created an elastic system which has found the equilibrium among domestic interests and a common international regulation. This Convention ensures sufficient freedom for states to adhere to treaties, but at the same time guarantees respect for the common standards in treaty-drafting. This characteristic has been considered as the strongest point of the Convention.<sup>6</sup>

The Convention regulates treaties concluded among states. However, another very important subject of international public law is international organizations. They are central to the development of norms and international relations. Therefore, considering their ever-growing importance, during the Vienna Conference, a resolution was also adopted,<sup>7</sup> which suggested to the General Assembly to request from the Committee on International Law to start research for the drafting of a convention regarding treaties among states and international organizations, as well as among international organizations themselves. The body of this convention has been conceived as a parallel text to that of the Vienna Convention and contains *mutatis mutandis* its provisions by making the necessary adjustments according to the features of international organizations and their organs. This Convention was adopted in 1986, but has not yet entered into force as 35 instruments of ratification have not yet been submitted. As of this moment, treaties which international organizations are a party of are regulated by the 1969 Vienna Convention, as norms of international customary law.

Nevertheless, the Convention itself entails that the fact that it regulates only relations between states shall not prejudice the legal effect that it has on agreements that states conclude with other subjects of international law.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Mark Villiger, *Commentary of Vienna Convention on the law of treaties 1969*, p. 35, Martinus Nijhoff Publisher

<sup>5</sup>[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en)

<sup>6</sup> *Supra* note 1.

<sup>7</sup> *Official Records of the Vienna Conference on the Law of Treaties*, (First Session), at 11-14, U.N. Sales No. E.70V.5.

<sup>8</sup> Article 3 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*.

Additionally, it is not obligatory for member states of the Convention to apply its norms, in case that they conclude treaties with states that are not party to the convention, because the latter cannot be obliged to undertake obligations which they have not consented to.<sup>9</sup>

As mentioned above, treaties used to exist well before the Vienna Convention. Therefore, its drafting heavily relied on international customary law. The latter consists of two essential elements, namely, the consolidated practice of states, and *opinio juris*. Both treaties and customary law are important sources of international law, but they are not entirely detached from each-other as long as they influence and are interconnected to one another. If a treaty disciplines a new field and if it is applied by states which are not signatory to it, the norms of the treaty shall be regarded as customary law for those states.<sup>10</sup> The fact that the Vienna Convention reflects previous customary law has been confirmed by the International Court of Justice several times. ICJ has established that the convention shall be applicable to agreements that have entered into force before the convention has, because the latter reflects customary law. Such an opinion is found at the *Kasikili/Sedudu Island* case<sup>11</sup> and *Gabčíkovo-Nagymaros Project* case,<sup>12</sup> in which ICJ decided to apply the norms of the Convention, although the agreements in question had entered into force before it had.

The Vienna Convention defines treaties as ‘*international agreement[s] concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation*’.<sup>13</sup> It contains the fundamental principles guiding every treaty. Principles of special importance include the principles of *pacta sunt servanda*, good faith, free will, equality, reciprocity, and lack of retroactivity.<sup>14</sup>

*Pacta sunt servanda* is regarded as the most important principle of treaty law and entails that a treaty is obligatory to the parties which must act accordingly.<sup>15</sup> It is applicable from the moment that an agreement enters into force.<sup>16</sup> It exclusively applies to agreements regulated by international law. We must note that this principle is flexible, as it is applicable to both treaties concluded among states and those among entities not included in the Convention. It also applies to agreements

---

<sup>9</sup> Also according to principles of sovereignty and equality, such conduct is not allowed.

<sup>10</sup> *Supra* note 1.

<sup>11</sup> *Kasikili/Sedudu Island, Botswana v Namibia*, Judgment, Merits, [1999] ICJ Rep 1045, ICGJ 57 (ICJ 1999), 13th December 1999, International Court of Justice [ICJ].

<sup>12</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungary v Slovakia*, Judgment, Merits, ICJ GL No 92, [1997] ICJ Rep 7, [1997] ICJ Rep 88, (1998) 37 ILM 162, ICGJ 66 (ICJ 1997), 25th September 1997, International Court of Justice [ICJ].

<sup>13</sup> Article 2(a) of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, adopted in Vienna on 23 May 1969 and entered into force on 27 January 1980.

<sup>14</sup> The first four principles are reflected in the Preamble of the 1969 *Vienna Convention on the Law of Treaties*.

<sup>15</sup> Article 26 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*.

<sup>16</sup> See for example decision nr. 15, dated 15.04.2010 of the Albanian Constitutional Court.

which are not in written form.<sup>17</sup> *Pacta sunt servanda* means that treaties must be respected and applied regardless of domestic laws or developments in member states,<sup>18</sup> while also indicating that states should not enter into new treaties that contradict the treaties that they are already part of and that they cannot arbitrarily cease the legal effects of the treaty without respecting the provisions of the Convention in this regard.<sup>19</sup>

The principle of free will of parties to enter a treaty means that the process of creation of the free will of the state/entity must be free and uninfluenced from other actors or external factors. This principle is observed throughout all the Convention, but especially in the first section of its Second Part, which envisions the procedure of entering into a treaty.

The principle of good faith requires parties to act fairly and honestly with each other, to express their real intentions and not to gain unjust benefits that might come from wrong interpretations of their agreement.<sup>20</sup> This principle finds applicability in two institutes: that of signature and interpretation. As to the former, the signature is not the final mean of expressing the will of the parties, because when it comes to agreements of special importance, ratification by competent state organs is also required. So, during the time from signature to ratification, parties must act in good faith with one another and not undertake any actions which might be against the object or purpose of the treaty.<sup>21</sup>

The principle of good faith is even more closely linked to interpretation, because the genesis of its creation comes from the narrow literal interpretation of agreements which often resulted in their wrong application, or abuse from one of the parties. For this reason, it was deemed important that parties included in their agreements the obligation to interpret and apply the agreement in good faith. The Vienna Convention provides that treaties must be interpreted in good faith from the parties, by keeping in mind the usual meaning of terms, as well as the context in which the object and purpose of the treaty have been determined.<sup>22</sup> This means that parties, instead of limiting themselves to the meaning of a term, should rather try to put it into context and consider factors that have influenced the drafting of the treaty.<sup>23</sup>

The reciprocity principle is central to every legal relation, but its importance is more noticeable when it comes to treaties, because it is a guiding principle for each

---

<sup>17</sup> Manfred Lachs, *Pacta sunt servanda*, Encyclopedia of Public International law, 7/1985, Max Planck Institut, Elsevier Science Publishers, Netherlands, p. 367.

<sup>18</sup> See Article 46 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*.

<sup>19</sup> Zejnullah Gruda, *E drejta ndërkombëtare publike*, p. 323, Shtëpia Botuese Furkan- ISM – Skopje.

<sup>20</sup> Anthony D'Amato, *Good Faith*, Encyclopedia of Public International law, 7/1985, Max Planck Institute, Elsevier Science Publishers, Netherlands, p. 107

<sup>21</sup> Article 18 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*.

<sup>22</sup> Article 31/1 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*

<sup>23</sup> Ian McTaggart Sinclair, *The Vienna Convention on the law of treaties*, 2<sup>nd</sup> ed., 1984, p. 115, Manchester University Press



treaty.<sup>24</sup> Reciprocity means that parties are linked in a corresponding relationship, with mutual rights and obligations towards each other. Reciprocity is not a matter of formality; its applicability should be substantial and should be reflected in the equilibrium among the reciprocal benefits of parties from the implementation of the treaty.<sup>25</sup> The Vienna Convention does not contain the reciprocity principle explicitly; however, it derives from the principle of equality of parties. The latter means that parties have equal rights and obligations in a treaty, which is a direct outcome of the principle of equality of sovereignty.<sup>26</sup>

Lack of retroactivity of treaties means that they shall regulate only relations from the moment they enter into force and on, and that they cannot apply to relations that have started prior to that moment, unless parties agree otherwise or the treaty is considered as part of international customary law.<sup>27</sup>

### **Conclusions**

In conclusion, the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties is the most comprehensive set of rules governing treaties, which constitute the most important source of international law. Its inherent principles represent the first codification of principles governing treaties, which previously relied on rules of international customary law.

### **Bibliography**

1. Anthony Aust, *Modern treaty law and practice*, p. 1, Cambridge University Press, 2ed, 2011.
2. Anthony D'Amato, *Good Faith*, Encyclopedia of Public International law, 7/1985, Max Planck Institute, Elsevier Science Publishers, Netherlands, p. 107
3. Bruno Simma, *Reciprocity*, p. 400, Encyclopedia of Public International law, 7/1985, Max Planck Institut, Elsevier Science Publishers, Netherlands.
4. Decision nr. 15, dated 15.04.2010 of the Albanian Constitutional Court.
5. Gabčíkovo-Nagymaros Project, *Hungary v Slovakia*, Judgment, Merits, ICJ GL No 92, [1997] ICJ Rep 7, [1997] ICJ Rep 88, (1998) 37 ILM 162, ICGJ 66 (ICJ 1997), 25th September 1997, International Court of Justice [ICJ].
6. [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII1&chapter=23&Temp= mtdsg3&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII1&chapter=23&Temp= mtdsg3&lang=en)
7. Ian McTaggart Sinclair, *The Vienna Convention on the law of treaties*, 2nd ed., 1984, p. 115, Manchester University Press
8. Kasikili/Sedudu Island, *Botswana v Namibia*, Judgment, Merits, [1999] ICJ Rep 1045, ICGJ 57 (ICJ 1999), 13th December 1999, International Court of Justice [ICJ].
9. Manfred Lachs, *Pacta sunt servanda*, Encyclopedia of Public International law, 7/1985, Max Planck Institut, Elsevier Science Publishers, Netherlands, p. 367.

---

<sup>24</sup> Bruno Simma, *Reciprocity*, p. 400, Encyclopedia of Public International law, 7/1985, Max Planck Institut, Elsevier Science Publishers, Netherlands.

<sup>25</sup> *Supra* note 21.

<sup>26</sup> Werner Morvay, *Unequal treaties*, p. 514, Encyclopedia of Public International law, 7/1985, Max Planck Institute, Elsevier Science Publishers, Netherlands.

<sup>27</sup> See for example *supra* notes 10 and 11.

10. Mark Villiger, *Commentary of Vienna Convention on the law of treaties 1969*, p. 35, Martinus Nijhoff Publisher
11. *Official Records of the Vienna Conference on the Law of Treaties*, (First Session), at 11-14, U.N. Sales No. E.70V.5.
12. Shabtai Rosenne, *Codification of international law*, p. 41, Encyclopedia of Public International law, 7/1985, Max Planck Institute, Elsevier Science Publishers, Netherlands
13. Vienna Convention on the Law of Treaties, adopted in Vienna on 23 May 1969 and entered into force on 27 January 1980.
14. Werner Morvay, *Unequal treaties*, p. 514, Encyclopedia of Public International law, 7/1985, Max Planck Institute, Elsevier Science Publishers, Netherlands.
15. Zejnullah Gruda, *E drejta ndërkombëtare publike*, p. 323, Shtëpia Botuese Furkan- ISM – Skopje.

# CONSIDERATIONS ON IMPROVING THE LEGISLATIVE FRAMEWORK OF MATERNITY PROTECTION IN ROMANIA

Ana María Alexandra IANCU \*

**Abstract:** *The legal framework is outlined by the Emergency Ordinance no. 96/2003 on the protection of maternity at work transposing into national law Directive 92/85 / EEC on the implementation of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding. Law no.154 / 2015 introduced new legislative amendments regarding the protection of maternity at the workplaces, being amended and amended Government Ordinance no. 96/2003 on the protection of maternity at work. The new normative act clarifies the initial provisions and updates certain aspects regarding the social protection of maternity at work. However, the current regulation can be improved by the legislative devolution of the proposals made by the doctrine of the law.*

**Keywords:** *maternity protection; maternity leave, breastfeeding, banning dismissal*

The existing framework in the European Union is established by the Directive no. 92/85 / C. E. on the implementation of measures to improve the safety and health at work of pregnant women who have recently given birth or are breastfeeding.<sup>1</sup>

The Directive defines, in art. 2, the three situations where one can find a worker, as follows:

- 'pregnant worker' means any pregnant worker who informs her employer of her condition in accordance with national legislation and / or practice;
- "worker who has recently given birth" means any worker who has recently given birth within the meaning of national legislation and / or practice and who informs her employer of her condition in accordance with that legislation and / or practice;
- "nursing worker" means any worker who is breastfeeding within the meaning of national legislation and / or practice and who informs her employer of her condition in accordance with that legislation and / or practice.

---

\* Student, Valahia University of Târgoviște, member of Association for the study of the professional labour relations

<sup>1</sup> Published in the Official Journal of the European Communities (JOCE) no. L 348 of 29 November 1992, subsequently amended, including Directive 2014/27 / EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 amending Directives 92/58 / EEC, 92/85 / EEC, 94/33 / EC, 98/24 / EC The Council and Directive 2004/37 / EC of the European Parliament and of the Council to align them with Council Regulation (EC) 1272/2008 on classification, labeling and packaging of substances; and a mixtures [published in the Official Journal of the European Union (JOUE) no. L 65 of 5 March 2014].

Thus, pregnant workers who have recently given birth and who are breastfeeding are protected provided that their condition is communicated to the employer in accordance with the procedures laid down by national laws and practices, despite that reference to national law for one of the aspects of the definition of a pregnant worker, the legislator "understood to give the concept of" pregnant worker "an autonomous interpretation to Union law", so that the Member States do not deprive substance of the protection afforded by the Directive.

The Directive does not justify a possible fall in the levels of protection already achieved in each of the Member States and they are committed, under the Treaty, to promoting the improvement of existing conditions in this area and aiming at harmonizing these conditions for progress. It avoids imposing administrative, financial and legal constraints that would hinder the creation and development of small and medium-sized enterprises."<sup>2</sup>

In national law, the legal framework is outlined by Emergency Ordinance no. 96/2003 on the protection of maternity at work<sup>3</sup> and Methodological norms.<sup>4</sup> When developing O.U.G. no. 96/2003, the provisions of the following European and international regulations were considered:<sup>5</sup> Directive 92/85 / EEC on the implementation of measures to promote improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding. Definitions of the terms used in the Directive and transposing the Directive's provisions on the employer's obligation to assess the nature, extent and duration of workers' exposure to agents, processes or working conditions for all activities that may present a specific risk, inform the workers and or their representatives on the results of the assessment and on all measures related to health and safety at work.

The European legislator has, in principle, established that pregnant workers and those who are breastfeeding should not carry out activities which, following the evaluations, pose the risk of exposure to certain agents or of extremely dangerous working conditions, which jeopardize security or their health. In view of all this, it has been decided that pregnancy, lactation or breastfeeding pregnant workers should be provided with provisions deemed necessary for their safety and health.

It is also necessary to grant these categories of workers the right to a maternity leave of at least 14 consecutive weeks, distributed before and / or after birth, and to make mandatory maternity leave of at least two weeks previously distributed and /

---

<sup>2</sup> Lorena Steliana Doseanu, *Regulation of the work of young people and women in national and international European law*, publisher Universul Juridic, 2014, p. 27

<sup>3</sup> Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 750 of 27 October 2003, approved, as amended, and completions, by Law no. 25/2004, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 214 of 11 March 2004

<sup>4</sup> Methodological Norm from 07/04/2004, published in the Official Gazette of Romania, Part I no. 378 of April 29 2004 for the application of the provisions of Government Emergency Ordinance no. 96/2003 on maternity protection at work

<sup>5</sup> Nicolae Voiculescu, *Labour Law. Internal and community regulations*, Wolters Kluwer Publishing House, Bucharest, 2007, pp. 151-152

or after birth (Article 8 of the Directive). However, the provisions on maternity leave would have no effect if they were not accompanied by the maintenance of rights related to the employment contract or the granting of an adequate allowance and the notion of adequate allowance in the case of maternity leave should be regarded as a reference point in order to establish the minimum level of protection and should not be interpreted in any way as implying an analogy between gravity and disease. Moreover, since the risk of dismissal on grounds relating to their condition may have harmful effects on the physical and mental health of pregnant workers, children or nursing, provision should be made for a prohibition on dismissal."<sup>6</sup>

The provisions on the protection of the health and safety of workers, as well as the rights deriving from their employment contract, have also been transposed; The revised European Social Charter, ratified by Romania through Law no. 74/1999.

By adopting this normative act the legal commitments contained in the provisions of art. 8 - The right of workers to maternity protection, which are part of the provisions of the revised European Social Charter that Romania considers to be related, according to art. 2 of the ratification law; Convention of the International Labour Organization no. 183/2000 on the revision of the Revised Convention on the Protection of Maternity in 1952, ratified by Romania through Law no. 452/2002.<sup>7</sup>

Law no.154 / 2015<sup>8</sup> introduced new legislative amendments regarding the protection of maternity at the workplaces, and the Government Ordinance no. 96/2003 regarding the protection of maternity at work, approved with amendments and completions, by Law no. 25/2004<sup>9</sup>, as amended and supplemented.

The new normative act clarifies<sup>10</sup> the initial provisions and updates certain aspects regarding the social protection<sup>11</sup> of maternity at work.

The social protection measures established by this normative act envisage, according to art. 1, pregnant workers or mothers (nursing mothers or nursing mothers) with Romanian citizenship or other EU Member States or foreign citizens but having their domicile or residence in Romania, who have the quality of paid employment under a work or employment relationship.

In Article 3 paragraph 1 it is expressly stipulated that the above-mentioned employees must present themselves to the family doctor in order to obtain a medical certificate stating their status. In the event of non-compliance with such a requirement, coupled with written information, the employer is relieved of some of the obligations incumbent on him under this normative act.

---

<sup>6</sup> Loredana Stelian Doseanu, op. cit., p. 26

<sup>7</sup> Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 535 of 23 July 2002

<sup>8</sup> Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 445 of 22 June 2015

<sup>9</sup> Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 214 of March 11, 2004

<sup>10</sup> Dan Țop, *New regulations on the protection of maternity at work*, in the Romanian Law Review of work no. 10/2015 pp. 13-18

<sup>11</sup> Dan Țop, *Labour Law - Social Security Law*, Bibliotheca Publishing House, Târgoviște, 2013, p. 526-531

Article 9 was amended by Law no. 154/2015, also stipulating that it is necessary to avoid the exposure of the employee concerned to the identified risks as recommended by the occupational health physician or the family doctor. Thus, if the risks to health and safety at work jeopardize employees or there are repercussions on pregnancy and lactation, employers must take the necessary measures to alter working conditions, work schedules or to avoid exposing the employees concerned to the risks highlighted " according to the recommendation of the medical practitioner or family doctor, with the maintenance of salary incomes ".

The employer is obliged to temporarily modify the place and / or type of work, without the consent of the employee concerned, according to the provisions of art. 48 of the Labour Code as a measure to protect <sup>12</sup>it.

These include the (special) obligations of the employers provided for in the Labour Code<sup>13</sup>, namely that pregnant women, children and nursing mothers can not be used in workplaces with harmful, heavy or dangerous conditions or medical contra-indications; in these situations, they will be transferred to other jobs without lowering their salary and being forced to perform night work.

According to art. Under Article 7 of the Directive, workers may not be required to carry out night work<sup>14</sup> during pregnancy and postnatal periods, which will be determined by the national health and safety authority, subject to presentation in accordance with the procedures laid down by the States Member States of a medical certificate attesting that the period in question is necessary for the safety or health of the worker concerned.

If the employer can not, for objectively justified reasons, fulfill the obligations stipulated in art. 9 the employees in question are entitled to maternity leave, this is one of the main rights <sup>15</sup>of the employees in special situations (pregnancy, recent or late breastfeeding, it may be granted, in whole or in part, for a period that can not exceed 120 days before the date of application for maternity leave or after returning from compulsory postnatal leave, unless the employee does not opt for parental leave.

As a rule, this type of leave solves situations that concern the employee's impossibility to work during the pre-natal period, for example because of a toxic pregnancy.

Maternal risk leave<sup>16</sup> is provided by your family doctor or specialist doctor. It will issue a medical certificate for this purpose. The issue of the medical certificate will make the conditions in which the employee has presented her prenatal and postnatal counseling, according to the Ministry of Health.

---

<sup>12</sup> Dan Țop, *Labour Law Treaty*, Wolters Kluwer Publishing House, Bucharest, 2008, p. 244

<sup>13</sup> I.T. Ștefănescu, *Theoretical and Practical Treaty of Labour Law*, 3rd edition, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2014, p. 721

<sup>14</sup> Dan Țop, *European Social Law*, Bibliotheca Publishing House, Târgoviște, 2009, p. 258

<sup>15</sup> Liviu Filip, Lucian Pavel, *Maternal risk leave*, in the Romanian Labour Law Review, no. 4/2004, p. 60-63

<sup>16</sup> Alexandru Țiclea, Laura Georgescu, op. cit., p. 78

This leave can not be granted show art. 10 of Government Emergency Ordinance no. 96/2003, at the same time as other leave provided by the legislation on the public pension system and other social insurance rights, because the employee, as an insured person, can only benefit from a single social benefit.

The Court of Justice ruled that art. 10 does not concern a worker who undergoes in vitro fertilization when, at the time of his dismissal, the fertilization of that worker's sperm by the sperm of his partner has already taken place so that there are in vitro fertilized ova but they have not been however transferred to its uterus<sup>17</sup>

Employers have the obligation, according to art. 16, to grant to pregnant workers the dispensation, which according to art. 2 lit. f, represents a number of hours paid by the employer for prenatal medical consultations up to a maximum of 16 hours per month, without affecting their salary rights

Pursuant to Article 17, to nursing workers, employers are obliged to give them two breaks of one hour during the working hours, up to the age of one year of the child. Because these breaks include the time required to move to the child's place, the employees choose to replace these breaks by reducing the working hours by two hours a day.<sup>18</sup>

Paragraph 3 of this article states that such circumstances are included in working time and do not diminish the salary of the person concerned. It is provided in par. 4 and the possibility for the employer to arrange, with proper hygiene conditions, special breastfeeding rooms.

It can be seen from art. 17 of the Ordinance on the Protection of Maternity at Work that the legislator refers only to the employed women and does not specify whether it is artificial breastfeeding as it is in the legislation of other European countries.<sup>19</sup> This is why the text should be amended accordingly, meaning that if it is artificial breastfeeding (which is quite common in practice), pauses can also be given to the father or other person who has the baby in legal care.

The regulations of the Government Emergency Ordinance no. 96/2003 also stipulate the obligation of the employers to insert in the internal regulations hygiene measures, health and safety at work, according to the provisions of art. 242 alin.1 lit. a of the Labour Code.

At the same time, it is also necessary to correlate the provisions of the normative acts: Labour Code, Law no. 202/2002 on equal opportunities and treatment of women and men and Government Emergency Ordinance no. 96/2003 on the protection of maternity at work.

According to art. 21 it is forbidden for the employer to order the termination of the employment relationship in the situation of the pregnant worker who is on maternity, maternity leave or who has been born and is on parental leave. A natural

---

<sup>17</sup> Nicolae Voiculescu, *European Social Law*, Universul juridic publishing house, Bucharest, 2014, p. 147

<sup>18</sup> I. T. Ștefănescu, *Treaty...* op.cit., P. 721

<sup>19</sup> Loredana Stelian Doseanu, op.cit., P. 195

correlation<sup>20</sup> of the provisions of this normative act with other relevant legal provisions in the field is the modification of the letters d and e of Article 21 paragraph 1 Add a new location when it does not operate, according to art. 21 par. 3, the prohibition of dismissal, namely the dissolution of the employer, along with its judicial reorganization or bankruptcy.

The legal literature emphasized that "the correct interpretation of this article must lead us to the conclusion that the state of dissolution, reorganization or bankruptcy of the employer is a cause that allows the dismissal of all the workers listed in para. 1 of art. 21, but for those who are in the situation described in let. a dismissal is also possible where it is motivated by circumstances unrelated to their condition (pregnancy, lactation or breast-feeding)<sup>21</sup>

It is shown in the law that such a measure extends once, up to 6 months after the resumption of activity. One exception is the law, insolvency or judicial reorganization of the employer, when the termination of employment can take place. Breach of this provision by the employer leads to the application of the contravention fine.

According to par. 3 of Article 25, the prohibition set out in paragraph 2 expands, "once, up to 6 months after the final return of the employee / employee to the unit". "The problem in this situation concerns the moment of the final return of the employee / employee into the unit, in practice there are two theses, namely: that the 6-month term is calculated from the date when the employee returned to the unit, the date the child reaches one year, and the view that the final return is the date on which the child reaches the age of 2, the date from which the six months are calculated. The real problem is how to interpret the deadline for the dismissal ban of up to 6 months, and there are opinions expressed by the Bucharest Territorial Labour Inspectorate, which states that the 6-month term is an imperative term, and the General Labour Inspection estimates this term 6 months negotiable by the applicable Collective Labour Agreement. We believe that it is possible to negotiate the specific term for which the prohibition of dismissal is applied for a maximum of 6 months, it is possible to understand the parties - both individually and collectively - and thus, if there is no such agreement, the law applies the maximum period of 6 months \. De lege ferenda requires the clear and urgent regulation of this term or as a maximum term, or as a possible negotiation under the applicable collective agreement."<sup>22</sup>

We agree with the proposal<sup>23</sup> that the prohibition be strictly related to dismissal and not, as this prohibition is currently drafted, in the sense of not ordering the termination of employment relationships, the cessation of which may

---

<sup>20</sup> Dan Țop, *New regulations on the protection of maternity at work*, art. as above

<sup>21</sup> Ilie Dumitru, *Considerations on the legality of dismissal of pregnant workers, nursing mothers or nursing* Romanian Labour Law Review, no. 11/2016, p. 32

<sup>22</sup> Dragoș Brezeanu, *The Legal Regime of Nullity in Labour Relations*, C Beck Publishing House, Bucharest, 2017, p. 165

<sup>23</sup> Idem



entail the prohibition not to notify during the probation period the employment contract pursuant to art. 31 par. 3 of the Labour Code or not even have the right to terminate the contract.

It should be noted that in case employees are violated or denied certain rights provided by this normative act, they can address to the territorial labour inspectorate.

Prior to the amendment and completion of the normative act analyzed, the legal literature stated that "paradoxically and in flagrant contradiction with the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, the Romanian legislature restricted the scope rationae, personae of O.U..G. no. 96/2003 on the protection of maternity at work, transposing Directive 92/85 / EEC, stipulating that the social protection measures governed by its rules apply only to pregnant workers and mothers who are breastfeeding or who are breastfeeding who have a working or working relationship service with an employer... taking into account both the objectives pursued by the adoption of Directive 92/85 / EEC laying down measures to protect the health and safety of workers at work, with particular reference to pregnant women who have recently given birth or are breastfeeding, a group exposed to specific risks, and to the Statute of the Court of Justice of the European Union, we propose, de lege ferenda, the extension of the scope of the GEO no. 96/2003 and those who provide dependent labour..."<sup>24</sup>

It has been appreciated that although there are no very important changes to the legal framework on the protection of maternity at work, the clarifications and clarifications introduced by this new normative act are welcomed in the general context of social protection of employees in the workplace.<sup>25</sup>

Without exhausting all the issues that maternity protection can place in the workplace, we believe that the current legal framework can be improved by considering not only the issues raised in this study but also any other relevant proposal that might be made in this domain.

---

<sup>24</sup> Alexandru Athanasiu, Ana-Maria Vlăsceanu, *Considerations regarding the interpretation of some provisions of GEO no. 111/2010 on parental leave and indemnity* in the Judiciary Courier no. 3/2014, pp. 140-147

<sup>25</sup> Dan Țop, *New regulations on the protection of maternity at work*, art. as above

# LA COBERTURA DE LAS NECESIDADES SANITARIAS Y LA PROTECCIÓN A LA SALUD COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Tomás Gómez FRANCO\*  
Jose Ramón Repullo LABRADOR\*\*

**Abstract:** *The right to health is conceived by many jurists as a positive right, susceptible to a lower level of protection and guarantees than civil and political rights, considered negative and that require the State not to interfere in individual freedom. This paper defends that there should be no such distinction between them, since the characteristics that define a right as fundamental are common to both and, therefore, a qualitative leap is required in terms of guarantees concerning the right to health. Therefore, the elaboration of an essential minimum content of the right to health protection, such as the one proposed in this work, allows determining the scope of public protection, by defining the content of the "sanitary citizenship" from both the perspective of the theories of justice, as of the practice of justice and its enforceability as a fundamental right.*

**Keywords:** *Fundamental rights; Healthcare citizenship; Right to health; Health need; Spanish Constitution.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Con la crisis actual se ha reabierto con mayor intensidad el debate latente sobre la idoneidad de un sistema sanitario que necesita financiarse con impuestos y del que el mercado se desentiende. No ha sido solo un cuestionamiento de la sostenibilidad o de la provisión pública. El debate ha estado dirigido en varios ámbitos, jurídico, político-ideológico, filosófico y económico con un sustrato conceptual teórico que concibe la igualdad como valor contrapuesto a la libertad. De esta manera, el cuestionamiento de la sostenibilidad económica del sistema ha sido el argumento para un avance hacia posiciones neoliberales.

En España el gasto sanitario total llegó en 2009 a un 8,99% del PIB (6,78% gasto público), en 2016 representaba el 8,98% (6,34% gasto público), superando el 9% en los años comprendidos entre ambos<sup>1</sup>. Con la crisis, los recortes y las restricciones de gasto público han producido una disminución de los recursos

---

\* Doctor en Economía, Universidad Carlos III de Madrid. tgfranco@eco.uc3m.es

\*\* Doctor en Medicina y Cirugía, Director del Departamento de Planificación y Economía de la Salud de la Escuela Nacional de Sanidad, Instituto de Salud Carlos III. jrepullo@isciii.es

<sup>1</sup> Disponible en [http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/data/oecd-health-statistics/system-of-health-accounts-health-expenditure-by-function\\_data-00349-en](http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/data/oecd-health-statistics/system-of-health-accounts-health-expenditure-by-function_data-00349-en)

públicos destinados a sanidad. Sin embargo, si nuestra vista se alza para mirar las últimas décadas, comprobaremos que el gasto público sanitario se ha venido incrementando en términos cualitativos y cuantitativos.

Entre 2000 y 2009 el gasto creció un 5,6% de media en promedio anual. En 2010, el 42,4% del gasto social se destinó a pensiones (frente al 45% en la UE), el 35,7% a sanidad (frente al 37,4%), el 6% a familia (frente al 8%), y el 1,8% a vivienda y exclusión social (frente al 3,6%)<sup>2</sup>.

