Working Document Number 6

Labour Administration and Inspection Programme
LAB/ADMIN

Compliance with labour legislation: its efficacy and efficiency

Respect de la législation du travail: effectivité et impact

Edited by Giuseppe Casale, Adalberto Perulli

International Labour Organization – Geneva

January 2010

Copyright © International Labour Organization 2010
First Published 2010

Publications of the International Labour Office enjoy copyright under Protocol 2 of the Universal Copyright Convention. Nevertheless, short excerpts from them may be reproduced without authorization, on condition that the source is indicated. For rights of reproduction or translation, application should be made to the ILO Publications (Rights and Permissions) International Labour Office, CH-1211 Geneva 22, Switzerland, or by e-mail: pubdroit@ilo.org. The International Labour Office welcomes such applications.

The libraries, institutions and other users registered in a reproduction rights organization may make photocopies in accordance with the licences issued to them for this purpose. Information on the organization of reproduction rights in your country are posted on www.ifrro.org.

ILO Cataloguing in Publication Data

Casale, Giuseppe; Perulli, Adalberto

Compliance with labour legislation : its efficacy and efficiency = respect de la législation du travail : effectivité et impact / edited by Giuseppe Casale, Adalberto Perulli ; International Labour Office, Labour Administration and Inspection Programme (LAB/ADMIN). - Geneva: ILO, 2010
1 v. (Working document ; No.6)

ISBN: 9789220236192;9789220236208 (web pdf)

International Labour Office; Labour Administration and Inspection Programme

labour law / international labour standards / economic implication / efficiency / EU countries

04.01.6

The designations employed in ILO publications, which are in conformity with United Nations practice, and the presentation of material therein do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the International Labour Office concerning the legal status of any country, area or territory or of its authorities, or concerning the delimitation of its frontiers.

The responsibility for opinions expressed in signed articles, studies and other contributions rests solely with their authors, and publication does not constitute an endorsement by the International Labour Office of the opinions expressed in them.

Reference to names of firms and commercial products and processes does not imply their endorsement by the International Labour Office, and any failure to mention a particular firm, commercial product or process is not a sign of disapproval.

ILO publications can be obtained through major booksellers or ILO local offices in many countries, or direct from ILO Publications, International Labour Office, CH-1211 Geneva, Switzerland. Catalogues or lists of new publications are available free of charge from the above address, or by email: pubvente@ilo.org.

Visit our website: www.ilo.org/publns.

Printed in Switzerland

Table of contents

Preface vii

Introduction by *G. Casale* and *A. Perulli* 1

The Economic Challenge to Labour Law by *R. Del Punta* 5

1. Introductory remarks 5
2. The Justification of Labour Law 6
3. Taking pluralism seriously 8
4. Economics and Labour Law: a short overview 10
5. Conclusions 14

Evaluate Labour Law by *S. Liebman* 17

Bibliography 25

Core labour standards, the Global Compact approach by *S. Foffano* 26

1. Introduction 26
2. The limits of international labour law 27
3. Other instruments determining the effectiveness of the core labour standards 29
4. United Nations action towards a more inclusive, sustainable global economy 31
5. The effectiveness of the United Nations in labour issues: a practical example 32
6. Conclusions 34

Transfer of undertakings: Insolvency proceedings in the United Kingdom and in Italy and the European Court of Justice case law by *G. Sigillò Massara* 36

1. Introduction 36
2. Transfer of undertakings and insolvency proceedings in the interpretation of the European Court of Justice 38
   - 2.1. Outline of the relevant provisions of the Acquired Rights Directive 38
   - 2.2. Application of the Directive to transfers of insolvent companies by the European Court of Justice 39
     - 2.2.1. The Abels case: insolvency and pre-insolvency proceedings 39
     - 2.2.2. D'Urso: the transfer of a business subject to special creditors' arrangement procedure 41
     - 2.2.3. Spano: the transfer of an undertaking in critical difficulties 42
     - 2.2.4. The Déthier case: transfer of undertakings and judicial winding-up 43
     - 2.2.5. The Europièces case: transfer of undertakings and voluntary winding-up 44
   - 2.3. The approach of the ECJ 45
3. Business transfers and corporate insolvency in the UK 46
   - 3.1. The prior national law and the implementation of the Acquired Rights Directive in the UK 46
   - 3.2. Insolvent companies and TUPE 46