La crisis económica supuso un estancamiento de la renta per cápita, en términos reales. Según el INE<sup>3</sup> se ha pasado de 23.893 euros en 2007 a 23.970 euros en 2016 (año base 2010)<sup>4</sup>, lo que supone no sólo pérdida de poder adquisitivo para las personas, sino merma en los ingresos públicos, que han tenido que enfrentarse a un aumento del gasto en prestaciones sociales. Las consecuencias sobre la población en materia de empleo han sido considerables: aumentó la tasa de paro -desde el 8,42% en el primer trimestre del año 2007, hasta el 17,22% en el segundo trimestre del año 2017-, y llegó a alcanzar el techo del 26,94% en el año 2013 según la EPA<sup>5</sup>. Por su parte, según datos del INE, la última tasa bruta de cobertura del desempleo disponible, correspondiente al año 2016, asciende sólo a un 47,8% de los desempleados, y todo ello ha hecho crecer la desigualdad. De esta manera, el índice de Gini experimentó un incremento, pasando del 32,20 de 2008, al 34,30 en 2015<sup>6</sup>.

En este contexto de incremento del déficit público como consecuencia de la caída de los ingresos y el aumento de los gastos, emerge un mensaje insistente desde algunos ámbitos políticos, económicos y académicos dirigido al rediseño de la convivencia social en torno a formas individualistas.

Llegados a este punto, las preguntas que nos formulamos son varias ¿podemos hablar del derecho a la protección de la salud como un derecho subjetivo? ¿Qué nivel de garantía debe otorgarle el ordenamiento jurídico? ¿Son rebatibles los argumentos sobre los que descansa un diferente nivel de tutela de algunos derechos civiles y políticos y el derecho a la protección de la salud?

La primera tarea es acotar el concepto de derecho a la salud. Lema (2009) ha realizado un análisis de los múltiples debates existentes sobre la fundamentación filosófica del derecho a la salud. Desde la perspectiva terminológica se usa, de un lado, la expresión derecho a la salud y, de otro, derechos fundamentales. Entre los distintos conceptos del derecho a la salud, es común su utilización como sinónimo de “derecho a la protección de la salud”, “derecho a gozar de un nivel adecuado de salud” o “al máximo nivel posible de salud”.

---

<sup>2</sup> Eurostat 2012.

<sup>3</sup> Instituto Nacional de Estadística.

<sup>4</sup> Disponible en: [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736167628&menu=resultado&idp=1254735576581](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736167628&menu=resultado&idp=1254735576581)

<sup>5</sup> Encuesta de Población Activa.

<sup>6</sup> Disponible en: <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t22/p133/cno11/serie/I0/&file=01004.px>

Estas expresiones y otras similares ponen de manifiesto que estamos ante un derecho complejo que tiene varias dimensiones tales como la asistencia sanitaria, las políticas sanitarias del Estado y de medio ambiente, acciones en pro de la igualdad social, seguridad o el derecho a no ser dañados en la salud por terceros.

También es corriente aplicar la perspectiva de la doble vertiente, de una parte, negativa, de impedir ser dañados en la salud y, de otra, positiva, de promover la reparación de una merma en salud, o sencillamente su mejora.

Con otro enfoque, desde el siglo XIX, especialmente en Inglaterra y Estados Unidos, recibe un impulso la distinción entre salud pública y asistencia sanitaria. El concepto de salud pública tradicionalmente aludía a la actividad de la Administración en materia de abastecimiento de aguas, eliminación de excretas, higiene de los alimentos, saneamiento de viviendas o control de epidemias y, posteriormente, fue evolucionando y ensanchando su campo de acción en materia de prevención y promoción de la salud. Por su parte, la asistencia sanitaria era referida al tratamiento de las enfermedades.

Siguiendo al profesor Lema, el derecho a la salud es un concepto integrado y transversal, que va más allá de una concepción biomédica e incluye dimensiones económico-sociales. Para dicho autor, es un derecho universal y complejo que incorpora múltiples aspectos y dimensiones socioeconómicas. Esta noción apunta a la línea que está incluida en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud que define la salud: “*como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de afecciones o enfermedades y en otros instrumentos internacionales*”<sup>7</sup>.

Por salud pública concebimos el conjunto de políticas públicas que pretenden garantizar a la población un determinado nivel de salud y afrontar institucionalmente los riesgos y amenazas a la salud de las personas. Rafols (2010:23) aborda desde una panorámica general la dimensión internacional de la salud y pone de relieve su “*carácter holístico, transversal e internacionalizado*”. De esta manera, el derecho a la protección de la salud incluiría el derecho a tener cubiertas las necesidades de salud pública, transgrediendo, por tanto, las fronteras de la mera asistencia sanitaria.

## **2. EL DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO**

Frente a las teorías negacionistas de la existencia de un derecho subjetivo a la protección de la salud, se precisa un análisis desde dos ángulos diferentes, aunque conectados: tanto desde un punto de vista jurídico, como atendiendo a consideraciones metajurídicas” (Lema 2009:71).

---

<sup>7</sup> Como la Declaración de Alma-Ata, de 1978, la Carta de Ottawa, de 1986, o en la Observación General nº 14 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales.

En 1949 el sociólogo T. H. Marshall pronunció en Cambridge una serie de conferencias, tituladas “*Ciudadanía y clase social*”, en las que defendió la evolución histórica del concepto de ciudadanía, la cual, después de ser acreedora de derechos civiles y políticos, especialmente el voto, debería incorporar lo que denominó derechos sociales, en principio referidos a la educación, la sanidad y el sistema de pensiones. Se trataba de la primera formulación formal del Estado de Bienestar (Paramio 2012:39-40).

Sin embargo, la distinción entre derechos civiles y políticos de un lado, y derechos sociales, por otro, si bien nace como una nueva conquista del ciudadano, ha tenido consecuencias negativas en la configuración normativa de los ordenamientos jurídicos. Los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la salud incluido entre ellos, han sido víctimas de las posiciones de los juristas más tradicionalistas, asignándoles un papel de meros principios rectores o programáticos, que ha tenido como consecuencia una protección de los mismos más débil (García Schwarz 2011).

La Constitución Española (CE) no ha sido una excepción en este sentido, de manera que los diferentes niveles de garantía que otorga a los distintos derechos constitucionales tienen consecuencias prácticas cuando concurren coyunturas económicas adversas o políticas cargadas ideológicamente de ultra liberalismo. El derecho a la salud no se encuentra ni en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I - los artículos 15 a 29 incluyen los derechos máximamente tutelados-, ni entre los derechos con garantías de nivel medio, que se corresponden con los regulados en la Sección 2ª, del Capítulo II del Título I, artículos 30 a 38. La incorporación del derecho a la salud al texto constitucional se produce en el Capítulo III, con garantías sustancialmente menores a los anteriores, curiosamente con menor tutela que algunos derechos patrimoniales como el derecho a la propiedad privada (art. 33.1 CE), o la libertad de empresa (art. 38 CE).

Pero, ¿es el derecho a la salud un “*derecho fundamental*”? Algunos autores, como Peces Barba (1976:21) utilizan la expresión derechos fundamentales como sinónimo de derechos humanos y otros lo identifican con los recogidos en el Título I de la Constitución Española (Freixes Sanjuan 1992:102). En lo que se refiere al ámbito internacional, la Unión Europea ha elaborado un catálogo de derechos propio, que ha recibido el nombre de *Carta de Derechos Fundamentales* (Gómez Sánchez 2011:146), que incorpora en su art. 35 la protección de la salud y en el art. 34 y 37 los derechos a la Seguridad Social y a la protección del medio ambiente respectivamente<sup>8</sup>.

Esta denominación es preferible a la de derechos naturales, derechos morales, derechos públicos subjetivos o libertades públicas. Ello es así porque se evita incurrir en el reduccionismo iusnaturalista o positivista (Peces-Barba 1995:36-37). En este sentido, el derecho a la salud es un derecho fundamental reconocido por el Derecho nacional e internacional.

---

<sup>8</sup> La carta de Derechos Fundamentales fue proclamada en el Consejo Europeo de Niza (2000), pero tuvo plena eficacia jurídica vinculante para los Estados con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009.

### 3. SOBRE LA DISTINCIÓN EN DERECHOS Y EL DERECHO A LA SALUD

Pisarello (2007) clasifica cuatro grupos de argumentos que han sido utilizados en los planteamientos jurídicos para distinguir los derechos sociales de los civiles y políticos y de algunos derechos patrimoniales incluidos en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I de la CE.

Se refiere a los argumentos: a) de carácter histórico, b) filosófico-normativo, c) teóricos y d) dogmáticos.

En virtud de dichos argumentos, se puede afrontar el estudio del derecho a la protección de la salud como sigue:

#### a) Derechos de primera y segunda generación

Los argumentos de carácter histórico apelan al momento del tiempo en que los derechos ven la luz y permiten distinguir entre derechos de primera y de segunda generación.

Bajo este enfoque, los derechos civiles y políticos constituirían la denominada primera generación de derechos, para distinguirlos de los derechos de segunda generación<sup>9</sup>. La idea que subyace a esta clasificación de carácter histórico, de amplia difusión pedagógica, ha sido la de asentarse “*en presupuestos que tienden a ser restrictivos, excluyentes y deterministas y a justificar, en último término, una protección devaluada de los derechos sociales*” (Pisarello, 2007:19).

La clásica distinción entre generaciones de derechos por razones de carácter histórico ha marcado la existencia de diversas teorías sobre los derechos humanos. Sin embargo, tal distinción, según la cual habría derechos de primera generación, que gozarían de “mayoría de edad”, y derechos de segunda en garantías y exigibilidad, no es muy nítida. No son más importantes o tienen más relevancia jurídica unos derechos porque nacieran primero. Así pues, la primera generación de derechos es una generación temporal, lo que no afecta al valor jurídico de los mismos. Bobbio (1991:68) ha indicado que los derechos humanos son derechos históricos que han surgido gradualmente y no todos a la vez y para siempre. Es decir, que los derechos “nacen cuando pueden”, por lo que su aparición es el resultado de determinados condicionantes históricos, reivindicaciones y circunstancias que favorecen y permiten la misma y su reconocimiento jurídico en el Derecho interno e internacional.

La distinción temporal en el nacimiento de los derechos se diluye cuando acudimos al ámbito internacional, donde los derechos antes de las Naciones Unidas

---

<sup>9</sup>Gómez Sánchez (2011) distingue cuatro generaciones de derechos: la primera incluye los derechos individuales básicos, la segunda el sufragio y ciertas libertades públicas, la tercera corresponde al Estado social y la cuarta incorpora derechos relativos a la protección del ecosistema y del patrimonio de la humanidad, derechos relativos al nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana y derechos derivados de las nuevas tecnologías de comunicación.

nacen desvinculados de esta doble distinción. En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 hay tanto derechos civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. Del mismo modo, los dos Tratados de 1966<sup>10</sup> se refieren respectivamente a ambos tipos de derechos. Por lo tanto, temporalmente se internacionalizan al mismo tiempo. Una vez que han llegado a ser reconocidos como derechos, todos tienen el mismo valor jurídico y son indivisibles e interdependientes.

Como señalan Fernández Liesa (2013:271) y Hausermann (1992:47-73), los rasgos de los derechos sociales han conducido a una percepción de los mismos como derechos de segunda clase, percepción neoliberal que se ve incrementada desde la globalización, llegando a ser para algunos autores meras aspiraciones. Desde la perspectiva de los derechos sociales, en los ordenamientos internos ha sido muy común aceptar el derecho a la protección de la salud como una especie de segunda categoría frente a los civiles y políticos.

#### **b) El derecho a la salud y los valores**

Los argumentos agrupados bajo el epígrafe filosófico-normativos se relacionan con el valor de la dignidad de la persona, de manera que los derechos civiles y políticos serían derechos de libertad y los derechos sociales derechos de igualdad.

Este planteamiento explica que existan algunas posiciones que hayan defendido que los derechos sociales, entre los que se encuentra el derecho a la salud, son “poder ser” más que “deber ser”, pues su satisfacción dependería de la coyuntura económica y de las circunstancias. Serían derechos de inferior clase o nivel en relación con los derechos civiles y políticos y, en ese sentido, no serían universales.

En cambio, en este trabajo se defiende que los derechos sociales y los derechos civiles y políticos tienen la misma naturaleza y valor jurídico. Son, por tanto, indivisibles. Para Sen “*excluir todos los derechos económicos y sociales del sanctasanctorum de los derechos humanos sería como trazar una raya en la arena muy difícil de mantener*” (Sen 2010:417).

Como preámbulo a este debate cabe realizar algunas consideraciones sobre los derechos sociales y el derecho a la salud, desde la perspectiva de los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad.

Desde el punto de vista de la salud, en cuanto derecho humano, la falta de goce y disfrute de ese derecho puede dejar al ser humano en situación “indigna”. Es decir, la no satisfacción de determinados mínimos de los derechos supone una vulneración de la dignidad humana. Y esto es lo que ocurre en el caso del derecho a la salud.

---

<sup>10</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

La **dignidad** también se invoca como fundamento de los derechos. El profesor Peces-Barba (2002: 69-70) ha desmenuzado el concepto de dignidad y ha encontrado algunos rasgos, como la indisponibilidad, que la caracterizan. Es decir, el propio individuo no puede disponer de su dignidad, y por ello está prohibida, por ejemplo, la venta de órganos, aspecto que tiene relación directa con la salud. Se trataría de un bien *extracommercium*, precisamente por afectar a la dignidad humana. Por ello, la autonomía de la voluntad individual tiene límites que derivan de la noción moderna de dignidad humana.

En este sentido, la declaración de la Conferencia de Viena de Derechos Humanos, de 25 de junio de 1993, afirma que “*todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y valor de la persona humana*”, dignidad que en la modernidad se ha considerado como fundamento de la ética pública (Peces-Barba 2002: 12 y ss.).

En cuanto a la **libertad**, el liberalismo conservador la asegura mediante la no intromisión del Estado en la esfera privada. Pero éste es un modelo basado en la igualdad formal, en la consagración de la autonomía de la voluntad y en la mercantilización del intercambio a través de contrato, no en la igualdad real y efectiva, que exige que el Estado adopte medidas.

Otras concepciones liberales han defendido que el Estado puede y debe cubrir necesidades básicas y ampliar la autonomía de las personas. Así, el liberalismo igualitario ha defendido el “trato desigual” como un instrumento para alcanzar cotas de igual libertad.

Bajo estas consideraciones, el derecho a la salud puede ser entendido como derecho de libertad frente al poder o a la realidad de los efectos del mercado.

El tercer valor que entronca con el derecho a la salud es la **igualdad**. Los derechos sociales pueden conectarse con la ausencia de discriminación, es decir, con la igualdad formal y con la capacidad para compensar o remover desigualdades o, lo que es lo mismo, con la igualdad real o sustancial. En todo caso, esta línea igualitaria no trata de asignar el mismo punto de llegada, tan sólo remover obstáculos por acción- o impedir acciones en otros casos- para que el punto de partida sea el mismo.

### **c) Derechos a prestaciones: caros, indeterminados y colectivos**

Las tesis de carácter teórico se nutren de una construcción que atribuye estructuras diferentes a unos derechos y a otros, teniendo como consecuencia la imposibilidad de asignar idénticos niveles de protección.

El derecho a la salud se encuentra sometido a una objeción que se plantea con carácter general a los derechos sociales, económicos y culturales: se les tacha de costosos y de prestacionales frente a derechos civiles y políticos, que son negativos y baratos, (o no costosos). En el fondo, la idea de subordinación del derecho a la protección de la salud se sustenta en que es un derecho positivo exclusivamente, que requiere la acción del Estado, en tanto que los derechos civiles y políticos son derechos negativos que exigen, en exclusiva, la inacción del Estado, o preservan a



las personas de la intromisión del Estado en sus vidas, con la consecuente pérdida de libertad. Los argumentos que impugnan esta tesis son múltiples. El derecho a la salud es un derecho positivo y negativo al tiempo.

En la propia definición que se asume como punto de partida, se contempla tanto el derecho a no ser dañado por un tercero, como el derecho a la promoción de acciones por los poderes públicos. En realidad, todos los derechos son bivalentes en este sentido.

Sin duda, es una posición desde el prejuicio ideológico. Los derechos civiles y políticos también requieren de una acción positiva de obligación de hacer, acciones en muchos casos muy costosas.

Algunos derechos, como la participación política, conllevan la existencia de estructuras políticas como los partidos, las organizaciones sindicales, patronales o de otra índole, la financiación de las mismas, así como la puesta a disposición de recursos para campañas electorales o la propia participación en los diferentes sufragios a que son convocados los electores.

Un dato económico corrobora este argumento: el Presupuesto del Ministerio del Interior para 2017, incluyendo los organismos autónomos, en términos consolidados, asciende a 7.213,83 millones de euros que, junto a los 1.699,39 millones de euros correspondientes al ministerio de Justicia, son necesarios para garantizar de hecho los derechos patrimoniales, así como los derechos civiles y políticos de todos los ciudadanos. En las funciones de gasto de gobiernos europeos que desarrolla Eurostat (COFOG - *General Government Expenditure by Function*) en 2015 la media de la UE-28 empleaba el 4% del PIB en defensa, judicatura, servicios de orden público y policía<sup>11</sup>. Vemos, por lo tanto, que la garantía de los derechos de primera generación no es barata.

Que el derecho a la salud necesite racionalizar su gasto es cuestión aparte. Si medimos la relación entre el gasto per cápita sanitario de un amplio número de países del mundo (gasto sanitario total) y su esperanza de vida, observamos que, a partir de los 1.000 dólares de gasto sanitario por persona, la curva se aplana bruscamente. Es decir, los incrementos de gasto por encima de los 1.000 dólares no se traducen en mejoras de la esperanza de vida (Fuchs 2004:104 y 107). Esto podría significar que más gasto no se asocia a más salud, bien porque nos estemos acercando a un límite de longevidad y calidad de vida, o bien porque haciendo más de lo mismo no cabe conseguir resultados cualitativamente mejores. Con ello se puede dar a entender que el derecho a la salud es caro, que es justo lo que se quiere rebatir.

En este sentido, conseguir mejoras incrementales empieza a implicar empobrecer a toda la población y dejar de hacer otras muchas cosas que son fundamentales para el bienestar humano y para el desarrollo económico y social, por lo que el problema del derecho a la protección de la salud no es tanto si es caro o no, como la óptima utilización de los recursos en el marco de una definición constitucional de un contenido mínimo esencial.

---

<sup>11</sup> Disponible en: <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>

Otro argumento, el relativo a la indeterminación de contenido del derecho a la salud, es rebatido con el hecho de que los derechos civiles no son menos indeterminados, sencillamente han sido objeto de ulteriores definiciones mediante el correspondiente desarrollo legislativo. El derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen representan el paradigma de dicha afirmación.

#### **d) Tutela debilitada y estructura igualitaria de los derechos**

En último lugar, figuran los argumentos dogmáticos, según los cuáles “*los derechos sociales no serán derechos fundamentales ni judicialmente exigibles, sino simples principios programáticos*” (Pisarello 2007:16).

Ferrajoli (2009) plantea que la distinción entre unos y otros derechos se adentra en el campo de la sociología del Derecho, pero también tiene una vertiente jurídico-dogmática. La idea fuerza radica en la tutela debilitada de los derechos sociales frente a los derechos civiles y políticos. Hablar de tutela debilitada apela a dos conceptos básicamente. De un lado, hace referencia a que el derecho a la protección de la salud es de libre configuración legislativa y, de otra parte, a que no es directamente enjuiciable de acuerdo con el art. 53.3 de la CE<sup>12</sup>. En general, cuando se atribuye a los derechos sociales la carga de la tutela debilitada, lo que subyace de mar de fondo es el cuestionamiento de que sean derechos fundamentales.

Lo que diferencia los derechos fundamentales de otros es su carácter extensible a todos los individuos que están en una situación de necesidad que debe ser satisfecha. En ese sentido, son inalienables e indisponibles.

Se opone, pues, esta noción conceptual a la idea de privilegio, que por definición es excluyente, selectivo y removible. La conexión con el valor de la igualdad es la estructura igualitaria de un derecho. Esto es lo que lo convierte en derecho fundamental y no en un privilegio. La estructura igualitaria, a diferencia del privilegio, es no excluyente o selectiva.

En el Derecho Internacional, los derechos humanos parece que se atribuyen a las personas y no a los ciudadanos. Pero bien mirado, el Derecho Internacional permite la no equiparación en derechos, salvo en el estándar mínimo. En la actual sociedad de la globalización, la emigración, que es resultado de la búsqueda de prosperidad de muchos seres humanos, ha tenido consecuencias negativas en términos de igualdad en muchos Estados. Esta igualdad se puede lograr de dos maneras: haciendo desaparecer un privilegio, o reconociendo un derecho subjetivo que tenga por objeto promover la eliminación de ciertas desigualdades.

Frente a los que definen un derecho como fundamental cuando ocupa un lugar relevante en el ordenamiento jurídico, se podría argumentar que, en la medida en

---

<sup>12</sup> Dicho precepto señala lo siguiente: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

que las Constituciones y Tratados internacionales incorporan los derechos sociales, son acreedores de tutela.

Sin embargo, hay quien plantea otra posición interesante desde el punto de vista del debate: no son las garantías las que determinan si un derecho es fundamental, sino a la inversa, la inclusión de un derecho en el ordenamiento positivo como fundamental obliga a poner a disposición los mecanismos de garantía y protección (García Schwarz 2011:78).

La realidad es que algunos ordenamientos jurídicos, como los de Alemania, Estados Unidos o Canadá, no otorgan a los derechos sociales el rango de fundamentales. Así, por ejemplo, el derecho a la salud o a la alimentación ha sido derivado del derecho a la vida o a la integridad física.

El derecho a la salud es tachado de ser un derecho de configuración legislativa, es decir, dependiente de la voluntad del legislador, tanto en su desarrollo, como en lo que respecta a su exigibilidad.

La respuesta a esta idea es inmediata: todos los derechos son de configuración legal, también los derechos civiles y políticos exigen concreción legislativa. Sin embargo, es importante la idea de fondo: todos los derechos necesitan que los ordenamientos jurídicos marquen un contenido básico de los mismos, un contenido que podrá variar según la realidad de cada Estado y que necesitará actualizaciones con el devenir de los tiempos.

#### **4. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA SALUD**

De manera no exclusiva, pero sin duda predominante en la tradición liberal, se destaca el carácter absoluto, la universalidad e inalienabilidad de los derechos fundamentales:

##### **a) Carácter absoluto y factibilidad del derecho a la salud**

Los derechos civiles y políticos no son ilimitados o absolutos, la mayoría están sometidos a excepción. Son limitados, o más bien delimitados por otros derechos (Alexy 2007), por ejemplo, el derecho de libre expresión, por el derecho al honor; o el derecho a la libertad religiosa, por el respeto a la libertad de expresión; el derecho al voto, por el propio derecho a la participación política en el sentido de no tener suspendida su capacidad; el propio derecho a la vida fue objeto de delimitación en lo que respecta al *nasciturus* por el derecho a la vida de la propia madre, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985.

La delimitación de los derechos sociales vendría dada, según los negacionistas, por la sujeción a los recursos económicos disponibles, por la imposibilidad física de su cumplimiento y, en tercer lugar, por la realidad social e histórica de cada sociedad. El derecho a la salud sería entendido como una exigencia moral que

requiere la garantía de los poderes públicos, pero se encuentra condicionado por los recursos materiales existentes.

Para hablar con más precisión de factibilidad, deberíamos precisar su significado. Amartya Sen rebate el argumento de la no factibilidad de los derechos sociales acertadamente. Defiende que si fuese una condición necesaria para que las personas tuvieran derechos, todos los derechos serían absurdos, puesto que incluso los derechos clásicos son violados con carácter general en algunos países.

Ramiro Avilés (2010) propone el cumplimiento de cuatro condiciones concretas:

1) Disponibilidad, es decir, la existencia de las infraestructuras físicas y las estructuras organizativas precisas.

2) Accesibilidad, sin que se produzcan discriminaciones en el acceso, ni por razones sociales, ni por razones de accesibilidad física, ni económicas.

3) Aceptabilidad, que significa que el sistema debe ser respetuoso con la ética y los valores culturales de las personas. Se presentan conflictos, en ocasiones, relacionados con esta dimensión, especialmente cuando se trata de valores religiosos como, por ejemplo, el uso del preservativo en las relaciones sexuales en algunos lugares del mundo, o la controversia siempre vehemente que despierta la regulación de la interrupción del embarazo o de la eutanasia.

4) En último término, la calidad, que podríamos identificar con la efectividad de las intervenciones sanitarias. Se requiere un estándar mínimo de calidad y, en el caso del derecho a la salud, no es aceptable un hechicero de una tribu como servicio médico, o un curandero.

Las cuatro condiciones vienen recogidas en la observación General 14 del comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC).

Cabría decir que sólo cuando una intervención tiene acreditada su capacidad de alterar el curso natural de la enfermedad sería susceptible de formar parte de derechos exigibles (condición necesaria aunque no suficiente): por muy apreciado socialmente que fuera un servicio o producto (incluso si muestra efecto placebo), su aceptación colisionaría con el principio de justicia: no hay teoría alguna que pudiera justificar la distribución de servicios inefectivos o ineficaces.

En lo que se refiere al segundo de los argumentos, la imposibilidad física de garantizar un derecho, la respuesta es que ningún derecho puede ser garantizado libre de violaciones al mismo, ni civiles, ni políticas, ni sociales. Por tanto, este no es un elemento diferenciador entre unos y otros.

La diferencia estructural relevante está relacionada con las garantías, es decir, con la posibilidad real de protección. Este asunto puede ser contemplado desde diversas ópticas.

Es relevante la respuesta a la pregunta de quién determina la factibilidad o no de la prestación de un derecho en un momento determinado. El debate se torna especialmente interesante en los posibles conflictos entre Política y Derecho en relación a las garantías constitucionales. Nos referimos al conflicto entre legisladores y órganos jurisdiccionales de control constitucional (Pisarello 2007).

Los argumentos que aportan los defensores de la supremacía de la Política sobre el Derecho son dos: en primer lugar los jueces no son expertos económicos y, por tanto, es fácil que puedan errar en sus decisiones; en segundo lugar, sus decisiones pueden tener consecuencias dramáticas para las cuentas públicas, el control del déficit y el gasto.

Estos argumentos pierden parte de su solvencia cuando la práctica demuestra que todos los días los jueces toman decisiones con efectos económicos, que existen mecanismos de ayuda como son, por ejemplo, los informes de expertos y peritos y que, en alguna ocasión, la resolución judicial ha desmantelado los argumentos elaborados por el legislativo en favor del retroceso en prestaciones y de las consecuencias económicas “irreversibles” del mantenimiento de las mismas.

Por otra parte, se hace preciso volver a incidir en la distinción entre el derecho a la salud y la asistencia sanitaria para asegurar la materialización del derecho. Es decir, que, como se ha indicado, también existe una vertiente del derecho a la salud que es un derecho negativo, por ejemplo, la obligación de no contaminar el aire para preservar el derecho a la salud, o a la venta de alimentos no tóxicos o contaminados para que no se vea menoscabada la salud e incluso la vida.

#### **b) Universalidad**

En la tradición liberal destaca como una de las características de los derechos fundamentales, la universalidad. La universalidad, como titularidad que se extiende a todos los seres humanos, se abstrae del tiempo y del contexto. En ese sentido, Peces Barba (1994) opta por la mayor precisión del término universalismo frente a universalidad.

Desde una perspectiva teórica, se intenta desvincular los derechos sociales del mismo rango de fuerza que los derechos civiles y políticos. Desde esta tesis, que rechaza la universalidad de los derechos sociales, se desprende que los derechos civiles y políticos son derechos subjetivos, individuales o personales, de dimensión abstracta, mientras que los derechos sociales de dimensión específica, son derechos socializados o colectivos.

Sin embargo, la respuesta a este argumento es inmediata. No existe una traza definida que separe claramente unos de los otros con este criterio. Por ejemplo, la libertad ideológica de asociarse o de expresión, que está vinculada a otros seres humanos, no puede entenderse exclusivamente en términos individuales.

Por otra parte, el derecho al autogobierno de algunas minorías nacionales puede ser concebido como un derecho colectivo, o de ejercicio colectivo y las asociaciones de consumidores o los sindicatos pueden ejercer sus derechos civiles y políticos de manera grupal.

El derecho a la salud o, mejor dicho, su transgresión, puede producir daños individuales o colectivos que exigirán una actuación individual o colectiva, según el caso. Imaginemos una práctica médica negligente en un centro sanitario: podría ser objeto de reclamación por una asociación de pacientes, o bien, podría dar lugar a acciones judiciales individuales. Un ejemplo concreto también lo constituyen las

demandas por el consumo de aceite desnaturalizado de colza interpuestas durante la década de los ochenta<sup>13</sup>.

La confusión en este sentido procede del hecho de que los derechos sociales protegen a colectivos más vulnerables por razón de sexo, etnia, etc., pero ello no significa que el contenido del derecho sea exclusivo de un grupo de personas, muy al contrario, protegen de manera potencial a **todos** los seres humanos.

Nace aquí la segunda de las críticas a la universalidad del derecho a la salud: con su reconocimiento se estaría tratando igual a los desiguales. Lema (2010) argumenta en este sentido que lo esencial es un sistema impositivo justo.

Otro ángulo de discusión es tratar de determinar si el derecho a la salud requiere la intervención del Estado para todos los miembros de la sociedad o sólo para aquéllos que están en situación de vulnerabilidad económica. Realizamos algunas objeciones a esta posición. Un sistema sanitario solo para los colectivos que no pueden afrontar el pago de los servicios médicos en caso de necesitarlos y, otro privado para los que sí puedan, generaría una dualidad de calidades asistenciales, con la consiguiente ruptura de la equidad.

**Lema arguye en este caso que aunque el derecho a la salud sea, en principio, específico, el no atender a su carácter universal termina por desvirtuarlo.**

### **c) Inalienabilidad**

La inalienabilidad, en el sentido de indisponibilidad del derecho, es un aspecto común y, por tanto, no diferenciador de derechos civiles, políticos y sociales. La imposibilidad de renuncia a ellos es referida, en principio, a su titularidad. En lo que se refiere a su ejercicio, tanto unos como otros contienen derechos renunciables como, por ejemplo, el derecho al voto, e irrenunciables, como el derecho a no ser torturado, a la enseñanza básica o a un medio ambiente sano.

En el ámbito de la salud se entiende que el principio bioético de autonomía hace renunciables los derechos inalienables: un testigo de Jehová puede negarse a transfusiones; pero existen derechos irrenunciables donde el sujeto social impone preferencias al sujeto individual: la prohibición de que alguien venda sus órganos para ser trasplantados.

Tener un derecho se identifica con tener una necesidad o interés básico protegible (Hierro 1982), sin embargo para Lerma (2010) *“las necesidades podrían ofrecer argumentos para la fundamentación de los derechos, pero no servirían por sí solas para establecer directamente la existencia de derechos”*.

Volvemos pues al concepto de necesidad como condición necesaria aunque no suficiente; la necesidad normativa (*“ability to benefit”*) o margen de ganancia de salud que podría obtener un enfermo de aplicarse al máximo la ciencia y la técnica

---

<sup>13</sup> El síndrome del aceite tóxico o enfermedad de la colza fue una intoxicación masiva sufrida en España en 1981. En 1989 el Tribunal Supremo, consideró probada la relación causal entre la enfermedad y el consumo de aceite desnaturalizado.

médica y sanitaria marca el óptimo de mejora posible. La deseabilidad social y la capacidad económica son esenciales para ofrecer oportunidades a los que enferman, aunque éstos pueden renunciar a ellas; en algunos casos existen externalidades de la enfermedad (trasmisibles, psicosis graves, etc.) que obligan a imponer el consumo o tratamiento al paciente y a restringir su libertad (cuarentenas, tratamientos y vacunaciones obligatorias, ingresos contra la voluntad del paciente...) e, incluso, la sociedad puede llegar a extender su preferencia sobre la del individuo por un tipo de externalidad caritativa o altruista (*caring externalities*) en la que la empatía implica que se sufre por la enfermedad de otros. En una revisión de Jacobsson, Carstensen y Borgquist (2005) se constataban las preferencias altruistas de los individuos, particularmente para los estados de salud más graves.

La existencia de estas preferencias sociales desencadena acciones que no necesariamente coinciden con las preferencias del individuo enfermo: esto ocurre particularmente en la prevención de riesgos (obligatoriedad del uso del casco en los motoristas<sup>14</sup>) y, en algunos casos, de prolongación de estadios terminales de las enfermedades (obstinación terapéutica). Aquí cabría decir que la sociedad o los profesionales incurren en "perfeccionismo" (perfeccionamiento moral médico), reduciendo el espacio de autonomía del individuo.

## **5. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. PUNTO DE VISTA METAJURÍDICO**

### **a) La perspectiva de los determinantes sociales de la salud**

Es bien conocida la literatura que relaciona las dimensiones económica, educativa, ocupacional, residencial, comportamental, sanitaria, etc. con las inequidades en salud. *“El objetivo último de la equidad en la salud es la eliminación de todas las diferencias sistemáticas en el estado de salud entre grupos socioeconómicos (...). En cambio, el objetivo último de la equidad en la asistencia sanitaria es la perfecta adaptación de los servicios sanitarios al nivel de necesidad, favoreciendo que se produzcan grandes diferencias entre el acceso y el uso de éstos entre distintos grupos socioeconómicos, a favor de los grupos más desfavorecidos y con más necesidades”*.

Whitehead y Dalhgren (2010:21) establecen una distinción clara entre diferencias sociales justas y desigualdades injustas. Las inequidades en salud se refieren a aquellas *“diferencias que son innecesarias y evitables pero que, además, se consideran injustas”*, no a cualquier tipo de desigualdad.

---

<sup>14</sup> Lo mismo que ocurre en deportes de riesgo, se podría exigir la suscripción de un seguro ajustado a la siniestralidad para conductores atrevidos que no quieren usar cinturón o casco. Sin embargo, la sociedad no lo tolera e impone la obligatoriedad (sanciona el incumplimiento) para defenderse del daño intangible de que una vida se pierda o la salud se dañe por esta preferencia imprudente.

Las desigualdades en la salud son, por tanto, aquéllas que sean diferencias sistemáticas, injustas y evitables.

Entre los determinantes de la salud, será fundamental tratar de identificar qué desigualdades son evitables y cuáles no.

Posteriormente, los trabajos de Arber (1997), Diderichsen y Hallqvist (1998), la OMS (2005), Wilkinson y Marmot (2006), Sen y Östlin (2007) y la oficina de la OMS para América Latina (PAHO) (2007) han elaborado modelos de determinantes de la salud que han avanzado en la delimitación de las desigualdades sociales evitables como, por ejemplo, las desigualdades que tienen su origen en el género.

Por tanto, a mayor determinación social de la salud, menor "lotería natural" y menor autonomía de la voluntad del individuo que asume riesgos; y mayor justificación a la intervención, tanto en salud pública, como en la atención a las personas ya enfermas.

#### **b) La perspectiva de Dworkin y las necesidades sanitarias**

Como indica Lema (2009), Dworkin se opone al principio de rescate elaborando su propuesta del seguro prudente. La razón por la que rechaza la idea de necesidad sanitaria es doble: por venir exigida por el impulso igualitario del rescate, y por intervenir en su definición elementos subjetivos que hacen poco manejable el concepto y lo arrastran hacia una respuesta perfeccionista moral.

Sin embargo, la idea de la existencia de unas necesidades básicas que deben ser satisfechas es clave en la determinación de qué derechos son fundamentales. *“La paradoja del liberalismo es que no hay derechos universales sin satisfacción de necesidades básicas. Si se puede hablar de derechos civiles y no sociales es porque hablamos de un sujeto que tiene ya satisfechas sus necesidades.”* (Añon et al. 2004: 94).

La respuesta debe centrarse en una concepción de las necesidades básicas, no entendida como un resultado perfeccionista que ponga en peligro la autonomía moral de los individuos, sino como un nutriente de la creación de dicha autonomía. (Lema 2009).

Las necesidades básicas sanitarias constituyen, de esta manera, una razón en favor del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, pero no todas las necesidades constituyen ese fundamento.

#### **c) La existencia de una necesidad sanitaria, ¿justifica que se deba reconocer la exigencia de un derecho?**

Siguiendo a Lema (2010), las necesidades sanitarias no pueden establecer de manera directa la exigencia de un derecho, pero sí servir de soporte como fundamentación del mismo. Veamos a continuación algunas cuestiones previas.

El término de "necesidades" (sociales, de salud, etc.) se va configurando como la guía de la acción colectiva para atender problemas de los individuos y las



comunidades. Johnatan Bradshaw adelantó la taxonomía más conocida de las necesidades (Bradshaw, 1972), donde diferenciaba<sup>15</sup>:

a) La necesidad normativa (*normative need*) es la que el experto define como necesidad el *gap* entre un estándar o norma “deseable” que se establece y la situación real con la que se compara.

b) La necesidad sentida (*felt need*), que equivale a una aspiración o deseo de ayuda para resolver un problema, pero está limitada por la propia percepción del individuo y su conocimiento de disponibilidad para dar respuesta a dicha necesidad sentida.

c) La necesidad expresada (*expressed need*), que correspondería al concepto habitual de “demanda”. No toda la demanda sentida se expresa y no toda la atención demandada se concreta en servicios, las listas de espera, por ejemplo, serían una forma de identificar la necesidad expresada no cubierta.

d) La necesidad comparada (*comparative need*) es un criterio objetivo a través de la observación de lo que ocurre en la realidad, más que a través de un criterio técnico o científico, como en el caso de la necesidad normativa.

En la sanidad, el criterio de necesidad normativa va siendo cada vez más importante para definir en qué medida la sociedad debe orientar y priorizar sus acciones para promover, proteger y restaurar la salud.

Añón et al. (2004) proponen una clasificación de las necesidades sanitarias en dos grupos: instrumentales, aquéllas que dependen de los deseos de los individuos, y fundamentales, en las que las necesidades están condicionadas a un fin que forma parte del propio concepto, es decir, no dependen de los deseos.

Quizá se pueden asociar las necesidades fundamentales a las necesidades normativas de Bradshaw, pero, sea cual fuere la taxonomía adoptada, la existencia de un mínimo nivel de salud es una condición *sine qua non* de la acción individual y constituye el núcleo de necesidades humanas más elementales.

Doyal y Gough lo traducen al terreno de la *vida vivida* como las capacidades suficientes para interactuar con otros agentes durante períodos de tiempo sostenidos. (cfr. Añón et al 2004:103).

Sólo las necesidades sanitarias que supongan una premisa, junto a la autonomía, para que las personas puedan perseguir sus fines, constituyen el núcleo del derecho a la protección de la salud. No suponen un perfeccionamiento moral. De hecho, cualquier opinión moral debería reconocer las necesidades sanitarias como un *a priori*.

Doyal y Gough reformulan el principio de la diferencia de Rawls, incorporando la tolerancia de las desigualdades en la medida en que benefician a los menos favorecidos, dando lugar a la provisión de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción óptima de sus necesidades básicas. (Añón et al. 2004:108).

Esta reformulación zanja el problema de la fundamentación del derecho a la protección a la salud, puesto que la condición de satisfacer las necesidades básicas es, a su vez, la condición de satisfacción de los derechos y libertades del primer principio de Rawls.

---

<sup>15</sup> Traducción y adaptación propias.

## 6. UNA PROPUESTA DE NECESIDADES SANITARIAS BÁSICAS

Hemos visto que el contenido del derecho a la protección de la salud debe estar delimitado por las necesidades sanitarias y éstas a su vez configuran lo exigible. Una propuesta adecuada de categorización de dichas necesidades podría ser la que recoge la siguiente tabla:

**Tabla 1: Niveles de Protección del derecho a la salud por tipo de perjuicios, y con ejemplos ilustrativos**

	<b>Perjuicio Individual</b>	<b>Perjuicio Social</b>	<b>Perjuicio Económico</b>
<b>Protección Reforzada</b>	<b>Vida:</b> Accidente grave / infarto agudo de miocardio <b>Daño:</b> Fractura de cadera / neumonía, cataratas, diabetes	<b>Contagio:</b> Tuberculosis, VHS, ébola...	<b>Ruina:</b> enfermedades económicamente catastróficas <b>Disgregación:</b> escape del aseguramiento colectivo
<b>Protección Tutelada</b>	<b>Malestar:</b> Jaquecas, caries, lumbago, astenia, digestión pesada...	<b>Descapitalización social:</b> Discriminación grupos sociales <b>Alarma:</b> Desasosiego por inacción colectiva	<b>Inequidad:</b> ( <i>compensar con trato especial las necesidades desiguales</i> ): Medio rural: enfermo mental
<b>Protección Selectiva</b>	<b>Contrariedad</b> ( <i>por su no cobertura</i> ): Balnearios, tratamiento calvicie, ortodoncia...	<b>Decepción</b> ( <i>en el modo de uso de los servicios</i> ): Habitación individual hospital, no respetar la lista de espera...	<b>Inconveniencia:</b> ( <i>en la no financiación de utilidades individuales</i> ): Vitaminas vigorizantes, cosméticos, pasar recetas del médico privado, deportes de alto riesgo sin asegurarse...

Fuente: Gómez y Repullo (2015:30)

En dicha tabla se resume el esquema de niveles de protección del derecho a la salud, en función de sus tres dimensiones de perjuicio originado por su desatención. El objetivo es mostrar la diversidad de situaciones y la exigencia de criterios que permitan reforzar la protección de riesgos y problemas de salud que configuren el núcleo duro de los derechos fundamentales.

La propuesta está formulada dentro de un proyecto que busca elaborar una modificación constitucional que otorgue al derecho a la salud la protección propia de los derechos fundamentales.

Y dicha protección podría, a su vez, tener tres niveles:

- **Reforzada:** De necesaria aplicación a necesidades sanitarias que apelan directamente al derecho a la vida, o conectan de forma directa con la integridad física y moral de la persona (Artículo 15 de la CE).

- **Tutelada** (por la Ley): Se aplicaría a necesidades sanitarias que expresan claramente contenidos de asistencia sanitaria de los artículos 41 y 43, y en los que la carga de la prueba para excluir o reducir la protección y cobertura debe recaer en el legislador que, además, debe formalizarlo.

- **Selectiva** (de cobertura opcional o suplementaria): Se aplicaría a necesidades sanitarias que conectan con preferencias o demandas del ciudadano y cuya relación con los artículos 41 y 43 no es directa: el legislador asume la carga de la prueba para incluir las prestaciones y cobertura de estas necesidades dentro de la responsabilidad pública.

Desde el punto de vista metajurídico, las necesidades sanitarias normativas, o fundamentales -en términos de la profesora Añon-, vienen definidas por las propuestas para los **dos primeros niveles de protección**, cuyo deslinde no siempre resultará fácil.

El nivel menor de **protección selectiva** se relaciona con tres categorías de necesidades sentidas pero que su objetivación médica no las hace fundamentales. Algunos ejemplos ayudan a su comprensión:

- La **contrariedad** es un perjuicio de carácter individual referido a un desajuste entre las prestaciones ofrecidas y las preferencias físicas o psíquicas. Entran en juego las preferencias individuales, por tanto, no puede considerarse como parte del derecho protegible como fundamental. Su satisfacción será variable, según la deseabilidad social y la posibilidad financiera en cada escenario político, social y económico. Algunos ejemplos podrían ser: balnearios, tratamientos para la alopecia (calvicie), cirugía estética (no reconstructiva o para casos graves), cirugía de cambio de sexo, malestar psíquico, falta de energía, ortodoncia, sobrepeso, masajes relajantes, técnicas de relajación o mal olor corporal.

- En cuanto a la **decepción**, se produce cuando los individuos y grupos ven contrariadas sus preferencias en los modos de uso de los servicios. Los ciudadanos y pacientes pueden tener demandas de formas de utilización de servicios muy diversas. Son necesidades que el sujeto social ha de juzgar si puede o no ofrecerlas, pero vienen formuladas por las preferencias individuales y su no satisfacción no genera daño. Por consiguiente, no forman parte del cuerpo exigible del derecho a la protección de la salud. Ejemplos de decepción serían: disponer de habitación individual en el hospital, no respetar la lista de espera, dirigirse directamente al especialista sin ser derivado desde atención primaria, exigir un médico mujer para la exploración por razones culturales o religiosas, solicitar una visita a domicilio por comodidad, acudir a urgencias por problemas menores, saltándose otros dispositivos por conveniencia o capricho.

- La **inconveniencia** es consecuencia de exclusiones y limitaciones en la financiación colectiva de utilidades individuales. Los individuos pueden tener

necesidades particulares acerca de las que, por su naturaleza, no existe un amplio consenso en la sociedad sobre si es justo que se cubran con dinero público. La cobertura pública dependerá en todo caso de consideraciones de contexto o de repercusiones colaterales. En la medida en que formen parte de las preferencias individuales, serán acciones no exigibles en el ámbito del derecho a la protección de la salud.

Algunos ejemplos ampliamente debatidos son los deportes de alto riesgo con posibilidad de seguro federativo, pasar las recetas del médico privado a la seguridad social, conseguir vitaminas y suplementos nutricionales vigorizantes, productos sanitarios para fines cosméticos o para paliar síntomas menores como las medias de compresión ligera para varices usadas para aliviar el cansancio de las piernas.

La aprobación de nuevas prestaciones dirigidas a cubrir este tipo de necesidades requiere la aportación la carga de la prueba de no poner en riesgo las necesidades que deben ser satisfechas por formar parte del contenido esencial del derecho fundamental.

## **7. CONCLUSIONES**

El derecho a la protección de la salud no goza en el ordenamiento jurídico español de un *status* asimilable a algunos derechos civiles y políticos, en concreto, los recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE.

Esto tiene como consecuencia la debilidad en cuanto a exigibilidad de dicho derecho y su situación de vulnerabilidad ante coyunturas ideológicas o políticas. Un ejemplo que aglutina ambas es la actual crisis económica, para la que se han recetado medidas que han puesto de manifiesto la falta de protección del derecho a la protección de la salud.

Ante la pregunta de si hay algo que proteger, es decir, si la protección de la salud da lugar a un derecho, la respuesta es afirmativa. Para abordar esta cuestión se han adoptado dos planteamientos complementarios: el jurídico y el metajurídico, si bien la fundamentación desde la Filosofía del Derecho adquiere solidez mediante la definición de un contenido mínimo esencial del derecho, que viene vinculada a la idea de necesidades sanitarias.

Con el fin de resolver la configuración del derecho a la protección de la salud como un auténtico derecho fundamental, se ha llevado a cabo una diferenciación de tres niveles de protección en torno al mismo, distinguiendo una protección reforzada, una protección tutelada y una protección selectiva. La primera debería ser incluida en el núcleo de derechos fundamentales (art. 15 a 24 de la CE), la segunda debería recogerse de manera explícita en el art. 43 de la CE y ambas conformarían el contenido básico del derecho a la protección de la salud plenamente garantizado constitucionalmente.

Esta propuesta de categorización de necesidades y niveles de protección cumple el propósito demostrativo de ensayar alternativas de taxonomía que

muestran su viabilidad y utilidad potencial, y también fomenta e ilustra el debate social sobre el derecho a la protección de la salud: la armonización entre Política, Derecho, Economía y Ética es la gran tarea pendiente. Para ello, la elaboración de un contenido mínimo esencial del derecho a la protección de la salud, que determine el ámbito de tutela, es un instrumento de suma utilidad, que permite avanzar en una definición de ciudadanía sanitaria robusta desde la perspectiva de las teorías de justicia y práctica por su capacidad de traducción operativa.

Este planteamiento tiene como consecuencias, al menos, las cuatro siguientes:

a) La insolvencia de las doctrinas que devalúan los derechos sociales por debajo de los políticos.

b) La delimitación del contenido del derecho y la eliminación de algunas líneas de crítica de las teorías negacionistas.

c) El aporte de elementos para la fundamentación metajurídica del derecho a la protección de la salud.

d) La ampliación de la visión del derecho a la salud como contenedor tanto de derechos individuales, como de imperativos para la acción colectiva que proteja de la enfermedad y promueva la salud. En otros términos, el derecho a la protección de la salud no se limita a la asistencia sanitaria, aunque ésta representa la contribución al gasto más relevante. **Las políticas públicas orientadas a los determinantes de la salud son parte del núcleo duro del derecho a la salud, forman parte de las obligaciones de los poderes públicos y, además, se configuran como una excelente estrategia para la sostenibilidad externa de la sanidad.**

### **Bibliografía**

- Alexy, R. (2012), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (2ª ed.).
- Añon Roig, M.J., et al. (2004), Valencia, *Lecciones de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch.
- Arber, S., (1997) "Comparing inequalities in women's and men's health: Britain in the 1990s". *Social Science & Medicine*, nº 44, pp: 773-787.
- Bobbio, N. (1991), *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema (1ª ed.).
- Bradshaw, J.R. (2013), "The taxonomy of social need", en: Cookson, R., Sainsbury, R., Glendinning, C. *Problems and Progress in Medical Care*, York, York Publishing services Ltd., Disponible en: <http://www.york.ac.uk/inst/spru/pubs/pdf/JRB.pdf>.
- Diderichsen, F.; Evans, T. and Whitehead, M. (2001) "The social basis of disparities in health", en Evans et al. (Eds.). *Challenging inequities in health from ethics to action*. Nueva York: Oxford UP, pp. 37-43.
- Eurostat, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/5152826/3-27112012-AP-EN.PDF/ca3b770f-8716-4be2-812a-64d2a5d12cca>, 2010.
- Fernández Liesa, C.R. (2013) *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*. Pamplona, Civitas -Thomson Reuters.
- Ferrajoli, L., (2009) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, ed.Trotta.
- Fuchs V. (2004), "More variation in use of care, more flat-of-the-curve medicine". *Health Affairs*., Disponible en: <http://content.healthaffairs.org/content/early/2004/10/07/hlthaff.var.104.short>.
- Freixes Sanjuan, T. (1992) *Constitución y Derechos Fundamentales. I. Estructura jurídica y función constitucional de los Derechos*, Barcelona, ed. PPU.

- García Schwarz, R. (2011), *Derechos sociales: Imprescindibilidad y garantías*, Pamplona, ed. Thomson Reuters.
- Gómez Franco, T. y Repullo Labrador, J.R. (2016) "Buscando el reforzamiento constitucional, efectivo y proporcional del derecho a la protección de la salud", *Universitas*, nº 23, pp. 13-34. Disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/issue/current>.
- Gómez Sánchez, Y. (2011) *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, Madrid, ed. Sanz y Torres.
- Hausermann, J. (1992) "The realisation and implementation of economic, social and cultural rights". *Economic, social and cultural rights: Progress and Achievement*. Beddard, R., & Hill, D., London (Eds). MacMillan.
- Hierro Sanchez-Pescador, L. (1982) "Derechos humanos o necesidades humanas", *Revista de ciencias sociales*, nº 46, pp. 45-62.  
INE: <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t22/p133/cno11/serie/10/&file=01004.px>.
- Jacobsson F. et al. (2005) "Caring externalities in health economic evaluation: how are they related to severity of illness?" *Health Policy*. 73. 172–82.
- Lema, C. (2009) *Salud, Justicia, Derechos: El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Ed. Dykinson.
- Lema, C. (2010), *El derecho a la salud: Concepto y Fundamento*, Estudio/working Paper, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Paho, [http://www.paho.org/cor/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=256&Itemid=](http://www.paho.org/cor/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=256&Itemid=), 2007.
- Paramio, L. (2012), *La socialdemocracia maniatada*, Madrid, ed. Catarata.
- Peces Barba Martínez, G. (1976) *Derechos fundamentales*, Madrid, ed. Guadiana.
- Peces Barba Martínez, G. (1994), "La universalidad de los derechos humanos". *Revista DOXA* nº 15-16. Universidad de Alicante. [e-archivo.uc3m.es/bitstream/1994](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/1994).
- Peces Barba Martínez, G. (1995), *Curso de derechos fundamentales: Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid: BOE.
- Peces Barba Martínez, G. (2002) *La dignidad de la persona humana desde la filosofía del Derecho*, Madrid, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas-UC3M. Dykinson.
- Pisarello, G. (2007), *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Madrid, ed. Trotta.
- Ramiro Avilés, A. (2010) "Derecho a la protección de la salud y los derechos de los pacientes". *Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas*. Universidad Carlos III de Madrid. [www.tiempodelosderechos.es/docs/abr10/derechoProteccionSalud.pdf](http://www.tiempodelosderechos.es/docs/abr10/derechoProteccionSalud.pdf).
- Sen, A. (2010), *La idea de justicia*. Madrid, ed. Taurus.
- Sen, A. & ÖSTLIN P. (2007), *Unequal, Unfair, Ineffective and Inefficient. Gender Inequity in Health: Why it exists and how we can change it*. [Final Report to the WHO Commission on Social Determinants of Health. Women and Gender Equity Knowledge Network]. Institutet Karolinska, pág. 127. Disponible en: [http://www.who.int/social\\_determinants/resources/csdh\\_media/wgek\\_n\\_final\\_report\\_07.pdf](http://www.who.int/social_determinants/resources/csdh_media/wgek_n_final_report_07.pdf)
- Wilkinson, R. y Marmot, M. (2006), *Los determinantes sociales de la salud. Los hechos probados*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Edición española, traducción de la 2ª ed. de la OMS. Disponible en: <http://ocw.unican.es/ciencias-de-la-salud/salud-publica-y-atencion-primaria-de-salud/otros-recursos-1/lecturas/bloque-ii/Hechos%20probados.pdf>
- Whitehead, M. Y Dahlgren, G. (2010), *Conceptos y principios de la lucha contra las desigualdades sociales en salud: Desarrollando el máximo potencial de salud para toda la población*, Madrid: Ministerio de Sanidad y Política Social.

# **DETERMINANTS AND CONSTRAINTS OF INNOVATIVE AND NON-INNOVATIVE FIRMS, EVIDENCE FROM TUNISIAN SME'S**

Selma Mhamed HICHRI\*

**Abstract:** *In this study, we examine how firm characteristics, knowledge endowments and constraints affect the innovation performance of industrial firms. We have distinguished firms according to their degree of commitment to innovation activity, in order to observe the sensitivity of the innovation function to different determinants and constraints. The estimation of different models (Tobit, truncated, Bootstrap) provides strong evidence of the importance of intrinsic business characteristics and knowledge endowment for the group of innovative firms. These are due to a selective recruitment (high rate of supervision), and to training and consulting cycles. However, their innovation activity is penalized by a set of constraints. For the group of non-innovative companies, the endowments of knowledge are not likely to affect their activity. Similarly, they do not seem to be upset by the constraints. Thus, incentive policies for training and recruitment should be implemented according to the degree of corporate commitment to innovation.*

**Keywords:** *innovation; SMEs; knowledge; constraints; Tunisia.*

## **Introduction**

Research on the determinants of firms' ability to innovate is abundant. The explanatory factors that are commonly put forward are, on the one hand, the inputs of innovation (R & D expenditure, internal and external sources of knowledge, etc.). On the other hand, the characteristics of the company (its size, its possible belonging to a group, its geographical location...). All of this work shows that the propensity to innovate firms varies according to the quality of inputs used and according to certain characteristics of the company. Very few studies have considered constraints to innovation as a complementary exogenous variable explaining the propensity to innovate.

Similarly, while almost all studies consider innovative firms and seek to explore the determinants of innovation, it seems interesting to distinguish between firms that are not engaged in innovation activities and those that are actually innovative.. Many firms do not innovate, simply because innovation is not a major concern or because they have no interest in doing so or because their size, market, financial capacity, stock of knowledge or their environment does not allow them to

---

\* Assistant Professor, Faculty of Economics and Management, Sfax., Laboratory of Research in Quantitative Economics of Development Tunisia, Phone: + 216 58 470 570, Email: salmahichri@gmail.com.

engage in innovation. Testing all these determinants for both innovative and non-innovative firms helps to understand the sensitivity of the two groups of firms to each of the determinants.

Our analysis distinguishes between innovative and non-innovative firms and emphasizes the role played by knowledge provision. To do this, we will test the role of R & D activities, stocks and knowledge flows as well as constraints on innovation activity. In other words, it is a question of proposing a classification of the firms according to their degree of commitment in the activity of innovation, then to observe the sensitivity of the innovation function with respect to the different determinants and constraints - in particular the impact of stock and knowledge flows - according to the populations taken into account.

In a sample of nearly 400 firms that responded to the survey, about half said they innovated. The second half incorporates non-innovative firms. Overall, we have little information on these: are these firms that do not consider themselves really affected by the innovation activity? Or are these firms that have not yet acquired the characteristics and skills required to engage in an innovation project? Have they renounced innovation because of the constraints encountered and the anticipated threats? In order to explain the divergence of the trajectories of innovative and non-innovative firms, the last two questions seem plausible and interesting to explore.

This work is organized around three sections. The first section will be devoted to a review of the literature with a view to delineating the main determinants and constraints that can influence firms' innovation behavior, taking into account the specificities of the context of developing countries. The second section will describe the empirical models of estimation. The econometric results will be presented and discussed in section 3. The conclusion will be the subject of an analysis of the implication of our results on public innovation policies.

### **I. The determinants and constraints of innovation: a theoretical framework:**

In this section we propose to elaborate the main determinants and constraints of the innovation of the manufacturing companies. The aim is to draw hypotheses that will be tested in Section II. Work on manufacturing firms suggests a wide range of factors that may affect innovation activity.

The literature has sometimes viewed innovation as the result of a singular combination of internal resources within the firm, sometimes the result of external effects. A review of the literature shows that innovation is "a collective learning process" involving various stakeholders, both internal and external to the company. Thus, innovation takes shape by drawing on its internal resources, but also from its environment as a facilitator / repressor of innovation activity.



For the case of industrial SMEs and high-tech SMEs, Huffman et al. (1998) reveals that, on the whole, internal factors appear to be crucial and more important than external factors for innovation to take shape.

#### **The size of the firm**

Studies of the relationship between firm size and innovation show that the larger the size of firms, the greater the intensity of innovation. Large firms can access finance sources more easily (Coronado et al., 2008; Laforet 2008) and build partnerships for innovation (Segarra-Blasco, Arauso-Carod, 2008). Markham (1965) points out that the innovation effort increases more than proportionally with the size of the firm, and then becomes stable or decays, thus defining a non-monotonic relationship (inverted U-curve) between innovation efforts and size of enterprises.

On the other hand, other studies point out that small firms can be more efficient than large firms by producing more innovations (Freeman, 1982). Indeed, the productivity of R & D grows less proportionally with the size (Acs and Audretsh, 1988).

#### **International openness, membership of a group and innovation:**

Foreign competition can be a factor for companies to innovate in order to penetrate international markets. The latter constitute important sources of knowledge reinforcing the competitive advantages of exporting firms (Narula and Zanfei, 2006). Moreover, empirical studies show that firms targeting the domestic market are less efficient than exporting firms (Alvarez and Lopez, 2005) and that only the most competitive firms oriented towards external markets (Bernard and Jensen, 1999, Melitz, 2003). Van Beverenb and Vandenbusschea (2010) observe that innovation is stimulated even by anticipating a possible entry into the international market. As a result, exporting firms are more innovative than non-exporters (Pamukcu and Cincera, 2001).

At the same time, studies show that firms belonging to a group are more likely to innovate than independent firms. The OECD study (2008) shows that the likelihood of innovation can increase by 42% for subsidiary companies in a group. These are, according to Duchénaut (1995), more able to generate innovations than their independent competitors. The proximity of these companies to local resources and to the market enables them to quickly identify opportunities, adjust to environmental changes and develop new offers with the support of the parent company. These subsidiaries, by virtue of their local anchorages, are thus similar to dispersed centers of competence (Bartlett & Ghoshal, 1989) that can absorb diversified knowledge and generate new ideas (Birkinshaw & Hood, 2001). This approach highlights the fact that innovation is initially locally rooted in the construction of the knowledge necessary for its adoption in this market. Such an approach calls into question the classical paradigm that advanced countries (where the headquarters reside) are both the origin and the center of the generation of innovations. Developing countries are thus seen as receptacles for obsolete innovations.

**The presence of a research and development activity in the firm:**

Innovation is the process of transforming knowledge into new and improved products and processes. Consequently, increases in R & D - as a knowledge base - are generally regarded as important vectors for the creation of new knowledge and thus for innovation. Many research activities link R & D activities and innovation. Examples include Dosi (1988), Griffith et al., (2006); Mairesse and Mohnen (2005), Raymond and St-Pierre (2010). Their work contributes to the same results, namely that investment in R & D is an important indicator of the level of innovation activity of a firm. Thus, firms with a structure or department dedicated to research will be those that see innovation activities flourish more than those that do not (Cohen, Levinthal, 1989). However, having a research unit can not guarantee the intensity and fertility of the innovation activity (Du et al., 2007). The likelihood of innovation increases with the existence of a specific budget for R & D (Baldwin and Hanel, 2003). Recent studies have shown that the more intense R & D investment is, the greater the capacity for innovation (Wolff and Pett, 2006) and Raymond and St-Pierre (2010).

**The firm-level knowledge assets:**

Knowledge is crucial for the innovation process. It is defined by Peter Drucker (1989) as "*information that changes something or someone either by becoming a motive for action or by making an individual or institution capable of different or more effective actions*". Whether generated internally or acquired externally, what a firm knows determines what it can do (Thornhill, 2006). Dierickx and Cool (1989) distinguishes the internal stock of knowledge and the flow of knowledge. The acquisition and creation of an internal stock of knowledge is deployed within the company when it has members capable of generating and absorbing new knowledge. They are clearly the key players in the innovation process. Thus, firms' predisposition to assimilate and exploit external knowledge depends on their scientific or technological capabilities. Only firms with a critical mass of knowledge are able to seize opportunities and strengthen their innovative capacities (Cohen and Levinthal, 1990).

As well as technological skills, managerial skills are crucial in the process of converting R & D results into marketable products and in the process of absorbing external knowledge. The level of education of the management team and the share of qualified staff are thus decisive in the process of innovation. We therefore propose that the greater the endowment of skills and talents, the greater the opportunities for generating new knowledge to develop new products.

**Knowledge flows:**

Over time, the stock of knowledge degenerates and loses its power to confer a competitive advantage on the firm (Thornhill, 2006). This is why firms constantly invest in resource flows such as training, acquisition of external technologies and cooperative relationships in technology consulting. External assistance is thus crucial

for embarking on innovation. Indeed, by renewing their stock of knowledge, firms learn new practices and take new actions. Training activities are likely to stimulate internal flows of knowledge and to guide future actions (Dierickx and Cool, 1989).

They complement the firm's internal stock of knowledge (Grant, 1996), which facilitates learning processes. These knowledge flows often provide missing external ingredients in the learning process that many companies can not easily afford (Romijn and Albaladejo, 2002). Hence, innovation is seen as an evolutionary learning process (Cohen and Levinthal, 1989).

On a general level, innovation in developing country firms is done without use of the R & D structures. These are rather spontaneous or sporadic (OECD, 1993). Innovation is produced through small incremental changes. It is diffuse since new ideas come more from the outside than from the inside (Julien, 2003). Knowledge flows and external interactions allow for other essential inputs to complement the learning process composed of external staff training and counseling services (Freeman, 1995; Panda and Ramanathan, 1996).

#### **The perception of barriers to innovation:**

Few studies incorporate this information as an additional explanatory factor for the propensity of firms to innovate despite its importance. Indeed, in many developing countries, particularly in Tunisia, financial, technical, human and institutional difficulties hinder the innovation activity of enterprises.

The variable 'business environment' (or constraints) makes it possible to measure firms' perception of the investment climate and thus to control the obstacles hindering the activity of the company in general. These constraints are therefore indirect since they characterize the macro environment in which firms operate. The data allow us to measure the perception of eighteen constraints related to political instability, problems related to transport, customs, uncertainty related to the regulation of the company, regulation of foreign trade etc. Indeed, a healthy and dynamic investment climate is conducive to investment and innovation activity.

Several studies have addressed the role of barriers and how they inhibit innovation activity and the factors that influence their perception. The works of Mohnen and Rosa (2001), Mohnen and Röller (2005), Baldwin and Lin (2002), Galia and Legros (2004) and Tourigny and Le (2004) find almost the same result: the more a firm is engaged in innovation, the more it will be sensitive to the obstacles hampering or slowing the activity of the company in general and the innovation activity, especially. Thus, according to the literature, we hypothesize that the more innovative firms are, the more sensitive they are to the investment climate and the barriers to innovation. Naturally, those who are not concerned with innovation, do not feel the weight these obstacles.

Similarly, we considered that some constraints can directly hinder the innovation activity of firms. The literature has placed a great deal of emphasis on the constraints of skill shortages, organizational rigidity (Greenan (1996), Wan et al (2005)), lack of information about technology (Bruque and Moyano,, 2007) and

markets. A more recent literature has shown that the main obstacles to innovation are non-technological. Rather, they are related to business skills and the lack of qualified personnel capable of putting trade skills at the service of technical skills in the innovation process (Dos Santos Paulino and Tahri, 2014).]

Similarly, it is crucial to address the impact of competition on the propensity of firms to innovate. The relationship between innovation and competition is complex. The empirical work has established a relationship in the form of an inverted U. This shows that companies are encouraged to innovate if they are stimulated by competition. But when it becomes very fierce (too much competition), companies are unable to capture the fruit of their efforts.

In addition, illicit reproduction and lack of ownership mechanisms are another barrier to innovation activity. In developing countries, the informal economy covers a wide range of goods-producing sectors in manufacturing, agriculture, services, trade, and so on. The question then is to what extent does the informal economy hinder the innovation that comes from formal economy enterprises and how far the lack of ownership is harming innovation? Indeed, companies are less prone to innovate when they do not take on their innovations and when their efforts can not be rewarded.

Symmetrically, it can be argued that the lack of formal ownership can be a source of "collective learning" that characterizes easy access and a basis for easy access to information and a free flow of knowledge that reduces transaction costs.

Ownership mechanisms also need to be examined from the perspective of social systems, with knowledge flows characterized by trust, reputation, reliability, social and cultural characterization, and willingness to pool resources to collaborate. This facilitates access to information and significantly reduces transaction costs.

## **II. Econometric analysis**

In order to provide answers to our problem, we based, firstly, on Principal Component Analysis. Secondly, we have opted for an estimation of the *Tobit*, *Truncated* and *Bootstrap* models.

### ***II.1. Factorization by Principal Component Analysis***

Principal Component Analysis aims to reduce large arrays in a small number of variables while maintaining maximum information. The purpose of this statistical technique is to explore data from the companies in our sample. The PCA of a set of variables amounts to synthesizing these variables in some orthogonal components between them. These components are ultimately linear combinations of the basic variables, which optimize one after the other the variance in these data that remains to be explained. Thus, the first main component is responsible for explaining the majority of the total variance in the data, the second explains the

residual variance after taking the first variance into account, and so on. In order to limit the dimension of the explanation of the problem, the second or third main component is usually stopped. Interpreting a main component is to interpret the variables that capture more information and therefore have the most weight in the linear combination.

**Factorization of the variable Characteristics of enterprises:**

The matrix of the variable 'characteristics of enterprises' is composed of a set of  $p = 6$  items (age F1, size F2, belonging to a group F3, type F4, exporting firm F5, market size F6).

The results of the factorization before rotation and after rotation are given in the following table.

		<b>Characteristics of enterprises:</b>					
		<b>Variables</b>					
<b>Before rotation</b>	Sub-variables	F1	F2	F3	F4	F5	F6
	Cronbach's alpha	0,346					
	KMO	0,414					
<b>After rotation</b>	Selected Variables	no	yes	yes	yes	no	no
	Cronbach's alpha	0,774					
	KMO	0,549					

The factorization of the variable 'business characteristics' gives rise to a critical validity (KMO = 0.414), a low reliability ( $\alpha = 0.346$ ). Secondly, by applying the Varimax rotation method with Kaiser normalization, an improvement of the  $\alpha$  values of Cronbach and KMO is observed, respectively, displaying 0.774 and 0.549. Indeed, the results show that the factors most contributing to the explanation of the basic variable are the variable Belonging to a group, followed by the variable Size and the variable Gender.

For the diagnosis of the variable 'Internal sources of knowledge', the technique of Principal Component Analysis gives rise to the identification of the redundancy relationships between this variable and its items which are 6 (R & D F1, upgrading F2, R & D expenditure F3, Presence of an R & D unit F4, Qualified administrative employees (excluding production) F5 and skilled workers F6).

		The firm-level knowledge assests:						
Variables		F1	F2	F3	F4	F5	F6	
<b>Before rotation</b>	Sub-variables							
	Cronbach's alpha	0,054						
	KMO	0,533						
<b>After rotation</b>	Selected Variables	non	non	non	non	<b>oui</b>	<b>oui</b>	
	Cronbach's alpha	0,969						
	KMO	0,500						

The factoring of the variable 'Internal sources of knowledge' shows that the different values of the variance of the 6 factors explain only marginally the variable in question. The application of Varimax rotation method with Kaiser normalization makes it possible to retain 2 factors among the 6 mentioned above. The value of Cronbach's  $\alpha$  then improved significantly from 0.054 to 0.996. Thus, the share of non-production administrative employees (management, managerial, managerial, and administrative) and skilled more contributing to the explanation of the variable 'Internal knowledge stock'.

For 'Knowledge Flows', the same approach was used to conclude that factors such as Consulting, Skilled Worker Training, Workers' Training are contributing factors to the explanation of the variable in question (Cronbach  $\alpha$  values and the KMO measurement show 0.585 and 0.664 respectively).

The matrix of the variable 'Business environment' is composed of a set of  $p = 18$  items (F1: electricity, F2 telecommunications, F3: transport, F4 access to water, F5 access to land, F6 Customs / trade regulation F8 Tax rate, F9 Relationship with the tax administration F10 Formalities for the creation of the company, F11 Uncertainty related to company regulation, F12 Licensing and licensing, F13 political instability, F14 corruption, F15 Functioning of the courts (resolutions of commercial disputes), F16 access to financing, F17 labor legislation and F18 Macroeconomic framework (Inflation / exchange rate). The factorization of the variable 'Business Environment' allows to retain 6 factors among the 18 initial factors. Thus, F7 crime, F8 tax rate, F9 relations with tax administration, F13 political instability, F14 corruption and F15 functioning of the courts (resolution of commercial disputes) are the factors that best define the quality of the business environment (Cronbach's  $\alpha$  values and KMO measure, respectively, after applying the Varimax rotation method with Kaiser normalization, are 0.855 and 0.862 to 0.758 and 0.751).

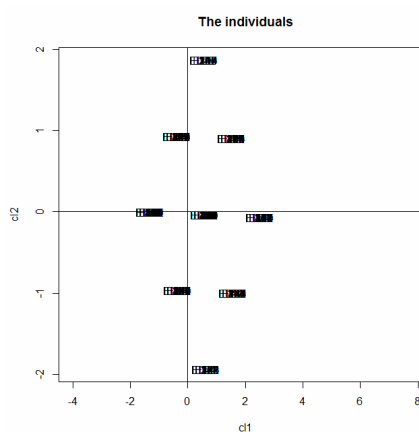
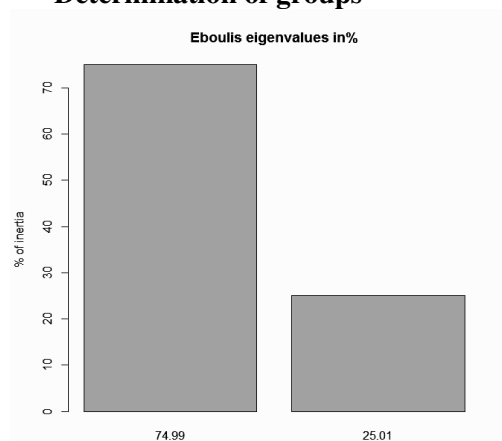
Finally, the matrix of the variable 'Direct constraints' is composed of a set of  $p = 6$  items (F1: lack of qualified employees (difficulties inherent in the labor market), F2:

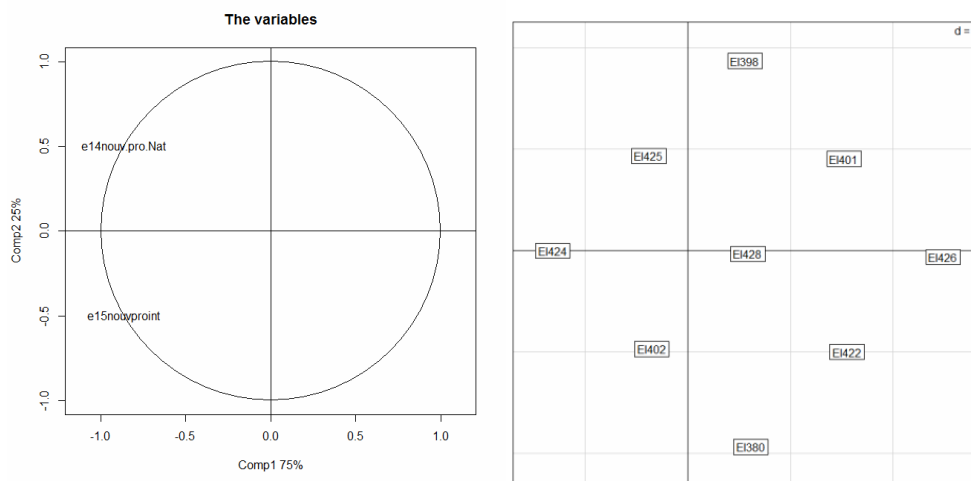
violation of property rights, F3: competition from the informal sector F4: national competition F5: constraint on the appropriation of knowledge F6: international competition)

	Variables	Direct constraints						
Before rotation	Sous variables	F1	F2	F3	F4	F5	F6	
	Cronbach's alpha	0,189						
	KMO	0,517						
After rotation	Selected Variables	yes	no	yes	yes	no	no	
	Cronbach's alpha	0,773						
	KMO	0,602						

Factorization allowed us to retain 3 factors among the 6 cited above. The Cronbach  $\alpha$  values and the KMO measure showed a marked improvement from 0.189 and 0.517 to 0.773 and 0.602, respectively, after rotation. Thus, the shortage of skilled employees, followed by informal sector competition and national competition, are the factors that best summarize the basic variable 'Direct constraints'.

### Determination of groups





On the first axis (horizontal axis which contains almost 75% of the information) the variables have positive and negative coordinates. This first axis is therefore representative of the level of innovation of enterprises (innovative companies on the right, non-innovators on the left).

## II.2. Specification of the econometric model

In the literature, there is no consensus on the measurement of innovation at the firm level. Indeed, several indicators are commonly used to measure innovation. These include the number of new products, the number of patents filed, the turnover resulting from new products...

In this work, we used conventional practice to consider a company as innovative if it introduced a new product / process or upgraded an existing product line, or used a new technology, or used a patent of invention (developed within the company or acquired). Thus, we have considered innovation in the broad sense, in accordance with the definition put forward by Nohria and Gulati's (1995) which encompasses "*any policy, structure, method or process, the innovating unit*". It is a less strict and less conservative definition than that used, for example, by Thornhill (2006) who considers the innovative firm that introduced a new product nationally or globally. Thus, the endogenous variable used to reflect the level of innovation at the firm level is a binary variable equal to the unit if the company has innovated, whatever the form of innovation.

In the econometric application, we first used the Tobit model. This refers to models with limited dependent variables for which the dependent variable is continuous but observable only over a certain interval. Models with a limited dependent variable are derived from qualitative variables used when one wishes to model the probability that the dependent variable belongs to the interval for which



it is observable. The Tobit model was developed by James Tobin (1958). The latter, by seeking to specify the relationship between a household's income and its expenditures on durable goods, observes that many observations for the amount of consumer spending are nil. Indeed, these observations are nil for all households that did not provide durable goods during the period considered. For these individuals, one obtains observations on income but no observations on consumer spending: one therefore has a censored sample. To solve this problem, Tobin proposes his model with limited dependent variable.

For the present study, the relationship between the different determinants and the level of innovation of firms is represented in the form of a Tobit model in which the dependent variable is the probability for a firm to innovate. Statistically, it is called an indicator of innovation that depends on different explanatory variables (determinants) that inhibit or on the contrary favor the probability of innovation.

We also used the truncated regression model. The truncated variable is a variable that is observed for some observations only. Truncation may be due either to the data collection process or to a decision made by the observations studied (the decision to innovate for our case). In order to give more robustness to our data, we still used the bootstrap. This can improve the quality of inference, especially for small samples (Flachaire, 2000).

#### **Presentation of the model:**

The presentation of the model is generally based on a dependent variable  $Y_i$  whose value depends on a series of explanatory variables  $X_i$ . In this case, the propensity to innovate is given by the following equation:

$$y_i = \beta_i x_i + U_i \text{ Avec } y_i = \begin{cases} y_i^* & \text{si } y_i^* > 0 \\ 0 & \text{si } y_i^* \leq 0 \end{cases} \quad \forall i = 1, \dots, N$$

$y_i$  is the endogenous variable of the model

$\beta_i$  is a vector of coefficients associated with the various explanatory variables

$x_i$  represents a vector of explanatory variables

$u_i$  represents the perturbations distributed according to the normal distribution.

The variables  $y_i^*$  are not always observable, they are observed only if they are positive. We can then admit a variable  $y_i$ , which is equal to  $y_i^*$  when the latter is observable.  $y_i$  is equal to 0 when  $y_i^*$  is not observable.

The determinants of the likelihood of innovation can be grouped into three categories: business characteristics, innovation inputs and external (environmental) or internal constraints (direct constraints). So the model that we estimate is a model with the aim of explaining the propensity of firms to innovate analogous to the models commonly encountered in economic theory. It may look like this:

$$p(INNO=1) = f(\text{Characteristics (VE), Inputs (SIC, FC), Constraints})$$

In this model, the propensity to innovate firms depends essentially on:

- Characteristics of the companies: size, possible membership of a group, size of the market...
- The amount of inputs used for innovation activity: R & D expenditure, internal sources of knowledge, knowledge flows...
- The constraints they encountered during the innovation activity.

In this article, it is proposed to characterize the firms that invest in the innovation activity as well as those that do not innovate. We emphasize the possible constraints hampering the innovation process and keeping firms out of their innovation trajectories. Thus, we identify two types of firms: Innovative firms are those that are engaged in innovation activities and have generated innovations over a given period of time. They are thus firms that have managed to have an output in terms of innovation. Symmetrically, non-innovative firms are those that do not have an output in terms of innovation. And the reasons are different: Either they have not yet achieved tangible results in terms of innovation (new product, patent...). Either they think they are not concerned by innovation because their characteristics (or those of the market) do not allow them to innovate. Either they are upset by major constraints.

The data used are derived from the survey carried out by the World Bank. It covers the period 2010-2012 of the Tunisian industrial enterprises. Its aim is to assess the business environment in which Tunisian companies operate, to understand the impact on business performance and to identify the measures needed to improve their competitiveness. The number of industrial companies interviewed is 399 companies. The survey covers the agri-food, textile and clothing, mechanical, electrical, steel and equipment, chemical and pharmaceutical and electronics sectors.

Since the probability of innovation is not directly observable, the endogenous variable is a binary variable taking the value 1 if the firm has innovated (innovation in the broad sense) and 0 otherwise.

The Enterprise Variable (VE) is a vector of variables measuring the effect of business characteristics on the propensity to innovate. This variable first incorporates the size of the company. It takes values ranging from 1 to 3 such that: 1 = 5 to 19 employees (small); 2 = 20 to 99 employees (average); 3 = more than 100 employees (large). Then, it contains the variable belonging to a group. According to the literature, we assume that independent firms will be less willing to declare innovations than firms belonging to a group. This variable is of dichotomous type taking the value 1 if the firm belongs to a group, and 0 otherwise. Finally, it contains the gender variable which is of the binary type. It takes the value 1, if the company is headed by a man and 0 if it is headed by a woman.

The Inputs vector integrates the stock and knowledge flow variables (SIC and FC). The SIC variable provides information on internal staffing in knowledge. It is measured by the share of non-permanent administrative employees (management, executive, managerial, administrative) and the share of skilled workers. Variable FC provides

information on knowledge supply activities: training, assistance and consulting cycles. This variable is binary. It takes 1 if the company has done so and 0 otherwise.

The Constraints component is split into two categories, as indicated above. The first category measures the perception of firms with regard to the investment climate and thus controls the indirect or external constraints on the activity of the company in general. The database allows us to measure the perception of eighteen constraints related to political instability, problems related to transport, customs, uncertainty related to the regulation of the company, regulation of foreign trade. Companies were asked to assign ratings to the various constraints ranging from 0 for "not an obstacle" to 4 for "very severe hurdle". The second category considers constraints directly related to innovation activity. It is composed of a set of  $p = 6$  items: the shortage of skilled employees, the violation of property rights, competition from the informal sector, national competition, constraint on knowledge appropriation and international competition. Similar to direct constraints, firms were asked to assign scores ranging from 0 for "not an obstacle" to 4 for "very severe hurdle".

### III. Results

The main results of the estimation of our model realized with the software SPSS are proposed in the table below. Note that in order to reduce the dispersion of the size variable, we introduced it in logarithm.

		Global model			Innovative firms			Non-innovative firms		
Act. Innov	Tobit model	Truncated model	Boostrapping model	Tobit model	Truncated model	Boostrapping model	Tobit model	Truncated model	Boostrapping model	
<b>VE</b>	0.052** (0,025)	0,397*** (0,141)	1.044** (0,814)	0,144** (0,066)	1.659*** (0,61)	0,315** (0,11)	-0,053 (0,067)	-0,271 (0,545)	-0,319 (0,319)	
<b>SIC</b>	0.028*** (0,135)	0,228*** (0,089)	1.404** (0,832)	0,02** (0,008)	0.047*** (0,015)	0,522** (0,167)	0,026 (0,038)	0,217 (0,475)	0,469 (0,567)	
<b>FC</b>	.062** (0,029)	0,481*** (0,165)	0.878** (0,2)	0,045*** (0,012)	0.043** (0,02)	0,335** (0,151)	-0,057*** (0,02)	-0,489*** (0,127)	-0,435** (0,157)	
<b>EA</b>	-.025*** (0,007)	-1,199*** (0,058)	-0.762** (0,546)	-0,064*** (0,022)	-1.263*** (0,474)	- 0,103** (0,045)	-0,019** (0,008)	-0,31*** (0,121)	-0,209** (0,045)	
<b>CD</b>	-.043*** (0,015)	-.332 *** (0,121)	-1,488** (2,263)	-0,041 ** (0,016)	-0.886*** (0,19)	-0,18** (0,081)	0,129* (0,066)	0,884** (0,407)	0,88** (0,181)	
<b>Sigma</b>	0,995 (0,026)	2.497 (0,65)	4.299 (0,353)	1,007 (0,044)	3.157 (1,165)	1,83 (2,42)	0,966 (0,031)	2.097 (0,47)	2,097 (0,136)	
	N= 396 F(5, 391) = 2.53 Prob > F = 0.0292	N = 396 Wald chi2(5) = 12.41 Prob > chi2 = 0.0331		N = 199 F(5,194) = 2.56 Prob > chi2 = 0.0182	N = 199 Wald chi2(5) = 13.69 Prob > chi2 = 0.0182		N=197 F( 5,192) = 11.23 Prob > F = 0.0000	N=197 Wald chi2(5) = 2.39 Prob > chi2 = 0.0329		

The results show that the probability of innovating Tunisian firms is strongly related to the characteristics of the enterprises (VE: Variables Entreprises). Remember that these characteristics are size, group membership and gender. Thus, companies must reach a certain size (in terms of financial capacity), belong to a group and be led by a man in order to be able to innovate. This result coincides with that found by Kremp and Tessier (2006) on French data, and those of Blanchard et al., (2011). The latter highlight the role played by size and group membership in the propensity to innovate.

In the literature, the positive relationship between innovation propensity and firm size is explained by the ability of large firms to assume the important fixed costs of R & D. They can benefit from the benefits of different research programs. They also have the potential to better exploit unpredictable outcomes and spread risk so that unprofitable areas can be captured (Symeonides, 1996).

For the variables Internal Knowledge Stock (SIC) (measured mainly by the share of skilled administrative and skilled workers) and the variable Knowledge (as measured by training, consulting and collaboration actions), the various estimates show that the innovation strategies of innovative Tunisian firms are based on a share of adequate knowledge and internal skills. On the other hand, they are based on training and consulting activities. This means that companies that have acquired a tradition of innovation are primarily those that have relied on a selective recruitment of skilled employees and are important to external assistance by focusing on training and consulting activities. The latter seem to negatively and significantly affect the group of non-innovative firms.

As demonstrated in the previous section, R & D expenditure and the presence of R & D structure are not key factors in the SIC variable. This shows that innovation activity in Tunisian firms does not necessarily fit into a structured and previously defined process. It is not based on voluntary intentions for technological change. It appears to be engendered by informal activity based on the effort deployed by employees and skilled workers.

These results confirm the empirical studies done in Tunisia by Rahmouni (2011) and Tlili and Chkir (2012). They also coincide with those of Thornhill (2006), who emphasizes that in stable industries where the pace of technical change is not intense, innovation does not require the same degree of novelty to succeed. In this context, having a technically skilled workforce, 'learning to learn' and being responsive is crucial to innovation.

Similarly, the results show that the macroeconomic framework or the Business Environment (EA) is likely to negatively influence the activity of companies, whether innovative or not. The Oslo Manual (OECD, 2005) has already stressed that the innovation landscape of developing countries is shaped by a set of exogenous systemic factors linked mainly to macroeconomic uncertainty, inadequate physical infrastructure, institutional fragility and political instability. The factorization of the variable 'Business Environment' allows to retain 6 factors among the 18 initial factors. In our case, and as demonstrated above, crime, tax rate, relations with the tax

administration, political instability, corruption and the functioning of the courts (resolution of commercial disputes) are the main variables hindering the activity of Tunisian firms. This result is in parallel with the work of Nkouka et al., (2013). The authors highlight the disincentive for innovation of African firms due to obstacles in their immediate environment. In a study carried out by the African Development Bank, the Tunisian government and the United States government in 2013, the authors draw attention to the costs of corruption, the tax rate ('among the heaviest in the world') and the institutional inefficiency which may stifle investors' desire for innovation.

Finally, with respect to direct constraints, the results seem aberrant. These constraints negatively and significantly affect innovation activity for the group of innovative firms, whereas they affect positively the group of non-innovative companies. Indeed, according to the literature and our hypothesis, the more innovative firms are, the more likely they are to be sensitive to the obstacles hindering their innovation activities. Naturally, those who are not concerned by innovation do not feel the weight of these obstacles. Blanchard et al., (2011), in their study of populations 'strictly' concerned with innovation (those that actually innovate), show that the more they use a 'strict' definition of the category of innovative firms, the more the obstacle component tends to influence negatively and the innovation activity. Indeed, only firms that innovate effectively will be those that will encounter obstacles. These constraints are related to competition, the informal sector and the shortage of skilled personnel.

Concerning competition, our results are in line with the empirical work underlining the dissipative role of competition. In a highly competitive industry, companies are forced to innovate. They have fewer resources, which can inhibit their motivation to innovate. Indeed, in Tunisia, the fragmented structure of the industrial sector, the redundancy of projects and the competition between a large number of actors operating in similar projects is one of the main factors explaining low rates survival (Amara and Hichri, 2014) and innovation observed.

Also in developing countries in general, the informal economy covers a wide range of sectors making imitation and copying a common practice. This can reduce the expectations of innovators for post-innovation performance. Innovators are less motivated to invest in innovation activities. These findings are carefully highlighted by Roper et al., (2017). They are also in line with the findings of the 2013 joint study. In this study, the authors emphasize the inadequacy in the protection of property rights. The latter are due to the abuses of the deposed regime which infringed these rights. Strong economic governance requires the establishment of institutions that reassure entrepreneurs on the return of their investments and ensure an objective and transparent application of the rules. It should be emphasized that in the aftermath of the revolution, the weakening of property rights was due to social movements and labor unrest.

The lack of skilled personnel is one of the major barriers identified by firms and identified by innovation surveys (OECD, 2000). It remains a source of concern for companies engaged in innovation (Autret, 2001 p 50). The study (2013) highlights that among the major constraints inhibiting investment and innovation in

Tunisia are the difficulties in adapting employment to market conditions (the report also points out that Tunisian companies are faced with high remuneration costs and strict conditions of dismissal reducing the demand for skilled workers and contributing to the hiring of undeclared employees). The majority of empirical studies raises a real problem relating to the "matching" between the quality of existing human resources and the needs of enterprises. A great deal of consultation work should be carried out between innovation promotion agencies, training institutions and higher education institutions in order to build on tailor-made training programs that better meet the specific skills companies.

Symmetrically, these negative obstacles for the group of innovative companies do not seem to hinder the activity of the group of non-innovative companies. On the contrary, the latter seem to benefit. These firms, for whom innovation is not a major concern, report that they have not encountered barriers (Blanchard et al., 2011) concerning skills or competition in the informal sector. Naturally, these companies are on the lookout for a low-cost workforce.

The obstacles inherent in human resources do not undermine their activities. Similarly, the presence of the informal sector, which is characterized by illicit reproduction and the lack of ownership mechanisms, does not hamper the activity of non-innovative firms. Lack of formal ownership can be a source of "collective learning" that characterizes easy access and the basis of easy access to information and a free flow of knowledge that reduces transaction costs and thus facilitates the activities of non-innovative companies.

### **Conclusion**

In this research, we sought to analyze the determinants explaining the divergences between innovative and non-innovative firms. In a sample of nearly 400 firms, we examined how firm characteristics, knowledge endowments and environmental factors influence the innovation performance of the two groups of firms.

Our results provide solid evidence of the importance of size, group membership, skilled human capital investment, training and external assistance for innovation. Each of these variables demonstrates a strong and positive association with innovation activity. We thus find strong evidence - for the group of innovative firms - of the value of holding and acquiring knowledge. These are due to selective recruitment, training and consulting cycles. However, the innovation activity of this same group of companies is penalized by macroeconomic factors linked to institutional fragility and political instability. As for the immediate factors directly affecting the innovation activity, we find that the firms involved in innovation are those whose activity is negatively affected by competition, the informal sector and the lack of qualified personnel.

Thus, our results instill a number of strategic messages: Innovative firms wishing to increase their innovation performance should first invest in relevant and selective

recruitment policies, thereby increasing the internal stock of knowledge and thus the absorption capacity (Griffith et al., 2003) of knowledge. Secondly, they must invest in staff training policies (administrative and productive), assistance and consulting. This means that in order to innovate or acquire any tradition of innovation, Tunisian companies had to reach the required size enabling them to cover the innovation activity. Moreover, being a subsidiary of a group of companies increases the propensity to innovate. On the other hand, to have a skilled workforce capable of absorbing external knowledge by maintaining links in terms of consulting, training and external assistance. In this sense, external assistance or the flows of knowledge gathered by the company favor the feasibility of innovation (Rahmouni et al., 2011). The uncertainty characterizing the macro-environment in Tunisia, combined with the cost and risk of R & D activities, can justify the crucial role of external assistance.

Moreover, the group of non-innovative companies has no interest in investing in the training of external staff and assistance. Their activity is not likely to consume existing resources and knowledge flows. Thus, incentive policies for the training and recruitment of skilled workers should be limited exclusively to the group of knowledge-intensive firms (the group of innovative firms for our case) for which knowledge endowments are crucial.

**Bibliographie:**

- Acs, Z. J. & Audretsch, D. B. (1988), *Innovation in Large and Small Firms: An Empirical Analysis*, American Economic Review 78, 678–690.
- Alvarez, R. & Lopez, R. (2005), *Exporting and Firm Performance: Evidence from Chilean Plants*, Canadian Journal of Economics 38(4), 1384–1499.
- Amara M. et Hichri Mhamed S. (2014), *le territoire d'implantation, quel rôle pour la croissance des jeunes entreprises tunisiennes?* Revue d'Économie Régionale et Urbaine, Volume 1, p. 87-119, 2014.
- Autret F. (2001), *L'innovation technologique en Allemagne: performances et limites d'un système in Allemagne 2001, Regards sur une économie en mutation*, Travaux et documents du CIRAC, Collection dirigée par René Lasserre.
- Baldwin, J. et Lin, Z. (2002), *Impediments to Advanced Technology Adoption for Canadian Manufacturers*, Research Policy 31(1), 1–18.
- Bartlett, C. A., et Ghoshal, S. (1989), *Managing Across Borders: The Transnational Solution* Harvard Business School Press.
- Bernard, A. B. et Jensen, B. J. (1999), *Exceptional exporter performance: cause, effect, or both?*, Journal of international economics 47(1), 1–25.
- Birkinshaw, J., & Hood, N. (2001), *Unleash innovation in foreign subsidiaries*. Harvard Business Review, 79(3): 131–7.
- Blanchard P., Huiban J.P. et Musolesi A. (2011) *L'innovation des entreprises: entre volonté et obstacles*. In: *L'innovation dans les entreprises: moteurs, moyens et enjeux* (p. 20-31). DGClS Analyses (Direction Générale de la Compétitivité, de l'Industrie et des Services). Paris, FRA: Direction Générale de la Compétitivité, de l'Industrie et des Services. <http://prodirna.inra.fr/record/50775>
- Bruque, S., Moyano, J., (2007), *Organisational determinants of information technology adoption and implementation in SMEs: The case of family and cooperative firms*, Technovation, 27 (5), 241-253.

- Diericks x, I., Cool, K., (1989) *Asset stock accumulation and sustainability of competitive advantage. Management Science* 35 (12), 1504-1514.
- Cohen, W.M. and Levinthal, F.A., (1989). Innovation and learning: the two faces of R&D. *Economic Journal*, 99 (397), pp. 56-59.
- Cohen W. M., Levinthal D. A., (1990), *Absorptive Capacity: A New Perspective on Learning and Innovation*, Administrative Science Quarterly, 35, pp. 128-152.
- Cornado D., Acosta M., Fernandez A., (2008), *Attitudes to innovation in peripheral economic regions*, Research Policy, 37 (6-7), 1009-1021.
- Dos Santos paulino V. et Tahri N. (2014) *Les obstacles à l'innovation en France: analyse et recommandations*, Revue Management et Innovation, 70-88.
- Drucker, P.F. (1989) *The New Realities: In Government and Politics/ In Economics and Business/ In Society and World View.* New York: Harper & Row.
- Du J., Love J. H. et Roper S., 2007, *The innovation decision: An economic analysis*, Technovation, 27, 766-773.
- Duchéneau B. (1995) *Enquête sur les PME françaises, Identités, Contextes, Chiffres*, Maxima.
- Etude conjointe effectuée par la Banque africaine de développement, le gouvernement tunisien et le gouvernement des États-Unis (2013), *Vers un nouveau modèle économique pour la Tunisie, déterminer les contraintes majeures à une croissance généralisée.* [https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/Vers\\_un\\_nouveau\\_mod%C3%A8le\\_%C3%A9conomique\\_pour\\_la\\_Tunisie\\_-\\_Contraintes\\_majeures\\_%C3%A0\\_une\\_croissance.PDF](https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/Vers_un_nouveau_mod%C3%A8le_%C3%A9conomique_pour_la_Tunisie_-_Contraintes_majeures_%C3%A0_une_croissance.PDF)
- Flachaire E. (2000) *Les méthodes du bootstrap dans les modèles de regression Économie & prévision Année 2000 Volume 142 Numéro 1* pp. 183-194
- Freeman, C., (1995) *The national system of innovation in historical perspective*, Cambridge Journal of Economics 19 (1), 5–24.
- Freeman, C. (1982), *The Economics of Industrial Innovation*, second edn, Francis Pinter, London.
- Flachaire E. (2000) *Les méthodes du bootstrap dans les modèles de regression Économie & prévision Année 2000 Volume 142 Numéro 1* pp. 183-194.
- Freeman, C. (1982), *The Economics of Industrial Innovation*, second edn, Francis Pinter, London.
- Galia, F. & Legros, D. (2004), *Complementarities between obstacles to innovation: Evidence from France*, Research Policy 33, 1185–1199.
- Grant, R.M., (1996). *Toward a knowledge-based theory of the firm*. Strategic Management Journal, 15 (Winter Special Issue), pp.109–122.
- Greenan, N. (1996) *Innovation technologique, changements organisationnels et évolution des compétences*, Économie et statistique, 298, 15-44.
- Griliches, Z., (1995), *R&D and Productivity: Econometric Results and Measurement Issues*. Blackwell, Oxford.
- Hoffman K., Parejo M., Bessant J., Perren L., (1998), *Small Firms, R&D, technology and innovation in the UK: A literature review*, Technovation, 18 (1), 39-55.
- Julien P.A. (2003) *'Innovation et PME'* in Philippe M. et Hervé Penan (sous la direction), *Encyclopédie de l'innovation*, Economica, Paris.
- Kremp, E. & Tessier, L. (2006), *'La taille et l'organisation en groupe, catalyseurs de l'immatériel dans les entreprises'*, Le 4 pages, Sessi (221).
- Laforet S. (2008), *Size, strategic, and market orientation effects on innovation*, Journal of Business Research, 61 (3), 753-764.
- Markham, J.W. (1965), *'Market structure, business conduct, and innovation'*, The American Economic Review pp. 323–332.
- Melitz, M. (2003), *The impact of trade in intra-industry reallocations and aggregate industry productivity*, Econometrica 71(6), 1695–1725.
- Mohnen, P. & Rosa, J. (2001), *Les obstacles à l'innovation dans les industries de services au Canada*, L'Actualité Economique 77(2), 231–254.



- Mohnen, P. & Roller, L. H. (2005), *Complementarities in innovation policy*, European Economic Review 49, 1431–1450.
- Narula, R. & Zanfei, A. (2006), *Globalisation of Innovation The Role of Multinational Enterprises*, in J. Fagerberg, D. C. Mowery & R. R. Nelson, eds, The Oxford handbook of innovation, Oxford University Press, USA.
- Nkouka L., Zamo-Acono C. et Xavier Bitemo N. (2013) PME et Innovation: une analyse comparative entre le Cameroun, le Congo et la RDC, Rapport de Recherche du FR-CIEA N° 67/13
- Nohria et Gulati's (1995) *What's the optimum amount of organizational slack? a study of the relationship between slack and innovation in multinational firms*. Academy of Management Journal 38, 32-36.
- OCDE (2006) *Examens de l'OCDE des politiques d'innovation*.
- OCDE (1993), *Les petites et moyennes entreprises: Technologie et compétitivité*, Paris.
- OCDE (2000), *Une nouvelle économie? Transformation du rôle de l'innovation et des technologies de l'information dans la croissance*.
- OCDE (2005), *Manuel d'Oslo, Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation*.
- Pamukçu T., Cincera M., 2001, *Analyse des déterminants de l'innovation technologique dans un nouveau pays industrialisé: une étude économétrique sur données d'entreprises*, Économie et Prévision, 4-5, 150, 139-158.
- Panda, H., K. Ramanathan (1996) *Technological capability assessment of a firm in the electricity sector*, Technovation 16 (10), 561–588.
- Rahmouni M. (2011) *Perception des obstacles aux activités d'innovation dans les entreprises tunisiennes* Revue d'économies du développement, January 2011
- Raymond L., St-Pierre J., (2010), *R&D as a determinant of innovation in manufacturing SMEs. An attempt at empirical clarification*, Technovation, 30 (3), 48-56.
- Romijn, H. and Albaladejo, M., (2002). *Determinants of innovation capability in small electronics and so*
- Roper S, Love J. et Bonner K. (2017), *Firms' knowledge search and local knowledge externalities in innovation performance* Research Policy 46 p 43–56.
- Segara-Blasco A., Arauso-Carod J. M., (2008), *Sources of innovation and industry-university interaction: Evidence from Spanish firms*, Research Policy, 37 (8), 1283-1295.
- Symeonides (1996) *'Innovation, taille de l'entreprise et structure du marché: hypothèse schumpétériennes et quelques nouveaux thèmes'*, Revue économique 11(27).
- Thornhill S. (2006) *Knowledge, innovation and firm performance in high-and low-technology regimes*, Journal of Business Venturing 21 pp 687-703
- Tlili A. et Chkir A. (2012) *Une analyse binomiale de la décision d'innovation dans un échantillon d'entreprises privées en Tunisie* Innovations n° 39 p 145-167.
- Van Beverenb, I. et Vandenbusschea, H. (2010), *Product and process innovation and firms decision to export*, Journal of Economic Policy Reform 13(1), 3–24.
- Von Hippel, E., (1988). *The Sources of Innovation*. Oxford University Press, New York. *ftware firms in Southern England*. Research Policy, 31, pp. 1053-1067.
- Lundvall, B.-Å., (1988) *Innovation as an interactive process: from user–producer interaction to the national system of innovation*, in: Dosi, G., Freeman, C., Nelson, R., Silverberg, G., Soete, L. (Eds.), *Technical Change and Economic Theory*. Pinter, London, pp. 349–369.
- Tourigny, D. & Le, C. (2004), *Impediments to innovation faced by Canadian manufacturing firms*, Economics of Innovation and New Technology 13(3), 217–250.
- Wan, D., Ong, C. H, Lee, F., (2005), *Determinants of firm innovation in Singapore*, Technovation, 25, 261-268.
- Wolff J. A., Pett T. L., (2006), *Small-Firm performance: Modeling the role of product and process improvements*, Journal of Small Business Strategy, 15 (2), 33-44.

# ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET UNIVERSITAIRE ET INTÉGRATION TRANSNATIONALE DES DEUX CONGO

Etienne KOULAKOUMOUNA\*

**Abstract:** *The Republic of Congo and the Democratic Republic of Congo are two countries in the world that are very close through their political capitals, respectively Brazzaville and Kinshasa. This proximity favors and facilitates various cross-border exchanges in term of economy, trade, education, social and culture beneficial for their economies. It is a natural asset that can lead to the creation of a transnational competitive market for higher and university education and to contribute to the integration of these countries. This article deals with the challenges of cross-border higher and university education and the potential of the private sector for the development of the quality of education, and shows that cross-border higher and university education is an instrument of cultural, educational and socio-economic integration.*

**Keywords:** *Teaching; quality; transnational; integration.*

## Introduction

La République du Congo (RC) et la République Démocratique du Congo (RDC) sont les seuls pays au monde qui ont les capitales politiques, respectivement Brazzaville et Kinshasa les plus rapprochées. En plus, les populations des deux rives du fleuve Congo qu'ils ont en commun ont pour langue officielle le français et ont en partage le Lingala comme langue nationale. *De facto*, nous pouvons dire qu'ils ont les systèmes, sinon les marchés de l'enseignement supérieur et universitaire (ESU) les plus rapprochés au monde. On voit se développer dans ces deux pays un important secteur privé de l'ESU aux côtés de celui du public. La proximité des systèmes éducatifs, notamment de celui de l'ESU et la mobilisation des acteurs privés dans ce secteur représentent un avantage compétitif énorme, voire un atout majeur pour le renforcement des capacités nationales (OCDE, BIRD/Banque Mondiale, 2007) et la soutenabilité de la qualité de l'enseignement dans ces deux pays. Comme le transport routier (E. Koulakoulouna, 2012) et fluvial transnational, tel qu'entre la RC et la RDC, nous considérons également que l'enseignement supérieur et universitaire transfrontalier (ESUT) est un facteur d'intégration effective régionale, sous-régionale et transnationale en Afrique, C'est dans ce contexte que nous lançons et soutenons l'idée de construire et de développer un Espace d'Enseignement Supérieur et Universitaire Transfrontalier

---

\* Enseignant chercheur, Doctorant en Sciences politiques et administratives à l'UNIKIN; Membre du CEDIMES, E-mail: kouleti@yahoo.fr.

entre les deux Congo (ETESU-2C). Cette approche doit mettre aussi à profit le potentiel qu'offre le secteur privé pour qu'il puisse contribuer et œuvrer efficacement pour le développement de l'enseignement de qualité dans cet espace. Il s'agit là d'un des résultats qui découle de notre travail de Thèse de Doctorat en sciences politiques et administratives.

Cette communication a pour objectifs d'examiner les enjeux de l'ESUT et du potentiel du secteur privé sur le développement d'un enseignement de qualité en RC et RDC, et de montrer que l'ESUT est un précieux et efficace instrument d'intégration des économies de ces deux pays. Notre analyse à la fois théorique et empirique s'appuie sur la recherche documentaire et l'observation active en notre qualité de Promoteur d'un établissement privé de l'enseignement supérieur (EPES) au Congo et d'enseignant-chercheur menées dans le cadre de notre Thèse de Doctorat. La communication est structurée en deux points. Le premier, présente un état de la question et le cadre conceptuel du sujet. Le second est consacré à l'examen des atouts de l'ESUT entre la RC et la RDC.

## **1. Etat de la question et cadre conceptuel du sujet**

Dans ce point nous commençons par présenter une revue sommaire de la littérature du sujet avant de nous intéresser au cadre conceptuel qu'il sous-tend.

### *1.1. Revue de la littérature*

L'ESU est depuis longtemps devenu un thème de recherche qui a généré et qui continue à générer de nombreuses études sur divers aspects (qualité, efficacité, gouvernance, gestion, organisation, etc.) réalisées par différentes disciplines scientifiques, de façon singulière ou transversale (économie, éducation, management, sociologie, administration, politique, etc.). Cette contribution se situe dans le cadre d'une réflexion typiquement transversale. La recherche documentaire menée dans le cadre de cette communication montre que le champ de l'enseignement supérieur est peu exploré. On note cependant quelques études générales et spécifiques sur ce thème. Nous exposons, ci-après, six études qui nous ont intéressé particulièrement dans le cadre de cet article.

Dans son ouvrage intitulé « Marchandisation de l'enseignement supérieur: l'impact de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) », B. G. Tilak Jandhyala (2012) indique que l'internationalisation de l'enseignement supérieur ne cesse d'évoluer et qu'aujourd'hui, la mobilité transfrontalière des étudiants, des établissements, des programmes et des enseignants s'inscrit dans le cadre de la marchandisation de l'éducation dont les conditions du commerce de ce service ont été systématisées et formalisées par l'AGCS. L'ouvrage offre une analyse détaillée des différentes dimensions de l'AGCS et de ses conséquences sur le

développement de l'enseignement supérieur, en particulier dans les pays en développement. Par ailleurs, cette intéressante analyse propose aussi un bilan critique des avantages et des dangers potentiels que comporte la commercialisation de l'éducation.

Dans sa Thèse de Doctorat portant sur le sujet « L'enseignement transfrontalier dans les formations universitaires en administration des affaires. Une étude de cas », Najat Glabi (2010), étudie le travail enseignant transfrontalier dans le contexte du besoin des universités de maintenir la qualité des formations transfrontalières. Il indique que le changement de contexte dans lequel l'enseignement est offert génère des contraintes qui mettent souvent en échec les pratiques pédagogiques habituellement adoptées par les professeurs sur le campus. Ce travail identifie les pratiques pédagogiques qui émergent à travers l'effort d'adaptation réalisé par les professeurs sur le terrain pour neutraliser les effets du changement de contexte (culturel, académique et organisationnel) et maintenir l'efficacité de l'enseignement. Les résultats de cette étude ont permis d'identifier les nouvelles pratiques pédagogiques propres à l'enseignement transfrontalier que l'auteur a eu le mérite de formaliser à partir de deux fonctions principales du travail enseignant, à savoir: la gestion de la matière et la gestion de la classe.

Dans leur ouvrage intitulé « L'enseignement supérieur transnational. Un levier pour le développement », l'OCDE et la Banque Mondiale (2008) indiquent que « La mobilité des étudiants, des enseignants, du savoir et même des valeurs fait partie de l'enseignement supérieur depuis des siècles. Mais cette mobilité s'est récemment accélérée à un rythme sans précédent. Cette évolution présente de nombreuses opportunités: accès élargi à l'enseignement supérieur, alliances stratégiques entre pays et régions ainsi que valorisation des ressources humaines et renforcement des capacités institutionnelles. Ces opportunités ne vont cependant pas sans défis: accroissement potentiel des prestataires médiocres ou peu scrupuleux, titres et diplômes non reconnus par les employeurs ou les établissements locaux, ou encore élitisme source de tensions. » Cet intéressant ouvrage éclaire ces opportunités et ces défis, notamment pour les pays en développement qui souhaitent se servir de l'enseignement supérieur transnational comme levier de développement. Il examine par ailleurs le concept de renforcement des capacités par l'enseignement supérieur transnational et met l'accent sur le rôle clé de l'assurance qualité et des négociations commerciales.

L'article de S. Vincent-Lancrin (2008) intitulé « L'enseignement supérieur transnational: un nouvel enjeu stratégique? », examine les tendances récentes de l'enseignement supérieur transnational et les stratégies des pays qui les ont en partie influencées, afin de s'interroger sur le caractère durable ou non de cette croissance et sur la possible convergence (ou coexistence) des différentes stratégies d'internationalisation. A cet effet, il dresse le tableau de ces tendances qui se résument en deux mots: croissance des effectifs des étudiants et diversification de l'offre de formation. Il propose aussi une analyse des stratégies qui ont sous-tendu ces tendances et souligne certains de ses défis et opportunités pour les pays, des

questions migratoires à celles du développement. Par ailleurs, il s'interroge sur les perspectives d'évolution des différentes formes d'enseignement supérieur transnational et des stratégies d'internationalisation des pays. Cette analyse fait ressortir qu'aujourd'hui, l'enseignement transnational est de plus en plus perçu comme un levier de développement économique pour les pays et comme un avantage concurrentiel pour les établissements d'enseignement.

De l'étude de l'OCDE et BIRD/Banque mondiale (2007), intitulée « Enseignement supérieur transnational », il en ressort entre autres, que l'enseignement supérieur transnational renforce les capacités nationales; doit être envisagé dans le cadre des stratégies de développement élaborées par les pays; contribue généralement à développer rapidement un système d'enseignement supérieur, donc à accroître le stock de capital humain hautement qualifié du pays. Par ailleurs, il offre également un point de référence aux universitaires et aux établissements quant à la qualité et à la pertinence des services qu'ils proposent; peut donner naissance à un apprentissage de type organisationnel entre les établissements, mais aussi au sein du système dans son ensemble; accroît la diversité des systèmes nationaux, c'est-à-dire la palette de choix offerts aux étudiants, ce qui peut stimuler une concurrence saine et améliorer la qualité de l'enseignement dispensé.

L'ouvrage de l'UNESCO (2006) portant sur « Les lignes directrices pour des prestations de qualité dans l'enseignement supérieur transfrontalier » relève l'importance de l'enseignement supérieur transfrontalier et indique que cet enseignement comprend une grande diversité de modes de prestations (présentiel, co-diplomation, délocalisation, distance). Il mentionne que la mise en œuvre de ces lignes directrices doit prendre en compte cette diversité et les différentes exigences en matière d'assurance qualité.

Les études que nous venons d'exposer ne sont sans doute pas les seules. Nous considérons qu'il en existe d'autres que nous ignorons. Celles-ci inspirent et orientent notre réflexion dans le cadre de cette communication. Cependant, elles sont restées muette sur la capacité de l'ESUT à constituer un levier naturel pour l'intégration des économies transnationales, telles que celles de la RC et de la RDC dans le cas d'espèce. Toutefois, cet article se situe dans la continuité de ces études et permet d'enrichir la base des connaissances sur l'enseignement supérieur transfrontalier.

### *1.2. Cadre conceptuel*

Le cadre conceptuel renvoie à la définition des concepts clés du sujet de cet article, à savoir: enseignement, qualité, transnational, intégration. Il ne s'agit pas de relancer un débat conceptuel sur ce point, mais plutôt de donner une compréhension de ces concepts. Pour ce faire, nous allons nous référer simplement à certains auteurs et à nos propres points de vue pour la compréhension de ces concepts.

• **Enseignement**

L'enseignement est un concept générique qui englobe le service d'enseignement offert dans tous les cycles du système éducatif national. La littérature en la matière nous offre une pluralité de définitions inter-champ de recherche et même souvent intra-champ. Dans le cadre de ce travail, il est toutefois possible de s'accorder sur une approche qui met en avant les principales caractéristiques effectives de l'activité d'enseignement. Ainsi, selon P. Dessus (2008) « Cette dernière serait:

- une activité relationnelle impliquant la coopération (ou la transaction, la compréhension mutuelle) d'au moins deux personnes, un professeur et un (ou des) élève(s);
- une activité de communication impliquant un échange (unidirectionnel ou bidirectionnel) d'informations entre un professeur et un ou des élève(s);
- une activité centrée sur un but d'apprentissage des élèves, ou encore la maîtrise d'un contenu, l'acquisition d'habiletés ou d'informations;
- une activité portant sur un contenu donné, ce contenu pouvant être des connaissances, des croyances, de l'information, des comportements et posséder de plus des caractéristiques particulières comme la généralisabilité;
- une activité dans laquelle le professeur aurait un comportement spécifique (de présentation, clarification, évocation, indication, etc.);
- une activité dans laquelle les états mentaux (intentions, croyances) des protagonistes peuvent jouer un rôle important, et être mutuellement inférés ».

Ceci étant, il convient aussi de définir et de délimiter l'enseignement privé en le distinguant bien de celui du public. Nous convenons avec A. Vinokur (1987) que la définition de l'enseignement privé renvoie d'abord à distinguer l'existence de deux secteurs d'enseignement (approche dichotomique), à savoir: public et privé. De son côté, en se référant à l'approche critériologique, J. Rungengande (2010) définit l'enseignement privé en se fondant sur trois critères de distinction, à savoir: la propriété, le financement et la gestion. La définition que donne l'UNESCO (2010) s'inscrit dans le même sens. Pour cette institution, une structure éducative privée est un « établissement contrôlé et géré par une organisation non gouvernementale (église, syndicat ou entreprise), qu'il reçoive ou non des fonds publics ». Partant de ces définitions, nous pouvons définir l'enseignement privé comme l'ensemble d'établissements d'enseignement de différents cycles et types créés, financés et gérés par des personnes physiques ou morales de droit privé, l'Etat ne jouant dans ce cas que le rôle de régulateur à partir d'un cadre réglementaire national et l'enseignement n'est pas gratuit. Le paiement de l'enseignement est l'un des critères de différenciation entre l'enseignement du privé et celui du public.

A l'inverse, nous pouvons dire que l'enseignement public regroupe toutes les institutions d'enseignement de différents cycles et types créées, contrôlées et

gérées directement par l'Etat ou les pouvoirs publics. Par principe et selon la réglementation dans chaque pays, l'enseignement public est gratuit même si dans certains pays comme la RDC, ces établissements exigent des ménages le paiement des frais d'inscription, des frais de scolarité et d'autres frais en complément des subventions publiques pour contribuer à leur fonctionnement. Par ailleurs, quelle que soit la définition qu'on peut donner à l'enseignement privé et à celui du public, il est important de relever et de savoir qu'en réalité, on ne devrait pas parler ni d'enseignement privé, ni d'enseignement public; mais plutôt et respectivement de « gestion privée » et de « gestion publique » de l'enseignement, étant entendu que l'enseignement par essence est un service public d'intérêt collectif, réglementé et régulé par l'Etat et les pouvoirs publics. Dans ce contexte bien défini, le vocable enseignement supérieur prend en compte les établissements qui offrent un enseignement post-secondaire<sup>1</sup>, n'ayant pas le statut d'universités, autrement dit des établissements non universitaires, c'est-à-dire qui ne sont pas des centres de formation ou des composantes (établissements) à part entière d'une université. Dans cette catégorie d'établissements nous avons les écoles, les instituts et les centres. Cependant, le terme enseignement universitaire prend en compte les établissements d'enseignement et de recherche qui appartiennent aux universités, à savoir les facultés, les instituts, les écoles et les centres. Au sens de cette distinction l'ESU englobe les établissements d'enseignement publics et privés post-secondaires universitaires et non universitaires. C'est ainsi que ce sous-secteur de l'enseignement en charge des études post-secondaires s'appelle enseignement supérieur en RC et enseignement supérieur et universitaire en RDC.

• **Transnational**

Le concept de transnational, synonyme de transfrontalier dans ce contexte, renvoie à des échanges formels ou informels de biens ou de services de diverses natures au-delà des frontières nationales de plusieurs pays, par exemple les échanges commerciaux, socioculturels, des services d'enseignement et de recherche entre la RC et la RDC. Ainsi, le terme « enseignement supérieur transnational désigne le déplacement des acteurs, des programmes, des fournisseurs, des cursus, des projets et des activités de recherche et des services liés à l'enseignement supérieur au-delà des frontières juridictionnelles d'un pays » (OCDE, BIRD/Banque Mondiale, 2007). L'ESUT est l'une des manifestations nettement observées de la régionalisation, la sous-régionalisation et donc de l'internationalisation de l'éducation. Il peut s'inscrire dans le cadre d'initiatives individuelles des enseignants et des étudiants ou dans celui des projets de coopération pour le développement et des programmes d'échanges. Dans le cadre de ce travail l'échange concerne principalement la mobilité des enseignants, des étudiants, des programmes et des prestataires publics et privés de l'ESU.

---

<sup>1</sup> Après l'obtention du Baccalauréat (BAC) de l'enseignement secondaire en RC, autrement appelé Examen d'Etat en RDC.

• **Qualité**

La qualité est un concept qui fait l'objet de plusieurs interprétations. L'absence d'une définition standard montre bien le caractère complexe et protéiforme de ce concept. Toutefois, pour ne pas verser dans un débat conceptuel injustifié ici, nous retenons l'idée que la qualité de l'ESU est un processus continu d'adaptation du système et des établissements aux objectifs de l'enseignement qu'ils se sont fixés et qui sont régulièrement évalués dans le cadre de la mesure de la performance. Ainsi, nous pouvons dire que la qualité de l'ESU est une combinaison des qualités des différents inputs ou variables du système de l'ESU, tels que les enseignants, les contenus des programmes de formation, les infrastructures, les étudiants, etc.

• **Intégration**

Nous pouvons dire que le mot intégration désigne l'action et l'effet d'intégrer ou de s'intégrer, c'est-à-dire de constituer un tout, compléter un tout avec les parties manquantes ou faire en sorte que quelqu'un ou quelque chose appartienne à un tout. Il renvoie à l'idée de se mettre ensemble ou de se réunir pour l'exercice d'une activité et atteindre un objectif donné. Il existe plusieurs types d'intégrations: politique, économique, commerciale, culturelle, etc. L'intégration économique est la forme la plus élaborée que peut prendre un accord commercial régional ou sous-régional. C'est un marché unique doublé de l'unification des politiques économiques et sociales. La CEEAC, la CDEAO, la CEN-SAD, la CEMAC, l'UEMOA, la SADEC, l'UMA, le COMESA, la CAE, l'IGAD, la COI (UNESCO, 2017) constituent aujourd'hui les onze formes ou organisations les plus élaborées et actives d'intégration politique, économique et commerciale régionale et sous-régionale en Afrique.

## **2. Atouts de l'enseignement supérieur et universitaire transfrontalier des deux Congo**

Il s'agit ici de présenter les enjeux du modèle de ETESU-2C que nous proposons et du potentiel qu'offre le secteur privé de l'ESU pour le développement de cet espace.

### **2.1. Modèle ETESU-2C**

De l'avis de tous les acteurs des systèmes éducatifs de la RC et la RDC, nous affirmons qu'il existe d'importants échanges croisés dans le domaine de l'ESU entre ces deux pays. Ces échanges se déroulent soit dans un cadre formel (accords institutionnels) entre les deux Etats, les établissements publics et privés, tel que l'accord de partenariat signé entre l'Institut de Gestion et de Développement Economique (IGDE) implanté à Brazzaville et l'Université du CEPROMAD



(UNIC) de Kinshasa, ou soit dans un cadre purement informel. Dans ce dernier cas, on observe que des nombreux citoyens des deux pays prennent des initiatives individuelles pour aller se former respectivement dans l'un ou dans l'autre Congo. Toutefois, nous considérons que ces échanges ne se fondent sur aucune philosophie, aucune politique, encore moins sur aucun instrument conjoint de gouvernance de cet enseignement. Au moment où le discours sur l'intégration régional ou sous-régional, sinon sur l'intégration des économies transnationales, disons-nous, est toujours d'actualité nous estimons que le modèle ETESU-2C devrait être un instrument de renforcement des capacités nationales de l'ESU et de facilitation d'une intégration effective des deux Congo. Autrement dit, l'ESU est un vecteur d'intégration et de coopération effective entre les nations.

A entendre les discours des décideurs politiques, l'amélioration de la qualité de l'ESU demeure un objectif de premier plan retenu dans les politiques publiques des systèmes éducatifs en RC et RDC. Nous convenons avec bon nombre d'experts que la coopération est un moyen parmi tant d'autres qui peut aider à approcher, voire à atteindre cet objectif. A cet effet, les acteurs des systèmes éducatifs de ces deux pays peuvent saisir l'opportunité qui leur est offerte par la nature (rapprochement géographique des deux pays et culturel de leurs peuples), en vue de développer une véritable et dynamique coopération transfrontalière en matière d'ESU. C'est dans cette optique que nous lançons l'idée de la construction de l'ETESU-2C. Il ne s'agit pas, pour ces pays, de copier un quelconque modèle occidental, mais plutôt d'exploiter les connaissances et les expériences mondiales permettant de concevoir des solutions adaptées aux contextes locaux (contextualisation). Si aujourd'hui les deux Etats affichent leur volonté politique pour construire le pont sur le fleuve Congo, reliant leurs capitales respectives, alors nous sommes persuadés qu'ils peuvent aussi emboîter le pas sur la coopération en matière éducative. Cette idée novatrice que nous formulons constitue une approche de la gouvernance et de l'amélioration de la qualité de l'ESUT entre la RC et la RDC. Ainsi, l'ETESU-2C doit avoir une mission, des objectifs, des défis majeurs et des piliers que nous exposons ci-après. D'autres questions importantes, telles que sa structuration, sa gouvernance, etc. pourraient faire l'objet d'une réflexion qu'entreprendrait éventuellement l'ensemble des acteurs concernés de cet espace.

**• Mission et objectifs de l'ETESU-2C**

Qu'elle suscite l'engouement ou la résistance, qu'elle soit érigée en modèle ou critiquée avec véhémence, il est certain que l'idée originale de construire l'ETESU-2C, qui se veut à la fois comme un espace éducatif et un instrument de gouvernance des systèmes d'ESU des deux Congo, marquera tôt ou tard certains esprits. Nous pensons, qu'elle paraît être nécessaire pour l'avenir de ces systèmes, nonobstant le fait que sa force résiderait dans une démarche de régionalisation et d'internationalisation, mais qui pourrait amorcer celle de la coopération transfrontalière. Nous soulignons l'impérieuse nécessité de construire cet espace, pour deux raisons. La première, c'est le rôle actif et la responsabilité qu'il pourrait avoir dans le développement des systèmes éducatifs

nationaux. La seconde, c'est le fait qu'il constituerait un embryon dans le processus de régionalisation de l'ESU en Afrique.

La mission à assurer et les objectifs à atteindre constituent les fondements existentiels de toute organisation ou de tout projet. Ils permettent de donner un sens et un contenu aux actions à entreprendre. En mettant en exergue l'idée que l'internationalisation ou la régionalisation de l'économie de la connaissance devient un impératif pour les pays qui aspirent à l'amélioration de la qualité de l'ESU, nous pensons que l'ETESU-2C remplirait une double mission, à savoir; rapprocher les systèmes d'ESU et dynamiser la coopération académique des deux Congo. Dans ce cadre, il pourrait s'assigner plusieurs objectifs, pouvant être déclinés en actions à mener. Les objectifs que nous avons épinglé dans ce cadre sont:

- favoriser le partenariat inter-établissements publics-privés et la coopération étatique transnationale en matière d'ESU et de la recherche;
- créer et soutenir des réseaux transnationaux des centres de formation de recherche;
- établir des partenariats avec les organisations internationales, régionales et/ou sous régionales d'enseignement et de recherche, telles que l'UNESCO, l'AUF, le CAMES, etc. pour tirer profit de leurs expériences et expertises en matière de gouvernance et d'assurance qualité de l'ESU;
- établir et promouvoir un système commun d'assurance qualité en s'appuyant sur les référentiels existants des institutions régionales et/ou sous-régionales, tels que ceux du CAMES et de bien d'autres organisations;
- mutualiser les moyens, initier et développer des projets de formation et de recherche;
- élaborer et diffuser des outils de formation et des supports pédagogiques;
- favoriser la mobilité des enseignants et des étudiants dans le cadre des projets inter-Etats et/ou inter-établissements;
- initier et promouvoir des modes de gouvernance des établissements en lien avec la qualité de l'enseignement.

Nous considérons que les acteurs publics et privés des deux rives du fleuve Congo comprendront aujourd'hui ou demain que la sous-régionalisation, la régionalisation et l'internationalisation de l'ESU doivent commencer par la volonté de renforcer ou de favoriser la coopération éducative transfrontalière. Ainsi, cette dynamique d'ensemble pourrait susciter des efforts d'amélioration continue et durable de la qualité. Nous les invitons à adhérer à cette initiative afin de mutualiser les expériences et de profiter des énergies conjointes de leurs économies respectives pour trouver ensemble des solutions réelles à la problématique de l'amélioration de la qualité de l'ESU, pour que ce dernier soit un véritable vecteur du développement national. Cette invite à la coopération transfrontalière nous pousse à dire qu'au lieu d'aller chercher l'eau bénite si loin à Lourde à des milliers de kilomètres de la RC et

de la RDC, autant aller la puiser rapidement à côté, à Nkamba<sup>2</sup>. Là-bas aussi on trouve la même eau qui procure la guérison miraculeuse. Dans le cadre de cette communication, nous considérons que l'idée de construire l'ETESU-2C serait une solution qui garantirait la qualité de l'ESU des deux Congo.

• **Défis majeurs et piliers de l'ETESU-2C**

La construction de l'ETESU-2C nécessite des Etats et des établissements de relever certains défis majeurs et de s'appuyer sur un certain nombre de piliers. Nous pouvons entendre par défi un problème ou une situation de grande envergure qui, une fois résolu, permet une avancée durable dans l'accomplissement de la mission d'une organisation. Au niveau des Etats nous pensons que six défis majeurs doivent être relevés, à savoir: la paix; la stabilité; la bonne gouvernance; la levée des barrières aux frontières pour les étudiants et les enseignants; la dépolitisation et l'élimination de l'emprise du pouvoir; la réaffirmation du rôle de l'Etat dans le développement de l'ESU.

Comme on peut l'imaginer, la participation à la construction d'un espace commun d'ESU nécessite des gouvernements partenaires un effort de paix, de stabilité ainsi que de la bonne gouvernance économique et politique. Ces dernières décennies ont été marquées par des conflits sociopolitiques dévastatrices et/ou de l'instabilité politique/économique. Les deux Congo ont vraiment besoin de se familiariser avec la culture de paix et de prévention des conflits, de respecter le modèle démocratique de gouvernement puis d'assurer une bonne gouvernance. Ces mesures diminueront la probabilité d'insurrections et de guerres inutiles entraînant souvent la destruction des infrastructures (sociales, éducatives, économiques) et l'amoindrissement des occasions d'investissement.

Malgré la proximité des deux capitales politiques séparées par le fleuve Congo dont la traversée ne prend que cinq à dix minutes maximum par canot rapide, on observe cependant des obstacles, des tracasseries sinon des difficultés pour effectuer un voyage de part et d'autre du fleuve. C'est pourquoi, il s'impose aux Etats et aux pouvoirs publics des deux pays de tout mettre en œuvre pour éliminer ces tracasseries et de lever les différentes barrières aux frontières pour faciliter et permettre la libre circulation et le séjour des étudiants et des enseignants. Personne ne peut ignorer que les barrières aux frontières constituent un frein au développement de l'ETESU-2C et donc de l'intégration transnationale. Depuis sa création, l'université en Afrique, particulièrement l'université publique, a toujours été un lieu d'affirmation et d'expression politique. En Afrique en général, on observe que les universités sont généralement à la solde des politiciens du pouvoir en place et de ceux de l'opposition. Comme le dit B. Mumpasi Lututala (2012), il est courant de constater que les partis politiques manipulent les mouvements syndicaux des personnels et des étudiants pour faire passer leurs idées, pour élire

---

<sup>2</sup> Du nom de la célèbre cité sanctuaire et mythique de l'église Kimbanguiste qui se trouve dans la province du Bas Congo en RDC.

un candidat à une fonction au sein de l'établissement. De même, il arrive souvent que les mouvements ou les revendications légitimes se transforment en luttes ou clivages politiques entre différentes communautés et entraînent parfois la formation des lobbys au sein des établissements.

En parlant des établissements publics, les universités étant les vitrines des pays en Afrique, autrement dit des micro-représentations des Etats, regorgent des sensibilités culturelles et politiques de tout bord. Pour reprendre l'expression de L. Ngwé et al. (2006), « l'université devient un sanctuaire des luttes politiques, au double sens de lieu sur lequel (et autour duquel) se noue et se médiatise le débat public et de lieu où se jouent les affrontements politiques... ». On observe parfois que l'affrontement politique se tourne en lutte sur la représentativité du pouvoir dans les instances de l'université, mettant en scène des rapports de forces. Ainsi, le parti ou les groupes des partis politiques au pouvoir exercent une pression et une influence sur l'université, telles que les nominations des dirigeants, la gestion des mouvements syndicaux, etc. Le pouvoir en place a généralement une grande emprise sur la gouvernance des établissements publics.

Il est courant de constater que dans plusieurs pays en développement, ceux d'Afrique francophone en particulier, les personnalités qui sont à la tête des universités publiques ont le germe de l'obédience politique du parti au pouvoir. Autrement dit, les Présidents, les Chanceliers, les Recteurs, les Vice-recteurs, les Secrétaires généraux, les Doyens, les Directeurs, etc. sont pour la plupart nommés par le pouvoir en place en raison souvent de leurs appartenances et/ou opinions politiques, mais cela ne signifie nullement que ces nominations ne tiennent pas compte de leurs compétences ou de la qualité de leur travail. Connue de tous, cette réalité est largement évoquée dans la littérature par plusieurs auteurs comme D. Teferra et H. Greijn (2010). Les décisions sont souvent le reflet des instructions venant du pouvoir en place. Nous pensons que dans le contexte de la régionalisation sinon de l'internationalisation de l'économie de la connaissance, l'espace universitaire doit être dépeint des velléités politiques de tout genre et que l'emprise politique doit être éliminée, parce que cela est source d'instabilité et de contreperformances des établissements et de tout le système.

De nombreuses personnalités politiques et universitaires africains, comme J. Igwe, reconnaissent sans détour que la politisation de l'université a porté un grand coup à la qualité de la formation et de la recherche scientifique. L'enseignement est et doit toujours être considéré comme un service public. Il ne doit pas être à la solde des politiciens pour leurs intérêts partisans et/ou des marchands des diplômes. Dans le même sens, les établissements publics ne doivent pas se transformer en simples prestataires de services en course dans la recherche des financements sous prétexte de l'autonomisation. L'Etat se doit de réaffirmer son double rôle de régulateur et de porteur de financement. Le développement de l'ESU en Afrique ne peut se faire que grâce à l'importante implication et contribution financière des Etats. Ceux-ci doivent aussi réaffirmer leur rôle en

favorisant le développement du secteur privé de l'ESU par la mise en place d'un cadre réglementaire propice à cette évolution, mais aussi en élaborant des mesures incitatives visant l'amélioration de la qualité. Comme c'est le cas dans la plupart des pays africains et du reste du monde, les établissements d'enseignement supérieur et universitaire des deux Congo sont aujourd'hui confrontés à des multiples défis qui nécessitent d'être pris en compte dans la construction de l'ETESU-2C. Visiblement, certains concernent l'amélioration des structures (cadre de travail et d'études) et le renforcement des capacités d'encadrement des étudiants, d'autres renvoient à la maîtrise de l'évolution des effectifs des étudiants, etc. Nous pensons que pour les systèmes considérés dans leur ensemble, cette évolution crée des conditions favorables pour la concentration des efforts vers une amélioration de la qualité après une longue période dominée par la recherche de réponses aux problèmes quantitatifs. Dans un autre ordre de préoccupations, les défis portent sur l'amélioration et l'harmonisation des modes de gouvernance et de management des établissements ainsi que d'organisation des cursus et des études. L'amélioration de la gouvernance des établissements publics et privés de l'ESU nécessite de mettre en place des systèmes qui leur accordent plus d'autonomie et les mettent à l'abri de l'influence des choix politiques. Cette autonomie de fonctionnement n'empêche pas que les établissements reçoivent des financements ou des avantages de l'Etat et des pouvoirs publics, mais exige plutôt une intervention très minime de leur part surtout dans ceux du secteur public.

L'amélioration de la gouvernance peut par exemple consister à faire en sorte que les représentants du monde académique, les étudiants, les anciens diplômés, les autorités politiques, le secteur privé, la société civile, les organisations professionnelles et de financement soient équitablement représentés au sein des instances de décision, notamment dans les Conseils d'administration. Cela va susciter une synergie de moyens et de forces concourant au renforcement de la performance de ces établissements. On parlera alors de gouvernance synergique. C'est à ces instances élargies qu'il doit revenir la charge de nommer les différents responsables en complément d'un système de désignation par les pairs pour certains postes et de prendre les décisions stratégiques pour le développement des établissements. Concernant l'organisation des cursus de formation et des études, Il y a lieu de noter l'importance des efforts d'harmonisation introduits par le processus de Bologne adopté dans les deux pays.

Nous ne saurions omettre de mentionner le défi lié au développement des TIC. En effet, les TIC et particulièrement l'Internet restent à la mode et bouleversent les habitudes des populations. Leur essor a opéré au cours de la dernière décennie une transformation radicale dans le monde éducatif. Elles présentent un potentiel pour promouvoir des nouvelles pédagogies et modes d'apprentissage, encourager l'ouverture et l'innovation, diversifier l'offre tout en améliorant sa qualité. Elles offrent aux apprenants une occasion unique d'acquérir et d'approfondir des connaissances et des compétences à tous les niveaux d'éducation. Plus particulièrement dans l'ESU, les initiatives se multiplient et les établissements à

travers le monde accroissent significativement leurs offres de formation en ligne. Les récentes initiatives, notamment le développement des formations ouvertes à distance et des cours en ligne ouverts et massifs lancés par certaines universités africaines avec le soutien des universitaires partenaires des pays développés et des organisations internationales, telle que l'AUF, soutenue par ses campus numériques francophones bouleversent progressivement le modèle de l'ESU dans le monde. Les pays d'Afrique subsaharienne ont bien compris l'importance des TIC. Mais, en raison de son retard ou sa faible technologie, cette région du monde n'exploite pas suffisamment les nombreuses opportunités que présentent les TIC pour l'enseignement et la recherche ainsi que pour la gouvernance et l'amélioration de la qualité de ces systèmes.

Nous rappelons aussi le défi d'adaptation des objectifs de qualité de l'enseignement à ceux de l'employabilité. Sur ce point, il semble nécessaire d'entamer un dialogue sincère quadripartite, c'est-à-dire entre les établissements, les pouvoirs publics, les entreprises et les organisations professionnelles, en vue d'insérer les programmes de formation dans de réels projets de développement économique national. Ainsi, dans leurs relations avec les entreprises, les établissements de l'ESU affirmeraient leur vocation à participer au développement économique et social par le biais de la formation initiale et continue, des projets de recherche-développement et d'innovation technologique ainsi que de promotion de l'entrepreneuriat étudiant. L'ESUT peut être un levier d'émergence d'une économie de la connaissance efficace au service du développement national. Dans cette optique, les gouvernements et les établissements des deux Congo doivent œuvrer à bâtir cet espace en s'appuyant sur un certain nombre de piliers. Nous en avons retenu quatre dans le cadre de ce travail, à savoir: la formation doctorale; le partenariat inter-établissements; les établissements de référence et la diaspora africaine.

La promotion des programmes de formation doctorale permet de mobiliser l'intelligentsia des deux pays et/ou de la sous-région d'Afrique subsaharienne et de renforcer les capacités en matière de génération de connaissances ainsi que d'encadrement. Le fait que la formation doctorale constitue en quelque sorte une épine dorsale de l'ESU, son absence ou sa faiblesse constitue un frein pour le développement de l'ETESU-2C. Afin de promouvoir le développement de l'ESUT, il convient d'encourager plus la formation des enseignants au niveau local, ce qui permet d'inclure une composante culturelle et historique dans la mission d'enseignement. Le développement des programmes de formation doctorale visant la formation des enseignants au niveau local repose sur des facteurs à la fois pratiques et économiques. Une formation locale coûte beaucoup moins cher qu'une formation à l'étranger. Au niveau local, les programmes d'études supérieures encouragent également les jeunes professionnels brillants à poursuivre des études doctorales tout en travaillant et en restant près de chez eux et de leurs familles.

Le développement des partenariats inter-établissements constitue également un moyen efficace de développement de l'ESUT entre la RC et la RDC. Dans cette

optique, comme nous l'avons déjà indiqué, la proximité des deux pays à travers leurs capitales respectives constitue une opportunité. Ces pays peuvent développer une multitude de partenariats pour rattraper plus rapidement leur retard, notamment à travers l'échange d'enseignants et d'étudiants, la double diplomation, la co-diplomation et la délocalisation de tout ou partie des programmes de formation entre établissements des deux pays. Ces options se développent dans plusieurs pays, notamment avec l'arrivée de plusieurs institutions de renom sur le continent, à l'exemple de l'Ecole de Finance et de Management de Francfort (Allemagne) en RDC, de China Europe International Business School (CEIBS/Shanghai) au Ghana, de Bordeaux Ecole de Management (BEM/France) au Sénégal et de l'Université Carnegie Mellon des Etats-Unis au Rwanda, pour ne citer que ces établissements.

Les deux Etats devraient identifier les établissements d'enseignement et les centres de recherche de référence et s'appuyer sur leurs expériences et expertises. Cette démarche entre les deux pays permettrait de remédier aux capacités extrêmement limitées du sous-continent en matière de formation, de recherche et d'innovations pédagogiques et technologiques. La dynamisation des établissements de référence, notamment par la collaboration entre Etats, reste le meilleur moyen pour développer rapidement des établissements d'excellence et performants dans l'espace transfrontalier. Par ailleurs, les pays africains en général et les deux Congo en particulier doivent exploiter davantage le potentiel de leur importante diaspora pour soutenir le développement de l'ESU. Dans un article de Performance Group (2013), l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM) indique que « plus de 300000 spécialistes africains habitent à l'extérieur et d'autres hautement qualifiés quittent le continent chaque année sans la garantie de revenir ». Ces dernières années, l'image de l'Afrique s'est améliorée avec l'intérêt croissant pour le continent considéré comme le vivier de la croissance économique mondiale. Dans la ruée vers l'Afrique, on note de plus en plus des migrants et/ou des expatriés africains compétents et qualifiés qui retournent s'y établir ou œuvrent davantage au développement du continent tout en restant à l'étranger. L'exploitation de ce potentiel permet de soutenir le développement de l'ESU ainsi que de la recherche. En effet, les meilleures sommités africaines de la diaspora dans les différents champs de l'ESU et de la recherche sont aujourd'hui demandeuses d'initiatives et attendent des soutiens tant publics que privés pour se rendre plus utiles au progrès du continent.

### ***1.2. Potentiel du secteur privé et développement de l'ESUT***

Dans ce qui suit, nous examinons de la contribution du secteur privé au développement de l'ESU en RC et RDC. Il s'agit de relever ses atouts et d'indiquer les actions de politique publique à entreprendre pour mieux l'associer à la marche vers le développement d'un enseignement répondant à l'impératif international de qualité.

• **Atouts de l'enseignement supérieur et universitaire privé**

L'observation active du fonctionnement de l'ESU privé en RC et RDC, nous permet de relever plusieurs atouts majeurs, parmi lesquels nous avons retenu quatre dans le cadre de cette communication, à savoir: la complémentarité avec le secteur public; l'autonomie et la réactivité; la diversification et l'adaptation de l'offre; la transparence des actions et des résultats.

Comme nous pouvons l'observer, dans la plupart des pays en Afrique subsaharienne, tels que la RC et la RDC, le transport urbain à défaut d'être assuré totalement par le secteur privé est complété par ce dernier. Ainsi, en RC et en RDC l'enseignement public est en perte de vitesse, voire défaillant. Il n'est à ce jour pas toujours capable de répondre à la demande de plus en plus croissante d'année en année, tant au niveau de l'accès que de la qualité. Vu sous cet angle, l'enseignement privé (primaire, secondaire, supérieur et universitaire) a pris le relais pour pallier ces défaillances. Autrement dit, même s'il est considéré comme un concurrent de taille par certains observateurs, force est de dire que l'enseignement privé complète l'enseignement public et apporte un souffle puis soulage le système éducatif. Comme pour paraphraser J.R.B. Itoua (actuel Ministre de l'enseignement supérieur de la RC) en reprenant ses propos prononcés à l'occasion d'une rencontre qu'il avait eu avec les promoteurs et dirigeants des EPES à Brazzaville en 2017, l'enseignement supérieur privé est la locomotive qui doit tirer l'enseignement supérieur public vers un enseignement de qualité. Ainsi, la complémentarité entre les deux secteurs peut améliorer le niveau éducatif d'un pays et la qualité de l'enseignement.

L'efficacité relative des établissements privés est un atout important dans la dynamisation du système éducatif et l'amélioration de la qualité de l'enseignement. En effet, l'autonomie financière et managériale permet au secteur privé d'avoir une meilleure efficacité interne pour mieux mobiliser et combiner les ressources disponibles, en vue d'atteindre les objectifs et réaliser les meilleurs résultats. Aussi, la réactivité des promoteurs ou des dirigeants des établissements privés permet de saisir plus facilement et rapidement des opportunités diverses qui peuvent se présenter en termes de projets, de partenariats, de financements, etc. La mise en concurrence et la nécessité d'un équilibre des coûts sont autant des facteurs qui incitent les structures privées à améliorer leur efficacité. Nous pensons en plus que la volonté politique de créer un environnement propice à la concurrence favoriserait le dynamisme et l'innovation des établissements du secteur privé et de celui du public. Cela amènerait sans doute les établissements des deux secteurs à veiller à leurs équilibres budgétaires et à optimiser leurs rendements. En plus, comme on peut l'observer, il est possible de penser que la part affectée aux salaires, souvent plus faibles dans les établissements privés, laisserait une bonne marge de manœuvre et de volonté à mobiliser des fonds pour réaliser des investissements (partenariats, infrastructures, équipements et matériels divers, bibliothèques, laboratoires, etc.) porteurs de qualité.



Corollaire avec la réactivité que nous venons de présenter ci-dessus, l'enseignement privé a la capacité de s'adapter aux besoins et préférences de la société, des étudiants ainsi que du marché du travail, offrant ainsi une plus grande diversité de choix dans les programmes de formation. Contrairement à l'enseignement public, qui est une structure lourde avec des enjeux politiques de toute nature, l'enseignement privé peut se consacrer librement et entièrement à répondre à une demande précise et à se focaliser sur les résultats. Le privé est donc à même de mieux s'adapter à l'évolution de la demande de formation et de recherche et à celle de partenariat. Il est susceptible d'expérimenter et d'intégrer rapidement des innovations pédagogiques. Par exemple en RC, de nombreux établissements privés ont introduit d'importantes innovations dans leurs systèmes, en matière de gouvernance, de gestion et de formation, à savoir:

- la création de programmes de formation spécialisés et spécifiques uniquement pour les travailleurs, sanctionnés par des diplômes reconnus par l'Etat<sup>3</sup>;
- la mobilisation des enseignants missionnaires de haut niveau et expérimentés dans des réseaux internationaux de recherche pour dispenser des enseignements et encadrer les travaux de recherche via l'utilisation des TIC;
- l'évaluations des connaissances et correction des copies d'examen via l'utilisation des TIC;
- l'informatisation de la gestion scolaire et paiement des frais de scolarité via transferts électroniques.

Enfin, dans les établissements privés, on observe une réelle implication de différentes parties prenantes, ce qui peut améliorer la pertinence et la qualité de l'offre. En effet, dans ces établissements, l'exigence de la transparence aidant, à travers les mécanismes simples mis en place, le personnel (administratif et enseignant) doit rendre compte de ses actions et résultats au dirigeant, qui lui-même, doit à son tour en rendre compte aux différentes parties prenantes (Etat, pouvoirs publics, actionnaires ou associés, partenaires, parents, étudiants). Cette forme de contrôle direct exercé par les parties prenantes serait susceptible d'améliorer les performances de ces établissements.

#### **• Politique publique en faveur du secteur privé**

Connaissant bien les opportunités et les atouts potentiels que présente le secteur privé, le soutien aux opérateurs non gouvernementaux dans le cadre d'une politique publique conçue autour du partenariat public-privé peut apparaître comme une stratégie d'améliorer l'investissement dans le capital humain et de renforcer les performances de l'ESU des deux Congo. La réflexion sur cette question ne date pas seulement d'aujourd'hui, même si dans la plupart des pays en

---

<sup>3</sup> Par exemple, l'Institut de Gestion et de Développement Economique (IGDE), basé à Brazzaville, qui a créé le Diplôme d'études supérieur de management (DESPM)

Afrique subsaharienne, elle ne trouve toujours pas un écho favorable du côté des gouvernements, nonobstant quelques minimes efforts faits par ces derniers dans certains pays. Nous trouvons ici le juste moment, pour ne pas dire le juste milieu (de la recherche), pour remettre ce débat sur la place publique. D'ailleurs, la Banque Mondiale et la Société Financière Internationale avaient déjà initié en premier cette réflexion et proposer aux décideurs politiques et économiques d'explorer cette voie pour développer et moderniser l'ESU privé en Afrique subsaharienne. C'est aussi le rôle des chercheurs d'exhumer ou de réactiver des débats. Bien que les acteurs financiers nationaux et internationaux (organisations, banques, groupes privés, etc.) comprennent l'intérêt de soutenir le secteur privé de l'enseignement, à quelques exceptions, dans l'ensemble ils demeurent toujours très réticents surtout dans les pays en développement d'Afrique subsaharienne, du fait de l'instabilité politique, l'absence de garanties des acteurs privés, etc.

Toutefois et dans cette optique, les acteurs clés du système éducatif se mettraient ensemble et interagiraient à travers un mécanisme et des actions spécifiques pour soutenir et accompagner l'ESU privé de sorte qu'il puisse contribuer au développement de l'ensemble du système. Six acteurs sont donc ciblés, à savoir: les établissements privés, les banques et les autres organismes financiers, les entreprises et les administrations, les ménages, les étudiants, l'Etat et les pouvoirs publics (maîtres d'œuvre de cette politique d'appui). Dans cette perspective, l'Etat et les pouvoirs publics doivent intervenir en:

- incitant les banques à prêter aux acteurs privés de l'enseignement;
- incitant les entreprises à contribuer au processus de formation par les stages;
- encadrant et en aidant les opérateurs privés de l'enseignement par des subventions ou certains avantages (exonérations ou gratuités diverses);
- soutenant les ménages afin d'avoir la possibilité d'inscrire leurs enfants dans les établissements privés;
- octroyant des aides et/ou des avantages multiformes aux étudiants qui présentent des projets d'étude ambitieux sur le plan professionnel ou de la création d'entreprise;
- accompagnant les étudiants dans le processus de formation par des aides multiformes.

Les banques doivent alors jouer leur rôle auprès des opérateurs privés et des ménages pour qu'au travers des prêts, elles leur permettent de réaliser respectivement des investissements et obtenir les ressources pour financer les études de leurs enfants. Pour arriver à un système éducatif privé harmonieux, un certain nombre de soutiens particuliers pourraient être envisagés. En fin de compte, étant donné les interactions importantes entre les divers acteurs ciblés sur cette question, ainsi que les différences entre les pays, une approche systémique et contextuelle devrait être envisagée. Néanmoins, il est nécessaire de distinguer les soutiens divers à l'endroit de chacun des acteurs.

D'abord, l'Etat et les pouvoirs publics en tant que « chef d'orchestre » dont les objectifs sont à la fois l'amélioration de l'accès, de la qualité, de l'équité et de la soutenabilité financière de son système éducatif doit pouvoir à la fois encadrer et inciter le développement de l'enseignement privé en général et de celui de l'ESU en particulier. Etant donné la nature imparfaite du marché de l'éducation, il ne peut y avoir de développement véritablement efficient de l'initiative privée d'enseignement sans que l'Etat lui-même ne s'y implique pleinement. Cela induit que des appuis aux structures privées peuvent se révéler nécessaires. Au niveau stratégique, l'Etat devrait pouvoir intégrer l'enseignement privé dans sa politique éducative globale et lui attribuer une place formellement définie et des objectifs de performance. Un véritable partenariat devrait être instauré. Le rôle et les responsabilités de chacun des acteurs devant être clairement définis. L'Etat pourrait ainsi cibler certains de ses soutiens à l'enseignement privé afin de remplir ses objectifs sociaux. Pour ce faire, il devrait envisager l'élaboration d'un cadre d'incitations global. A cet effet, un régime de subvention approprié, une réglementation positive ainsi que des dispositions fiscales claires, simplifiées et appropriées incitatives pourraient être adoptées au bénéfice des opérateurs privés. Concernant l'environnement financier, des incitations aux prêts garantis par un fond public et des avantages financiers ou en nature à l'enseignement privé pourraient être mis en place pour l'encourager à répondre aux besoins de la société. Par exemple, en ce qui concerne les avantages, l'Etat peut envisager l'exonération des établissements privés de certains impôts et taxes considérés d'inappropriés et farfelus (en RC par exemple, les établissements privés paient la patente, la taxe d'occupation des locaux, etc.), des taxes douanières à l'importation des équipements et des matériels didactiques et pédagogiques; accorder la gratuité de la consommation d'eau et d'électricité ou des remises ou alors des tarifications spécifiques sur les quittances de consommation de certains biens et services (eau, électricité, Internet), etc.

Toutes ces dispositions permettraient un meilleur développement des établissements, et par conséquent celui de l'ensemble du système de l'ESU. Tout cela, considérons-nous, nécessiterait des opérateurs privés l'obligation de se regrouper au sein d'une corporation représentative de défense non seulement de leurs propres intérêts, mais aussi de ceux de la société et des étudiants. Cette association jouerait également un rôle de catalyseur de bonnes pratiques et d'encadrement des membres, ce qui favoriserait l'autodiscipline de ces derniers. Elle veillerait à la bonne marche du secteur; serait l'interlocuteur auprès de l'Etat et des pouvoirs publics et assurerait la mise en relation des établissements avec d'autres partenaires du système. Sur ce point, les opérateurs de l'ESU privé en RDC, en particulier ceux des universités, sont regroupés au sein de l'AUPA. Ils sont en avance par rapport à leurs collègues du Congo qui traînent les pas, sinon peinent à mettre en place une structure, alors que de leur côté ceux des cycles primaire et secondaire sont regroupés au sein de la puissante CO.NA.P.E.P.CO. Cela va s'en dire que la présence d'une association des promoteurs des

établissements privés de l'ESU constituerait une force et son absence une faiblesse de ce secteur.

Le secteur privé de l'enseignement supérieur a un important besoin de capitaux pour son développement. Ainsi, un secteur financier performant et sensibilisé à l'intérêt d'investir dans ce domaine pourrait permettre de dynamiser et d'améliorer l'ESU privé. En effet, avec les aspects réglementaires, c'est le manque de ressources financières qui handicapent le plus le développement de ce secteur. Des appuis ciblés sur les banques pourraient aider à lever ces contraintes. Une phase pilote en termes de « projet d'appui au renforcement des capacités de l'enseignement privé » soutenu par l'Etat et ses partenaires stratégiques au développement, pourrait être envisagé. Ce projet ciblerait à la fois un nombre limité de banques et d'établissements privés sélectionnés par l'Etat et qui bénéficieraient des appuis de ce projet étatique sur la base des critères objectifs. L'Etat apporterait les garanties nécessaires et couvrirait donc les risques bancaires pour les établissements qui bénéficieraient d'éventuels prêts dans le cadre de ce projet. C'est là un moyen d'aider les banques à dépasser les craintes d'investir dans l'enseignement privé. Dès lors, un mécanisme d'accompagnement, de suivi, d'évaluation et de contrôle devrait être mis en place avec l'aide de l'Etat et de ses différents partenaires stratégiques au développement tels que l'UNESCO, l'AUF, etc., en collaboration avec les banques et les opérateurs privés de l'ESU.

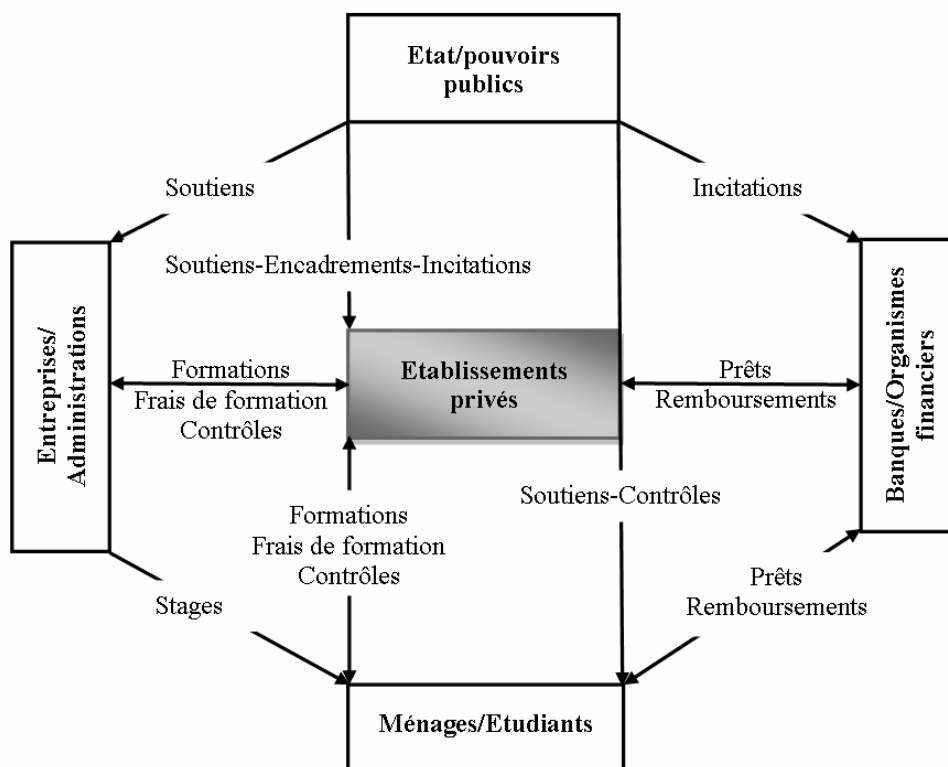
Hormis le soutien financier, nous observons aussi que les opérateurs de l'enseignement privé qui désirent et peuvent investir dans l'éducation ne bénéficient pas de soutiens techniques institutionnel. Ils ne sont pas accompagnés ou guidés dans leurs démarches pour ouvrir un établissement ou faire des demandes de prêts. Ils ne bénéficient que peu des expériences acquises par les autres opérateurs du secteur. Bien souvent, ils manquent de formation et d'outils. Ainsi, une vraie demande d'appui pourrait exister de la part de ces opérateurs, à plusieurs niveaux. Nous considérons qu'un dispositif d'accompagnement technique public ou parapublic en termes de montage de projets et de constitution des dossiers de création d'un établissement d'enseignement ou de demande de prêts pour les promoteurs; de formation pédagogique pour les enseignants, en management et en gouvernance pour les fondateurs, les dirigeants et le personnel administratif, etc. aurait une forte et large incidence sur le développement du secteur privé.

Une coordination avec le secteur professionnel permettrait une meilleure adaptation de l'offre de formation privée avec la demande du marché de l'emploi et un placement des étudiants en stage. La mise en place des réseaux transnationaux d'établissements dans le cadre de la construction de l'ETESU-2C pourrait encore permettre des économies d'échelles, une diffusion des innovations et une meilleure capitalisation des expériences acquises dans les deux pays en matière de formation et de recherche.

Par ailleurs, il est important que les établissements privés soient dotés des systèmes d'informations ainsi que d'outils de gestion et pédagogiques. En outre,

les entreprises privées ou publiques ainsi que les administrations publiques devraient s'investir pleinement à relever le défi de la qualité et non en se substituant aux opérateurs de l'ESU ou en se constituant comme ces derniers, mais plutôt en jouant le rôle de partenaires accompagnant les établissements privés dans le processus d'apprentissage. Cela est de leur intérêt, car elles sont d'ailleurs les destinataires, sinon les utilisateurs potentiels des produits qui sortiraient de l'enseignement privé. Ainsi, ce mécanisme et ces différentes actions conçus autour d'un dispositif efficace d'appui devraient favoriser et permettre l'éclosion de l'ESU privé de qualité en RC et RDC, comme l'illustre la figure ci-après.

Figure: Dispositif d'appui à l'enseignement supérieur privé



Comme nous pouvons l'observer sur la figure ci-dessus, les différents acteurs interagiraient dans le cadre d'un partenariat public-privé initié et soutenu par l'Etat et les pouvoirs publics. Ce partenariat nécessiterait la mise en place d'un mécanisme d'appui qui se traduirait par des actions multiples et diverses, à savoir: soutiens; incitations; encadrements; contrôles; prêts et remboursements; placements des étudiants en stage de formation; offre de formation et paiement des frais de formation. Ainsi, chaque partenaire jouerait son rôle dans ce dispositif jugé efficace.

## **Conclusion**

Relativement à l'approche de l'ETESU, nous retenons que l'idée soutenue ici est celle d'amener les acteurs du système éducatif de construire et de développer un Espace d'Enseignement Supérieur et Universitaire Transfrontalier entre les deux Congo, en mettant véritablement aussi à profit le potentiel qu'offre le secteur privé pour qu'il puisse contribuer et œuvrer efficacement pour le développement de l'enseignement de qualité dans cet espace. Etant donné que des échanges importants formels et informels existent bien dans le domaine de l'enseignement supérieur et universitaire entre les établissements des deux Congo, nous considérons que cette approche constitue, d'une part un instrument de vitalisation, de renforcement des capacités et de la qualité des systèmes éducatifs nationaux d'une part, et d'autre part un vecteur d'intégration sous-régionale et régionale effectif en Afrique. Dans sa perspective, nous estimons que cette communication ouvre la voie à des recherches plus approfondies, par exemple sur l'identification des pratiques de gouvernance, de gestion, de mesure des effets et de l'efficacité de l'enseignement supérieur transfrontalier ainsi que sur l'enseignement supérieur transfrontalier et l'intégration régionale en Afrique.

## **Références bibliographiques**

- Dessus, P., « Qu'est-ce que l'enseignement?: Quelques conditions nécessaires et suffisantes de cette activité », *Revue Française de Pédagogie*, INRP/ENS éditions, 2008, pp.139-158.
- Igue, J., Universitaire et ancien ministre béninois, « Le lourd tribut payé par l'université béninoise à la politisation et au mimétisme culturel. », [w.wathi.org/laboratoire/passarelle](http://w.wathi.org/laboratoire/passarelle)., consulté le 20 février 2017.
- Koulakoumouna, E., « Transport routier et effectivité de l'intégration régionale: enjeux et contraintes pour le développement durable au sein de la CEMAC », *Revue Humaniste et Entreprise*, N°309, 2012, Neuilly-Sur-Seine, pp. 61-84; Actes du 11<sup>ème</sup> AG, CODESRIA, Maputo, Mozambique, 2005.
- Mumpasi Lututala, B., « L'université et Kinshasa: « colline du savoir », colline des transactions », *Revue de l'enseignement supérieur en Afrique*, CODESRIA, Vol. 10, n°1, 2012, pp. 23-48.
- Najat Glabi, *L'enseignement transfrontalier dans les formations universitaires en administration des affaires. Une étude de cas* », Thèse de Doctorat en Psychopédagogie, Université Laval, Québec, 2010.
- Ngwe, L. et al., « L'université et les universitaires dans les mutations politiques et éducatives au Cameroun », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, 5/2006, pp.169-191, [www.cres.revues.org](http://www.cres.revues.org).
- OCDE, Banque Mondiale, *L'enseignement supérieur transnational. Un levier pour le développement*, 2008.
- OCDE, BIRD/BANQUE MONDIALE, *L'enseignement supérieur transnational*, 2007, p. 11.
- Performance Group, « L'éducation en Afrique subsaharienne: Panorama, problématiques et défis », Avril 2013, p. 19, [www.performancesgroup.com](http://www.performancesgroup.com)., consulté le 28 février 2017.
- Rugengande, J., *L'enseignement privé au Rwanda*, Académia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2010, p. 34.

- Teferra, D., Greijn, H., Université de Maastricht (MUNDO), Enseignement supérieur et mondialisation: Défis, menaces et opportunités pour l'Afrique, Maastricht, 2010, p. 54.
- UNESCO, [www.unesco.org/new/fr/africa-department/regional-integration/sub-regional-organisations/](http://www.unesco.org/new/fr/africa-department/regional-integration/sub-regional-organisations/), consulté le 12 octobre 2017.
- UNESCO, Données mondiales de l'éducation, Ed. 7, 2010.
- UNESCO, Les lignes directrices pour des prestations de qualité dans l'enseignement supérieur transfrontalier, Paris, 2006.
- UNESCO.IIPE, Marchandisation de l'enseignement supérieur: l'impact de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) », Paris, septembre 2012.
- Vincent-Lancrin, S., L'enseignement supérieur transnational: un nouvel enjeu stratégique?, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2008/2 n39, pp. 67-86.
- Vinokur, A., « La Banque mondiale et la politique d'ajustement scolaire dans les pays en voie de développement », Tiers Monde, 28 (112), 1987, pp. 919-934.

# CLAIMING ESTATE. ANALYSIS OF INTERNATIONAL EXPERIENCES

Loredana Adelina PĂDURE\*

**Abstract:** *Return of confiscated by totalitarian regimes was accomplished in many of those countries whose political and legal situations were different in various ways both in terms of starting this process and legislative solutions adopted. In some countries, legislation has always remained incomplete - Poland and Ukraine have enacted laws currently no restitution to individuals - and in the case of the former Yugoslavia, the process has been greatly hampered by the war in the 90s. Among the countries that have closed down the subject is Moldova and Hungary, but Poland gave away the most money.*

**Keywords:** *property restitution, restitution model, compensation model*

## 1. Countries from the first wave of EU accession

The return of property confiscated by totalitarian regimes was accomplished in many of those countries whose political and legal situations were different in various ways both in terms of starting this process and legislative solutions adopted.

Remedies followed two main models: that of restitution and the compensation. The re-allocation seeks restitution of confiscated property in kind, compensation is only possible in cases where reassignment is not possible in nature. This model was applied in Czechoslovakia and East Germany in a combined form of restitution and compensation. The compensation requires the return of the property only in a limited number of cases, in most cases the former owners will receive compensation for loss of property in the form of cash, shares, bonds or vouchers. This model was applied in Hungary. Regardless of the method of compensation in kind or by offsetting differences in restitution process in the countries concerned, such as the amount of compensation, eligibility of applicants, protecting tenants from properties that had returned, institutional organization decentralized or not restitution. (Mung-Pipidi Alina and Laura Stefan (2011))

Poland is currently the only country in the region (except Romania) has not resolved the issue of property restitution, and this despite the fact that in Poland the volume of confiscated property was much lower than in neighboring countries. It was nationalized industry in particular, but less residential buildings and collectivization of farmland was abandoned in 1956 and has not exceeded 10% of

---

\* Lect. Univ. PhD. Hyperion University, Bucharest.



the total. Although over the years, there have been legislative proposals, none of them has managed to gather the necessary political support, the only way that the previous owners and property being recovered through normal judicial processes.

During 1990, Poland adopted a law to provide for the return of property owned before the war by Poland's major religious organizations. Legislation has established five separate committees made up of representatives of the government and affected communities to process refund requests. The Catholic Church has acquired approximately 2,000 properties, 210 Lutheran Church and the Orthodox Church eight. In some cases, churches have received compensation instead of the property itself.

The law governing restitution of communal property Hebrew came into force in May 1997. Because of the large number of properties and the small size of the Hebrew community in Poland, the Community has sought the support of the World Organization restitution Hebrew (WJRO).

The Polish community of nearly 2,000 applications submitted by the deadline, and nearly 3,500 applications submitted FPJHP.

In some countries, legislation has always remained incomplete - Poland and Ukraine have enacted laws currently no restitution to individuals - and in the case of the former Yugoslavia, the process has been greatly hampered by the war in the 90s. In the Czech Republic, Lithuania and Croatia (until 2002) did not have the right to claim their citizenship than those who had respective. Se countries estimated that there are about 89,000 properties that were confiscated during the war and after, with a market value of 40 billion dollars. Among the countries that have closed down the subject is Moldova and Hungary, but Poland gave away the most money.

In the former Czech and Slovak Federal Republic was applied immediately after the fall of communism model restitution and reparation was not just a communist-era abuses but also a form of transfer of state property by adopting legislation on the matter. They provide restitution to former owners or their heirs, provided to be citizens Czechs or Slovaks, all categories of goods: mobile, buildings, land and structures, taken by administrative decisions or acts of civil law, by court order criminal or civilian, or in fact, except for those seized by the Nazis from Hebrew before that date and the properties confiscated by the Czechoslovak government Sudeten Germans.

The model was that of restitution, in full if construction, and up to 150 hectares of arable land and 250 ha for any other farmland. In the event that restitution in kind was possible, they were given cash compensation up to a ceiling of \$ 50 million in securities over this limit.

The buildings that were put into tenants were returned to former owners obligation to maintain the lease for a period of 10 years from the entry into force of Law no.403 / 1990, the rent will be determined by agreement. If the asset whose restitution is requested, was previously bought by the third party, the former owner is entitled only to reimbursement by equivalent.

Regarding the restitution process, it ended in most cases in the years 1995 - 1996 in Slovakia in 1997 - 1998 in the Czech Republic, the number of convictions for violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention insignificant.

Rychetsky Commission has solved several problems, including the transfer of 200 properties Hebrew, the return of 7,500 works of art, and create a fund of \$ 7.5 million Holocaust.

The Czech Republic has adopted and implemented property restitution law shortly after the fall of the communist government. The first seizure laws covered during the 1948- 1989 period and were concerned primarily private property, agricultural land, works of art and property of religious communities and sports associations. An amendment in 1994 provides for restitution of property taken by the Nazis from Holocaust victims between 1938 and 1945. The law was amended and is still private property necessary for the applicants to be Czech citizens.

Since November 1998 a national commission headed by Deputy Prime Minister Rychetsky revised restitution claims arising from the Holocaust. Following the Commission's recommendations in June 2000, parliament passed legislation that authorized the government to transfer about 200 additional properties for the Jewish Community. The law also has returned 70 works of art housed in the National Gallery to the Jewish Community and provided for the return of an estimated 7,500 works of art from museums and galleries Czech state in the Holocaust. The Czech government has created a website with information and photos of the works. In 2002, Parliament extended the deadline for applications for restitution of works of art from late 2002 to late 2006.

Hungary, like most states in the region, regulated the ownership issue as soon as 1990, following the adoption of three laws in 1992, after the ratification of the European Convention of Human Rights and opening up the possibility restitution by non-residents or people of other nationalities.

Used compensation system voucher - securities on the open market, which can be used, for example, for the purchase of property from the state, including suites - instead restitution for the following reasons: the economic situation at the time, the restitution would have been very long and would have generated a state of uncertainty which would have discouraged foreign investors, avoiding the generation of numerous and lengthy litigation related to property and many goods that had been privatized or otherwise acquired by third parties in good faith.

Compensation Office, an institution created specifically for process management, decided on applications for land, issued coupons or vouchers clearing and run auctions where these vouchers were used. Unlike most countries in the region, where the level of compensation was proportionate to the value of property, Hungary introduced a ceiling progressively between 200,000 and 5,000,000 forints.

Hungary imposed the shortest period for submission of applications, the deadline for applications was 6 months after the approval of the law and completed the processing of these requests within two years. (Adam and Christopher, 1992)

The beneficiaries of legal provisions were only individuals: former owners or their heirs, without distinction of nationality without distinguishing the situation of the dispossessed in compliance with legal regulation of the socialist and that of the dispossessed measures actually.

To date compensation procedures have been completed, the success of the mechanism reflected in the absence of the conviction for violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention.

The restitution process began in 1991 with the adoption of a law allowing religious organizations to claim compensation for property nationalized after January 1, 1946. Since 1991, twelve major religious groups have filed 8026 applications for restitution. Of the total filed claims: claims of ownership 1383, 2670 were refused in 1731 received cash payments (totaling \$ 271.3 million or HUF 67.843 billion) and 968 cases were resolved without government intervention. At 31 December 2001 there were 1274 claims, worth 187 million US dollars (46.770 billion euros) pending adjudication. The deadline for the award was in 2011.

In East Germany, the issue of restitution formed a peculiar chapter in the Unification Treaty of 1990. The refund program was probably the most voluminous in the region, covering about 5 million people (about 20% of the population) and 90% of urban buildings. The former owners or their descendants - regardless of nationality or residence - could seek restitution of property taken over as Communist governments and by the Nazi, less the confiscated under Soviet occupation (following a decision of the German Constitutional Court).

Unlike other countries in the region, Germany did not make the eligibility of applications for citizenship or residence. Even if the restitution process led to delays in the planning, development and investment growth in some cases, the majority of complaints were resolved quickly, in the early 1990s fact that Germany has held clear evidence on the history of properties and judiciary solid avantaj been an important success of this process. (Braithwaite, John, 2001)

The refund is based on the actual return of confiscated property has been applied in its purest form in Czechoslovakia and in a modified version - both elements of restitution and compensation - in East Germany.

Bulgaria was among the first countries in the region to legislate restitution through the adoption in 1991 of the Law on agricultural property restitution law in 1992 and the restitution of property nationalized under communism. Eligibility of applicants was generous and allowed that individuals, both physical and legal entities to request, either Bulgarians and foreigners. Also, people who received a symbolic compensation during nationalization, former landowners and workers in agricultural cooperatives, were allowed to apply.

Exercise of ownership to buildings was temporarily restricted in certain situations, such as in the case of buildings inhabited by tenants, allowing them to use them for another three years, or operated buildings where schools, hospitals etc.

Restitution problems were mainly administrative, taking them mainly by the lack of clear data on property boundaries, incomplete records and a reluctance of local authorities to repay, which has a considerable discretion in implementation.

Most properties that belonged to the Hebrew community in Bulgaria were returned, although two cases remain unresolved: Rila Hotel and Sofia property. During the pre-war property Suborna Street and about half of the land that was built later Rila Hotel belonged Hebrew Consistory. A recent decision of the court argued that the organization Bulgarian Hebrew "Shalom" Hebrew is the successor Consistory. A further complication arose when the Bulgarian government, which owned the other half of Rila Hotel.

A central problem facing all pretenders is the need to demonstrate that the organization is the organization for repayment or legitimate successor who owned the property before 9 September 1944. This is difficult because Communist hostility to religion led some groups to ways to hide assets or ownership, and the documents were destroyed or lost over the years..

Heirless property in Slovenia remain a problem. Slovenia passed and began implementation of a law on restitution of property (denationalization Act) of 1991, shortly after independence. Since June 2002, 66 percent of 35 858 restitution claims filed have been resolved (about a quarter of resolutions have had only partial repayment or were completely rejected). There have been complaints from applicants for a general lack of transparency. Heirless property currently assigned to the state, although no group has registered a complaint with the law.

Almost all private Jewish property claims are resolved. Other claims remaining to be judged include credit claims by Slovenian citizens, claims by non-citizens, and substantial claims from Slovenia Catolice.Guvernul Church said it is working to accelerate the completion restituire.Scopul cases restitution has been extended from late 2002 to late 2004.

## **2. Experiences on retrocessions in other countries**

Restitution in Estonia has been exemplary. Estonia restored the communal property of religious communities. Private owners who submitted their applications before the deadline accordingly had also able to reclaim their property, regardless of nationality. The title went heirless property where the local municipal administration of the area in which the property is free to sell the property or you keep it for his own use.

Restitution in Estonia was carried out in accordance with the principles of property law reform, which was adopted on June 13, 1991 and was largely completed. Most properties belonging to the Orthodox Church, including those used by the Estonian Orthodox Church - Moscow Patriarchate (EOCMP) were under the legal control of the Apostolic Orthodox Church of Estonia (EAOC). The government has transferred seven properties in EOCMP in 2005-2006, and the

three remaining properties in 2006-2007. According to the Estonian Hebrew community leaders, property restitution was not a problem for the community, since most prewar religious buildings were rented, not owned.

In Latvia, the law provides for restitution of confiscated property, both private and communal, former owners or heirs. The law does not discriminate based on nationality or residence. In most cases, municipal authorities can take the final decision on restitution; If a property deemed non-returnable, they can offer an alternative property or compensation in the form of vouchers. The applicants, however, may be reluctant to accept the alternative property because of the difficulty in setting the comparative. Cererile private property occupied by manufacturing companies in economically were particularly intractable. A World Bank program Latvia assists in the process.

Religious properties in Riga, Daugavpils, Liepaja and other cities were returned to the Jews, but about 200 remain communal property to be returned. (Elster, Jon. Elster, Jon, ed., 2006). With this notable exception, most cases of Hebrew and Christian properties were resolved and restitution process is nearing completion. Since the beginning of the process, Latvian Community Hebrew 16 properties and received compensation for two.

In Lithuania resolving the remaining claims of private property will require identification of alternatives such as the payment of compensation, estimated at about \$ 500 million. The deadlines for the resolution of land and forest was in 2009 and for houses and apartments, 2011. Under the program the Lithuanian Ministry of Finance could only pay compensation to Lithuanian citizens. The deadline for applying for restitution was in December 2001; deadline to prove kinship with the original owner was 31 December 2002. From 1991 to 1996, Hebrew communities receiving 28 buildings, most synagogues (three in Vilnius, Kaunas five.)

In Russia a total of 4,000 buildings were claimed communal property. Despite considerable progress in this area since 1991, a number of religious communities is still concerned about religious forfeited properties confiscated during the Soviet era. According to the Presidential Administration, Russian Government Commission for restitution of approximately 4,000 buildings restored between the time the decree on the restitution of property entered into force in 1993 and 15 March 2001, when Prime Minister Kasyanov ordered the Commission to cease trading. (Bennett, John, 2004)

About 3,500 buildings were returned back to the Russian Orthodox Church. A smaller number of buildings and houses of worship returned to Hebrew, Muslim and other communities. An example is the Omsk Synagogue, the largest in Siberia, has been claimed in 1996. Even with this modest success, Hebrew community face the same obstacles as other religious communities in the process of restitution of property confiscated during the regime communist. Some communities say that their Hebrew has returned only a small part of the total property confiscated during the Soviet regime, and are still in the process of refund. (Bugajski, Janusz, 1997)

In Ukraine, they were restored most places of worship. There is no legislation governing the restitution of property. (Besley, Ghatak T, M). Ukraine has no state religion, although the Ukrainian Orthodox Church and the Ukrainian Greek Catholic Church prevails in the east and west. These churches can exercise significant political influence at local and regional level but also religious, many small groups claiming discrimination in favor of church government on the issue of restitution. (Elster, J., offe, C. & Preuss, U.K. 1998). A decree of 1992 the program began to surrender Ukraine for religious buildings.

Registered religious organizations are the only entities authorized to seek restitution of property confiscated by the Soviet regime, and these organizations are limited to receiving only those buildings and objects necessary for worship. Religios.Comitetul State for Religious Affairs said the transfer of the majority of churches by their owners native is nearing completion. Since July 2002 8589 10,000 buildings and religious objects were returned Religious Communities of Ukraine.

Although the program progressed, the refund is not complete, and all major religions have different claims. It is estimated that about 268 former places of worship that are currently being used for non-religious purposes have not been redeemed; however, 215 of which are not claimed by any one religious group.

In Macedonia almost all goods used for religious purposes had been returned. Communal religious properties face barriers legislative. Guvernul Macedonian concerned about the crisis in Kosovo and the insurgency in 2001 did not finance or political will to fully implement the restitution program proprietate. După 1998, the government has failed to adopt a legislation implementing refunds. The law was challenged before the Supreme Court in 1999 which ruled that several provisions of the law must change.

In 1996 Croatia adopted the Law on restitution of property taken during the Yugoslav Communist rule which came into force on 1 January 1997. It opted for the model of compensation for loss of property and restitution in kind is permitted only if they were not acquired in the meantime to third parties only for the following goods: land for construction, agricultural and forest land, office space and apartments. If the former owner opts for restitution in kind, then it will regain property in the state is, without being able to claim damages for loss of use resulting from damage or to damage property.

For compensation to former owners or their heirs, regardless of citizenship Fund was created to compensate expropriated properties, which pays 25% of the amount requested and only in the apartments that are not returned, and the remaining issues securities ratings that are listed. They are paid from 1 January 2000 until 1 July 2019 forty biannual installments. The legislation on the restitution of property in Albania has not brought the desired results. Various laws on restitution or compensation for different types of property were adopted in Albania in the early 90s. However, only by the Constitution of 1998, the right to private property was recognized officially. Law on restitution, issued in 2004, which specifically targets expropriation compensation made after 1944, made the

restitution process to be even more confused and refer to the restitution of property. Moreover, the financial burden for the compensation to former owners of the state has not been estimated. Lacking an estimate of the amount that should be refunded and how it should be done, the Albanian government found unprepared for a growing number of ECHR judgments unfavorable.

**Bibliography**

1. Cosmin Marinescu et al., "Economic freedom and property. Implications on institutional reforms in Romania and the European Union," Publisher: ASE, the Centre for Economics and liberty, (2011)
2. Philipott, Charles B. "From the Right to Return to the Return of Rights: Completing Post-War; Property Restitution in Bosnia and Herzegovina"; *International Journal of Refugee Law*, Vol. 18, No. 1, pp. 30-80, (2006)
3. Adam Przeworski and Fernando Limongi, "Political Regimes and Economic Growth", *Journal of Economic Perspectives*- Vol. 7, no. 3, (1993)
4. Sadurski, W, A. Czarnota, A. & M. Krygier (eds), "Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders." Netherlands: Springer, 2005

# **CROISSANCE, EMPLOI ET PAUVRETÉ EN TUNISIE: ÉTAT DES LIEUX, ÉVOLUTION, CONTRAINTES ET RECOMMANDATIONS**

Riadh BÉCHIR\*

**Abstract:** *In the context of globalization, the country's development passes between each other by strong economic growth, investment in human capital to make the economy competitive at the regional level and at international level. The tunisian economy is strongly linked to exogenous factors such as so-called weather, international financial crises, the transfer of tunisien living abroad and tourism. However, before the revolution of 2011 even if economic growth in tunisia has been a significant evolution over the decade (1999 - 2010), it could not solve the problems of inequality, poverty and unemployment.*

**Keywords:** *Economic grwth; employment; poverty, inequality,; strategies against poverty*

## **Introduction**

La croissance économique a pour objectif essentiel de produire des biens et services, à créer des emplois et de la richesse afin d'avoir la prospérité qui doit être au service du social afin de lutter contre la pauvreté; cela bien sûr ne peut se faire que si elle est accompagnée des mesures efficaces et des politiques économiques et sociales soutenues par les pouvoirs publics. La réflexion sur ce sujet a suscité un grand débat entre les différentes écoles de l'économie, si pour Adam Smith la croissance qui prend sa source dans la division du travail est illimitée, c'est sous la plume de F.Perroux qu'on trouve la fameuse définition de la croissance: « C'est l'augmentation soutenue pendant une ou plusieurs périodes longues d'un indicateur de dimension, pour une nation, le produit net en terme réel. »<sup>1</sup>

La croissance économique d'un pays peut-être définie comme étant une hausse sur longue période de sa capacité d'offrir à sa population une gamme sans cesse élargie de biens économiques. Cette capacité croissante est fondée sur le progrès technique et les ajustements institutionnels et idéologiques qu'elle requiert. Les fruits de la croissance s'étendent par suite aux autres secteurs de l'économie.<sup>2</sup> En effet, elle peut être mesurée comme dans la plupart des cas par le produit intérieur brut P.I.B ou le produit national brut P.N.B, il est calculé en monnaie constante pour éviter le problème dû à l'augmentation des prix, ainsi que pour éviter l'inflation. La Tunisie a connu une croissance économique instable à cause des aléas climatiques, de la

---

\* Docteur en sciences économiques, chercheur à l'Institut des Régions Arides de Médénine, Tunisie.

<sup>1</sup> François.Perroux: Dictionnaire économique et social. Paris. Hatier 1990, p115

<sup>2</sup> Simon KUZNETS: Croissance et structure économique. Discours de réception du prix Nobel en économie. 1971.



révolution, etc..... En effet la sécurité et le secteur agricole est d'une grande importance pour l'économie du pays par sa contribution dans le PIB, et dans l'emploi de la main d'œuvre. La Tunisie dispose d'une position géographique privilégiée par sa proximité à l'union européenne, d'une infrastructure développée; on constate aussi ces dernières années la perturbation des deux secteurs de l'immobilier et du tourisme accompagnée d'une instabilité politique du pays qui reste un facteur important pour l'attraction des investissements et des capitaux étrangers. En outre, le pays a signé des accords de libre échange avec des pays qui connaissent une économie très forte ce qui engendre des déséquilibres au niveau de la balance extérieure, donc il faut être compétitif au niveau des exportations. Avant la révolution et malgré que le pays ait connu une croissance relativement forte entre 1990 et 2010, le taux de chômage reste toujours élevé. On peut ainsi conclure que cette croissance économique n'a pas été créatrice d'emplois. Sur le plan social, cela aggrave la marginalisation, l'exclusion et la pauvreté. La Tunisie est donc amenée à trouver des solutions urgentes et prendre des décisions efficaces en matière de politique économique et social.

L'objectif de notre étude est d'essayer de répondre aux questions suivantes:

- Quelles sont les contraintes majeures qui freinent la croissance en Tunisie? (méthodologie: diagnostic de la croissance).
- Pourquoi la croissance n'a pas créé suffisamment d'emplois, surtout chez les jeunes diplômés?
- Quelles sont les politiques des pouvoirs publics en matière de création d'emploi et réduction du chômage?
- Comment lutter contre la pauvreté et la marginalisation?
- Enfin, comment le développement local et régional peut aider à gérer les problèmes du chômage?

Cette contribution vise d'une part à présenter l'état des lieux et l'évolution de la croissance économique à travers le PIB, le chômage et la pauvreté, et d'autre part tirer les conséquences et d'en proposer des recommandations pour stimuler l'emploi et lutter contre la pauvreté.

## **1. Analyse et profil de la croissance en Tunisie**

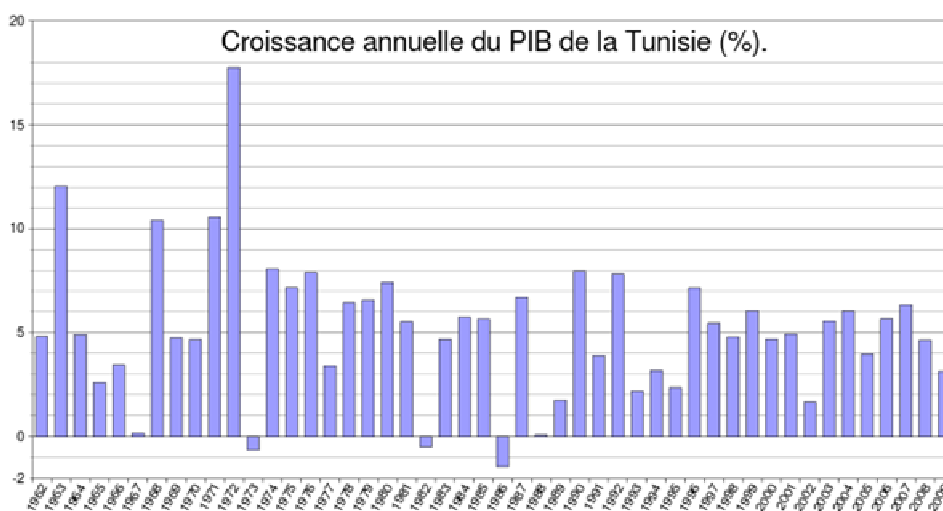
Les deux premières décennies de l'indépendance en Tunisie ont été marquées par la mise en œuvre des plans de développement économique et social à travers la planification de l'économie (plans quinquennaux). En effet, les années 70 et 80 marquées par l'endettement et les grands déséquilibres macroéconomiques ont ouvert la voie pour le pays de s'engager dans un programme d'ajustement structurel (P A S) menant à une série de réformes économiques institutionnelles et juridiques pour mettre à niveau le fonctionnement des entreprises.

Cela a contribué à un désengagement progressif de l'Etat et le renforcement du secteur privé. Ces réformes se sont traduites par l'intégration du pays dans

l'économie mondiale à travers la libéralisation de l'économie nationale et les accords de libre échange, ce qui a aidé le pays à profiter de la délocalisation de quelques industries installées dans la région du nord destinées au marché national comme à l'exportation. Grâce à la relance du secteur privé, à la compétitivité, et à l'engagement de l'Etat dans des programmes de lutte contre la précarité et la pauvreté, on a pu assister à une redistribution de l'emploi et des revenus et par conséquent de réduire un peu les déséquilibres régionaux.

En traitant ce point, nous allons procéder à l'analyse de la croissance et ses effets au cours de la période 1999-2010, pour ce faire nous nous baserons sur des statistiques disponible concernant le PIB.

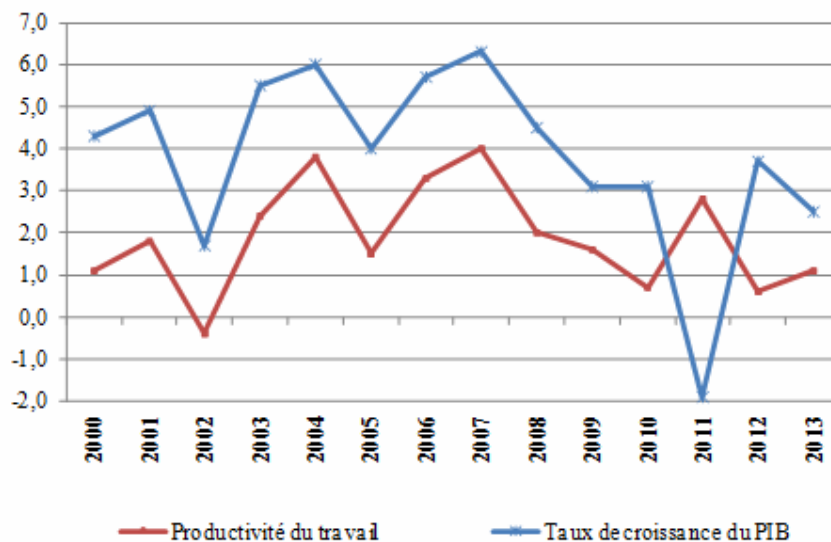
Figure 1: PIB en Tunisie avant la révolution



Source: INS

Après la révolution tous les choses sont changés en Tunisie, ainsi la croissance enregistrée au cours de la période 2000-2013 est estimée en moyenne à 3.8%. Une telle croissance n'a été profitable qu'à une fraction minime de la société et n'a pas généré une amélioration du bien être pour un grand nombre de citoyens. Le taux de pauvreté se trouve ainsi le plus élevé dans les régions de l'intérieur dépassant les 30% alors qu'il est de 1.4% seulement dans quelques zones côtières. Ainsi l'évolution de la croissance de la productivité du travail est en phase avec celle du PIB. Cependant et en 2011, la productivité s'est inscrite à la hausse en raison de l'accélération des pertes d'emploi au cours de cette année, soit à un rythme plus rapide que la baisse du PIB.

Figure 2: PIB en Tunisie après la révolution



## 2. Contraintes de la croissance en Tunisie

La question qu'on peut se poser est: pourquoi la Tunisie avec ses atouts économiques, ses richesses naturelles, son capital humain et sa stabilité politique n'arrive pas à décoller?

Aujourd'hui plusieurs contraintes majeures freinent la croissance en Tunisie, tels que:

- La rigidité du marché du travail,
- Une politique fiscale qui crée une charge trop élevée sur les entreprises et représente un handicap pour le recrutement du capital humain qualifié,
- Un régime de change ne favorise pas la compétitivité internationale du pays,
- Un biais anti-exportations caractérisé par un niveau de protectionnisme encore plus élevé malgré les récents progrès marqués par les réductions tarifaires et la signature de plusieurs accords de libre échange.
- La corruption
- Les questions sécuritaires
- Problèmes politiques

Pour tirer la conclusion sur la problématique de la croissance en Tunisie, il faut la mettre dans son contexte historique et dire que parmi les contraintes majeures pouvant bloquer le processus de croissance, il y a l'héritage d'un faible taux de croissance depuis 1960. Cela fait de l'économie tunisienne une économie

qui reste basée sur des activités à faible productivité c'est-à-dire que le pays n'arrive pas à assurer la diversification productive qui peut passer du pays à être compétitive au niveau régional comme au niveau international.

L'héritage historique a fait que la croissance est restée dépendante de l'agriculture pendant plusieurs années qui a ralenti à cause de la sécheresse et de la faible pénétration de la technologie au secteur agricole.

La baisse de la productivité globale des facteurs ( travail, capital), due aux chocs interne et externe subis par l'économie nationale durant les années 90, et due également à des raisons structurelles liées à la valorisation insuffisante du capital humain et à la sous utilisation des capacités de production.

Le ralentissement de la demande intérieure relatif à la baisse de la contribution des ménages à la croissance surtout la deuxième moitié des années 1990, ainsi que la baisse de l'épargne nationale et du niveau de l'investissement suite à la stabilisation de l'investissement public et le désengagement de l'Etat dicté par des impératifs de réduction du déficit budgétaire (programme d'ajustement structurel) sans qu'il soit accompagné par une amélioration conséquente de l'investissement privé.

Une autre contrainte qui bloque la croissance économique en Tunisie est le déséquilibre de la balance commerciale avec une diminution du rythme d'accroissement des exportations globales due au ralentissement de la demande mondiale adressée au Tunisie notamment européenne par ce que le pays concentre son commerce extérieur avec l'union européenne, alors que les exportations tunisiennes constatent ces dernières années une concurrence très forte des pays voisins de l'Europe, la Turquie, et la pénétration des pays du sud est asiatique et surtout la Chine. En outre, la Tunisie concentre ses activités dans des secteurs peu dynamiques du commerce mondial.

Enfin une politique économique qui n'a pas toujours privilégié l'emploi. Les rigidités de la législation du travail, une fiscalité plus favorable à l'investissement qu'à l'emploi ont tous deux entraîné une substitution marquée du capital au travail.

### **3. Croissance et emploi en Tunisie**

La relation entre la croissance et l'emploi trouve ses origines dans les premières écoles de l'économie notamment chez les classiques et les néoclassiques. Si pour certains la croissance est liée directement au rendement de la terre et pour d'autres à l'accumulation du capital et/ou au progrès technique; le capital humain et la variable du chômage et travail étaient et resteront toujours présent dans un débat théorique et dans les modèles qui développent les théories de la croissance en jouant sur les deux variables travail et capital.

Malthus dans sa fameuse théorie de la croissance basée sur la loi de la population considère que le niveau des ressources suit un rythme arithmétique, alors que la population est géométrique ce qui explique selon lui les crises sociaux économiques engendrées.

Pour analyser le processus de la croissance, il faut voir l'investissement non seulement comme un instrument générateur de revenu (comme pour Keynes), mais comme un créateur de capacités de production, note Evsey Domar en montrant les limites de l'analyse keynésienne dans son article: « Expansion et emploi ».<sup>3</sup>

Si Harrod-Domar ont trop apprécié le facteur de l'investissement, Solow lie la croissance à des facteurs exogènes à savoir le progrès technique et la croissance de la population à long terme.

Les théories récentes sur la relation entre la croissance et l'emploi ont intégré le progrès technique au cœur de la croissance (théorie de la croissance endogène) développées à partir de la fin des années 1970; ces modèles avancent l'idée selon laquelle la croissance engendre un progrès technique qui permet d'avoir des rendements constants. Aussi Les travaux d'Aghion et Howitt (1992), Pissarides et Mortensen (1994) et Erikson (1997) ont alors montré qu'une croissance tirée par le progrès technique pouvait être destructrice d'emplois à court terme, même si à long terme, l'effet de création allait l'emporter. Cette conclusion repose essentiellement sur l'hypothèse d'une flexibilité quasi parfaite du marché du travail. Celle-ci devrait faciliter les réallocations de main d'œuvre des secteurs déclinants technologiquement, vers les secteurs à innovation forte. Enfin, d'autres économistes prennent en considération d'autres facteurs pour expliquer le phénomène de la croissance tels que la recherche et développement (Romer), l'accumulation du capital humain (Lucas), les infrastructures publiques (Barro) et l'accumulation du capital physique (Romer), ainsi que le progrès technique (Solow).<sup>4</sup>

Après ce bref rappel théorique sur la croissance et l'emploi, il convient dans cette section de discuter et d'analyser la relation existante entre l'évolution de la croissance et l'emploi/chômage en Tunisie.

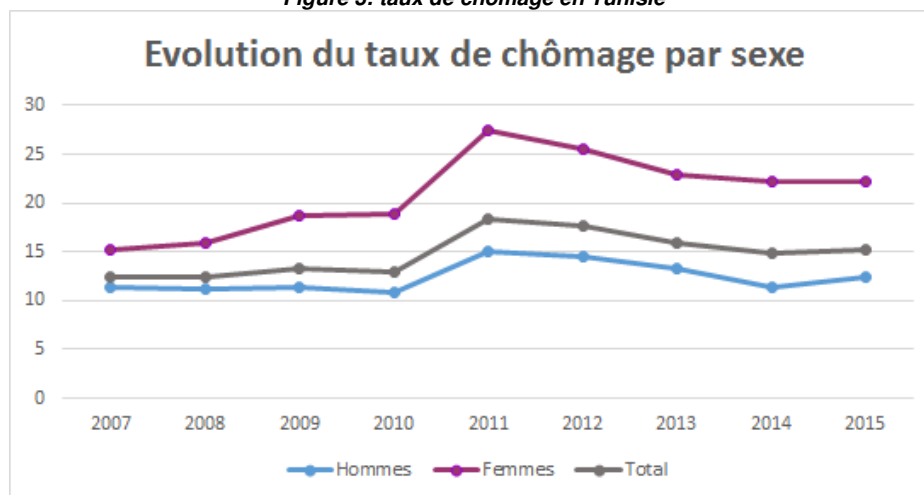
En Tunisie comme dans la plupart des pays en voie de développement, l'emploi constitue la source principale du revenu qui permet d'assurer les conditions de subsistance et d'améliorer le niveau de vie. Dans ce qui suit, nous procéderons par l'analyse de la croissance par secteur et son impact sur l'emploi. L'évolution de la croissance en Tunisie a connu des fluctuations en dents de scie qui peut être expliqué comme on l'a cité plus haut par, la révolution, la dominance du secteur agricole et d'autres secteurs comme les services et le tertiaire. En effet, le taux de chômage en Tunisie reste très élevé et touche une partie non négligeable des jeunes, cette situation a sans doute des effets sur le revenu, sur le niveau de vie des citoyens, ainsi que sur le taux de pauvreté au pays.

---

<sup>3</sup> Domar, E.D., Expansion et Emploi, Abraham-Frois et al. (1973)

<sup>4</sup> Robert Solow dans un article publié en 1957: « Technical Change and the Aggregate Production Function »

Figure 3: taux de chômage en Tunisie



Source: INS

Certes que la croissance économique et l'emploi accompagnés des décisions politiques sont interdépendants; pour ce faire et pour montrer la relation existante tout en prenant en considération la quantité et la qualité du travail, nous allons faire une analyse et une évaluation des secteurs productifs créateurs de l'emploi sans oublier le rôle de l'éducation et de la formation sur l'insertion au marché du travail et l'augmentation des salaires. Quelques limites peuvent être constatés au cours de cette étude qu'ils s'agissent essentiellement de manque de données sur le secteur informel, ni encore des données auprès des entreprises, aussi l'incohérence entre les différentes sources statistiques. En analysant la relation d'interdépendance qui existe entre la croissance et l'emploi, et pour mieux éclairer cette corrélation, il serait indispensable de faire une lecture et un diagnostic sur le rapport entre la population active et les branches d'activités.

#### 4. Secteurs productifs et emploi

Si le secteur public est incapable de répondre à toutes les demandes d'emploi, le secteur privé, qui devrait absorber le plus gros nombre de demandeurs d'emploi, ne jouit pas d'une très bonne réputation auprès des demandeurs d'emploi. Certains parmi eux considèrent qu'il n'y a pas de différence réelle entre travailler dans le privé et être au chômage! Pourtant, beaucoup de demandeurs d'emploi trouvent leur compte dans le privé. L'économie souterraine (non déclarée) emploie une bonne partie des Jeunes et moins jeunes qui restent considérés dans les statistiques comme des chômeurs. La part de l'informel dans l'économie nationale, évaluée à 30 % et même plus par le Fonds Monétaire International, semble être aujourd'hui la zone de décompression qui évite au pays une autre explosion sociale. Ceci dit, la chasse au travail au noir et à

toutes les activités qui échappent à la réglementation devrait profiter à tout le monde: cela augmente les recettes de l'Etat (impôts, taxes,...), fiabilise les statistiques sur l'emploi et offre aux salariés clandestins une couverture sociale et des garanties réelles. Beaucoup de demandeurs d'emploi font leur entrée sur le marché du travail par exemple par un contrat SIVP, contrat Karama ou encore par l'un des instruments du fonds national de l'emploi. Ces mécanismes représentent autant de zones tampon qui réduisent la tension sociale qu'engendre le chômage, mais qui au même temps ponctionnent les ressources de l'Etat de manière non rationalisée. La révision en profondeur de ces mécanismes s'impose aujourd'hui comme une urgence. Du point de vue du demandeur d'emploi, ces différents mécanismes d'insertion professionnelle ne garantissent pas d'être recruté dans l'entreprise. Au contraire, ils sont assimilés à des calmants qui permettent à certains chômeurs de patienter quelques mois ou quelques années, au bout desquels il n'est pas rare de se retrouver à la case départ. En conséquence, rien n'incite le demandeur d'emploi à donner le meilleur de lui-même pendant la période du stage d'insertion et fait perdurer la période de transition entre la fin des études et l'entrée effective dans le monde professionnel.

## **5. Évolution de la pauvreté en Tunisie**

Plusieurs études empiriques et théoriques ont été proposées pour comprendre le processus de croissance pro-pauvres<sup>5</sup> notamment celle de Kakawani&Pernia (2000), Ravallion &Chen (2003) et Sen (2004). C'est avec François Bourguignon (2003) que ce concept sera développé en faisant la liaison entre son triangle: « pauvreté – croissance – inégalités » pour élaborer des stratégies de développement visant à réduire la pauvreté, selon l'auteur: « Le véritable enjeu de l'élaboration d'une stratégie de développement visant à réduire la pauvreté réside davantage dans les interactions entre distribution et croissance que dans les relations entre, d'une part, pauvreté et croissance et, d'autre part, pauvreté et inégalités, qui restent essentiellement arithmétiques. Les économistes conviennent de fait en général que la croissance est essentielle pour réduire la pauvreté, à condition que la répartition du revenu reste plus ou moins constante. La réalité tend d'ailleurs à le confirmer (Deininger et Squire, 1996; Dollar et Kraay, 2001; Ravallion, 2001 et 2003; Bourguignon 2003). De même, les données montrent qu'une détérioration de la distribution tend à augmenter la pauvreté ».<sup>6</sup>

L'estimation du taux de la pauvreté en Tunisie se déclare officiellement par l'Institut National de la Statistique (INS), mais, après la révolution de 2011

---

<sup>5</sup> Une croissance pro-pauvres est celle qui améliore la consommation des populations pauvres à un taux supérieur à celui de la population non pauvre; elle est mesurée par un indice qui est calculée à partir de l'élasticité totale de la pauvreté et l'élasticité-croissance, il est en présence d'une croissance positive: >1: Les pauvres bénéficient plus que proportionnellement de la croissance que les riches, <0: La croissance génère une augmentation de la pauvreté

<sup>6</sup> Bourguignon François, « Le triangle pauvreté - croissance - inégalités », Afrique contemporaine, 2004/3 No 211, p. 29-56.

plusieurs critiques ont été rapprochés à cet institut surtout suite à l'annonce du ministère des affaires sociales qui a déclaré que le taux de pauvreté en Tunisie est de 24% alors qu'il était de 3.8% selon l'INS. Ce travail essaye dans ce qui suit de présenter les techniques d'estimation du taux de pauvreté en Tunisie en 2015. Bien que la pauvreté soit un phénomène complexe qui nécessite l'étude de plusieurs aspects quantitatifs et qualitatifs, il est nécessaire pour des raisons pratiques de la définir en termes d'une statistique simple.

La pauvreté est une situation de privation matérielle et morale empêchant l'individu de satisfaire ses besoins essentiels. Un ménage est dit pauvre si son niveau de vie, mesuré ici soit par la dépense totale par tête soit par la consommation par tête, est inférieur à un niveau prédéterminé appelé seuil de la pauvreté. La question qui se pose alors, est comment déterminer ce seuil de pauvreté? A ce sujet, les organismes internationaux intéressés par l'étude de la pauvreté ont adopté différentes approches pour le calcul du seuil de pauvreté.

Ces approches qui se basent sur des choix différents du profil du "pauvre de référence" et du niveau des besoins élémentaires aboutissent à différentes évaluations du seuil de pauvreté. Ceci a naturellement une influence considérable sur les taux ainsi que les profils de la population pauvre. La méthode adoptée ici pour le calcul du seuil de pauvreté consiste à évaluer ce seuil sur la base des besoins en énergie alimentaire. Il s'agit d'estimer le coût d'un panier de biens alimentaires permettant de garantir un apport calorique indispensable à l'activité de l'individu (Besoin Energétique Recommandé BER).

L'estimation de ce coût requiert la détermination d'un *groupe de référence* dont le panier de consommation sera utilisé pour déterminer le coût moyen de la calorie. Ensuite, le coût moyen de la calorie est utilisé pour déterminer la composante alimentaire du seuil de pauvreté. Ayant déterminé cette composante alimentaire, on déterminera par la suite les deux seuils de pauvreté: le seuil bas et le seuil haut.

Le «seuil de pauvreté» désigne le niveau de consommation minimum en delà duquel une personne est considérée comme pauvre, c'est-à-dire ne disposant pas d'un niveau de vie convenable. Un seuil de pauvreté spécifique a été estimé pour chacun des milieux: communal et non communal. Ce seuil tient compte des modes de consommation des tunisiens et du coût de la vie dans les différents lieux de résidence (Tableau 6).

**Tableau 1: Seuil de la pauvreté en Tunisie**

Milieu	Seuil de pauvreté extrême				Seuil de pauvreté			
	2000	2005	2010	2015	2000	2005	2010	2015
<b>Métropolitain</b>	445	577	774	1085	769	998	1340	1878
<b>Communal</b>	430	558	749	1050	698	905	1215	1703
<b>Non-communal</b>	390	506	679	952	615	798	1070	1501
<b>Tunisie</b>	418	546	733	1032	683	897	1206	1706

Source: INS (2016)



Le taux de pauvreté (pourcentage des ménages affichant des dépenses inférieures au seuil de pauvreté) s'établit à 15,2% en 2015, contre 20,5% en 2010. Le taux de pauvreté marque une baisse de 5,3 points de pourcentage sur la période 2010-2015, contre une baisse de 2,6 points entre 2005 et 2010 et de 2,3 point entre 2000 et 2005 (25,4% en 2000, 23,1% en 2005 et 20,5% en 2010). Les estimations issues des résultats de l'enquête montrent également une nette baisse du taux de pauvreté « qualifiée de sévère ou extrême », puisqu'il ressort à 2,9% en 2015 contre 6% enregistrée en 2010, 7,4% en 2005 et 7,7% en 2000.

**Tableau 2: Taux de la pauvreté en Tunisie**

Milieu	Taux de pauvreté extrême				Taux de pauvreté globale			
	2000	2005	2010	2015	2000	2005	2010	2015
<b>Communal</b>	3.4	3	2.1	1.2	16.6	14.8	12.6	10.1
<b>Non-communal</b>	15.2	15.5	13.6	6.6	40.4	38.8	36	26
<b>Tunisie</b>	7.7	7.4	6	2.9	25.4	23.1	20.5	15.2

Source: INS (2016)

Le taux de pauvreté varie considérablement entre les régions et les gouvernorats de la Tunisie, comme indiqué dans le tableau 8. Les régions du Centre Ouest et du Nord Ouest du pays affichent encore les taux de pauvreté les plus élevés, suivies par les régions situées au Sud du territoire national.

**Tableau 3: La pauvreté par région en 2015**

	Pauvreté extrême	Pauvreté global
Grand Tunis	0.3	5.3
Nord-est	1.6	11.6
Nord-ouest	6.4	28.4
Centre-est	1.9	11.5
Centre-ouest	8.4	30.8
Sud-est	3	18.6
Sud-ouest	2.6	17.6
Tunisie	2.9	15.2

Source: INS (2016)

Les résultats montrent que le problème de l'extrême pauvreté est quasi-absent dans les villes du Grand Tunis, Nabeul, Monastir, et Sfax. Par contre, il est relativement important dans les gouvernorats de Kairouan (10.3%), Kasserine (10.2%) et, dans une moindre mesure Siliana (8.8%) et le Kef (8.3%). Pour la pauvreté globale, c'est encore une fois Kairouan qui affiche l'incidence de pauvreté la plus élevée (34.9%). Elle est suivie du Kef (34.2%), Kasserine (32.8%), Beja (32%) et Siliana (27.8%) (Figure 2).

## **6. Stratégies de lutte contre la pauvreté**

Durant ces dernières décennies, l'Etat a investi énormément dans le monde rural par l'électrification, l'accès à l'eau potable, à la santé et à l'éducation; au niveau national, la construction d'un réseau développé des autoroutes et des grands chantiers ne peut se faire qu'avec une réforme administrative et fiscale pour encourager les investisseurs sans oubliant les transferts des tunisiens résidents à l'étranger qui peuvent jouer dans quelques régions un moyen efficace pour lutter la pauvreté. Ainsi, il y a aussi le rôle des microcrédits et les associations qui présentent un grand avantage pour la population démunie qui aident à développer des activités collectives qui génèrent un revenu. Toute stratégie de lutte contre la pauvreté doit passer d'abord par la réduction des inégalités entre les zones urbaine et rural, entre les différentes régions et communes et de prendre comme priorité le milieu rural; c'est dans ce cadre que la régionalisation avancée intervient comme alternative pour un développement par le bas pour réduire les inégalités entre les régions et d'élaborer une stratégie de développement social visant l'amélioration des niveaux de vie de la population la plus défavorisée par l'accès aux services de base, la lutte contre le chômage en créant des activités économiques génératrices du revenu. L'Etat doit concentrer donc davantage ses politiques de lutte contre la pauvreté sur le milieu rural, c'est dans ce cadre que plusieurs initiatives nationales après la révolution sont réalisés et ce pour le développement humain des régions défavorisés. Elle vise la réduction de la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, à travers des actions de soutien aux activités génératrices de revenus; de développement des capacités; d'amélioration des conditions d'accès aux services et infrastructures de base (éducation, santé, culte, route, eau et assainissement, protection de l'environnement etc.); le soutien aux personnes en grande vulnérabilité et l'implication et l'intégration de tous les citoyens dans le circuit économique.

### **Conclusion**

Actuellement, la Tunisie traverse une crise sans précédent amorcée par les régions intérieures du pays qui ont pourtant bénéficié de nombreux programmes de développement qui prétendaient les développer, mais, le constat a montré que les résultats sont mitigés pour ne pas dire maigres. Les raisons sont essentiellement liées au fait que ces politiques ont toujours été guidées par un rapport de dépendance de l'arrière-pays face aux zones côtières. Une autre raison est liée au fait que les politiques de développement régional ont été guidées par une forte centralisation dans la gestion et dans la décision<sup>7</sup>. Aujourd'hui il ya une nécessité

---

<sup>7</sup> Zouaghi et Dorothée, (2011)

d'appliquer des politiques d'aménagement des territoires défavorisés qui agissent à posteriori pour corriger ces inégalités socio-spatiales. Il est nécessaire d'avoir une vision de développement régional qui considère en priorité les besoins réels de chaque délégation. Cela nécessite d'impliquer toutes les composantes de la société civile, d'élaborer des conceptions propres, de valoriser les spécificités de chaque région et d'identifier les moyens susceptibles de dynamiser l'action de développement dans les régions. Concernant le problème de chômage, il est clair que les gouvernements d'après la révolution de Janvier 2011 n'ont pas les moyens de résoudre cette problématique. Ce sont les entreprises et le secteur privé et public qui créent de l'emploi. Or, actuellement, plusieurs entreprises ont fermé et les investisseurs étrangers hésitent d'investir. Dans le même contexte, la décision d'accroître quelques salaires sous la pression populaire équivaut à approfondir le déficit public et déséquilibrer davantage le marché de travail.

Une solution viable, dans ce contexte, est de demander aux créanciers publics, non pas d'annuler la dette publique, mais de consacrer le service de cette dette au financement des projets régionaux. Ainsi, le gouvernement a les arguments pour défendre cette proposition et cela permettra de redonner l'espoir à la population de ces régions par une transformation radicale des conditions économiques et sociales du pays. D'autre part, dans un contexte de récession mondiale et aussi aux grèves « sauvages » et aux sit-in qui marque la Tunisie d'après la révolution, des produits comme le textile ou les phosphates et les grands projets financés par l'Investissement direct étranger ont été touchés et se retrouver en crise. Afin de limiter les effets négatifs des crises endogènes et exogènes sur le rythme de la croissance, sur les exportations et sur l'emploi, un ensemble de mesures devrait être pris par l'Etat dans le but de permettre à l'économie de résister aux évolutions de la conjoncture économique mondiale, ce qui a des effets directs et indirects sur l'amélioration du niveau de vie des populations.

### **Bibliographie**

- Antony G.M., Visweswara Rao K. 2007. A composite index to explain variations in poverty, health, nutritional status and standard of living: Use of multivariate statistical methods. *Public Health* (2007) 121, 578–587.
- Banque africaine de développement (BAD). 2011. La révolution en Tunisie: Défis et perspectives économiques, Rapport de recherche, 2011.
- Banque africaine de développement (BAD).2012.Tunisie: Défis Économiques et Sociaux Post – Révolution, Rapport de recherche, 2012.
- Béchir R, Ounalli N, Sghaier M, Jaouad M, Dhifallah SM, 2011b. Objectifs du millénaire pour le développement; réalisation et disparité régionale en Tunisie. *Mediterranean Journal of Economics, Agriculture and Environment, New Médit*, vol X,n4, 2011. p. 25-34.
- Bechir R et Sghaier M. 2013. Taux de pauvreté et ses mesures en Tunisie. *Mediterranean Journal of Economics, Agriculture and Environment, New Médit*, vol XII,n2, 2013. p. 02-10.
- Belhedi A.1999. Les disparités spatiales en Tunisie: Etat des lieux et enjeux. *Revue Méditerranée*, 1999, n° 1-2, pp: 63-72 1.
- Barro, Robert and Xavier Sala-i-Martin (1995): *Economic Growth*, New York: McGraw-Hill.

- Bourguignon François, « Le triangle pauvreté - croissance - inégalités ». Afrique contemporaine, 2004/3 no211, p. 29-56. DOI: 10.3917/afco.211.0029
- Boubakri H.2013. Revolution and International Migration in Tunisia. *MPC Research Report* 2013/04. MPC – migration policy centre.
- Haddar M. 2013. *Partenariat du gouvernorat de Médenine avec l'ouest de la Libye*. Plan régional d'environnement et de développement durable (PREDD) du gouvernorat de Médenine, TRE Médenine, Version provisoire, juin 2013.
- Joye D., Leresche J. P. 1997. *Gouvernance et nouveaux territoires d'action publique*, in G. Saez, J.-P. Leresche et M. Bassand éd., Gouvernance métropolitaine et transfrontalière, Paris, l'Harmattan.
- Ministère de développement régional et planification.2012. Indicateur de développement régional, juillet 2012.
- Institut National de la Statistique.2012. Les Statistiques Nationales des Dépenses des ménages, leurs consommations, et leurs niveaux de vie pour l'année 2010, Septembre 2012.
- Padioleau, J., 2004. *Arts pratiques de l'action publique ultramoderne*, février 2004, 194 pages.
- RAVALLION M., 1996, « Comparaisons de la pauvreté, concepts et méthodes », LSMS, Enquête sur la mesure des niveaux de vie, document de travail n° 122.
- Robert Prescott-Allen. 2001. *The Wollbeing of Nations: a country by country index of life and the environment*, 2001. Island press.
- Simon KUZNETS: Croissance et structure économique. Discours de réception du prix Nobel en économie. 1971.
- Zouaghi Ch et Dorothée B. 2011. L'expérience de la Tunisie en développement territorial: Vers la construction d'un modèle de développement durable participatif en faveur de l'équité territoriale. Colloque International Construire l'équité territoriale en Tunisie, du paysage et aménagement du territoire, les dimensions cachées de la Révolution. Colloque interdisciplinaire, Cité des Sciences, Tunis, Novembre 2011.