3.3. Which UK insolvency proceedings are outside the scope of the Acquired Rights Directive and TUPE Regulations? 47
3.3.1. Liquidations 48
3.3.2. Alternatives to liquidation 49
3.4. "Hiving-down" 51
3.5. The ETO exception 55
3.6. The balance between the acquired rights of employees and the interest of other creditors 58
4. Business transfer and corporate insolvency in Italy 59
4.1. The prior national law and the implementation of the Acquired Rights Directive in Italy 59
4.2. Article 47(5) of Law No. 428 of 1990 60
4.3. Undertakings which have been declared to be in critical difficulties pursuant to Article 2(5)(c) of Law No. 675 of 1977 61
4.4. Undertakings subject to insolvency proceedings 63
4.5. The "direct" approach of Italian courts 65
5. The amendment of the Acquired Rights Directive 66
5.1. The revision process 66
5.2. Insolvent transferors 67
5.3. Variation of terms and conditions of employment upon the transfer of an insolvent company 68
5.4. The impact of the Amending Directive on employees' rights and the process of transposition in the UK and Italy 70
5.5. The transposition process in Italy 71
5.6. The transposition process in UK 74
6. Conclusions 79

A note on the measurement of the employment protection legislation: The case of Italy by *C. De Villanova* 81

Re-evaluating Labour Law by *A. Lassandari* 86
1. Introduction 86
2. The limitations in the evaluation of the legal systems: non-transparent references; aggregate consideration of the data; nonchalant interpretations 86
3. Follows: non-established causal links; uncertainty about consequences; threatened epistemological identities 88
4. A dialogue to be revised 89

L'évaluation des salariés par *A. Lyon-Caen* 91
1. Introduction 91
2. Les conditions d'instauration de l'évaluation 91
3. La licéité des critères d'évaluation 93

Evaluer le droit du travail par *A. Perulli* 96

De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail. Quelques leçons d'un programme de recherche par *J. Affichard, A. Lyon-Caen, S. Vernac* 102

1. Les réductions imposées au droit du travail par l'analyse économique du droit 102
   - 1.1. Vers des évaluations réalistes du droit du travail 102
   - 1.2. Les réductions imposées au droit du travail par l'analyse économique du droit 103
   - 1.3. Des modèles pour un marché du travail flexible 103
   - 1.4. Des agents optimisateurs omniscients 105
   - 1.5. Un «emploi sans qualités» 106
   - 1.6. Une conception mécaniste des effets de la règle de droit 107
   - 1.7. Des règles réduites à un ensemble de prix 107
   - 1.8. Les règles comme de pures contraintes s'imposant aux agents 107
   - 1.9. Des règles sans apprentissage 108
   - 1.10. Des règles sans lien avec d'autres règles 108
   - 1.11. Des règles au but unique 109
   - 1.12. Des règles sans juges 109
2. Vers des évaluations réalistes du droit du travail 110
   - 2.1. Les visées du droit du travail 110
   - 2.2. L'outillage des règles 111
   - 2.3. Les voies de réalisation 112

Bibliographie 113

L'Institut International Pour les Études Comparatives (IIPEC) 115

Droit du travail et protection de la concurrence: quelques notes sur une relation conflictuelle par *A. Guamán Hernández* 116

Introduction 116

1. La relation entre les deux branches du droit: de la tradition juridique américaine à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes 117
2. Le cas espagnol: l'application de la Loi de la Concurrence aux conventions collectives 119

Le droit de l'emploi à l'épreuve de l'évaluation par *F. Martelloni, T. Sachs* 122

Introduction 122

1. L'emploi un objectif en perte de qualités 123
   - 1.1. Quel emploi au nom de l'emploi? 123
   - 1.2. Le droit du travail à l'épreuve de l'objectif d'emploi 125
2. Quel effet sur l'emploi? 126
   - 2.1. La technique des indicateurs: questions de mesure 126
   - 2.2. La détermination des effets causés par la règle en question 128

Liste des rapports d'économistes 131

Bibliographie 131

Evaluer le droit du travail: les paradoxes d'une idée par *O. Mazzotta* 133

L'efficacité du droit du travail et l'autonomie privée collective* par *R. Pessi* 138

1. Efficacité axiologique, pratique, économique du droit du travail 138
2. Efficacité d'une théorie: l'autonomie privée collective..... 141
3. Autosuffisance régulatrice et efficacité du système des rapports collectifs 144
4. Démocratie néo-corporatrice et efficacité des synthèses entre intérêt général et intérêts des groupes sociaux 149
5. Equilibre des valeurs constitutionnelles et mesure efficace entre être économique et devoir être normatif 151
6. Efficacité d'une méthode dans le travail d'interprétation du système..... 155
Résumé 158

Preface

As part of the research and studies under the new Programme on Labour Administration and Inspection, the aspect of the relationship between labour law and its efficacy and efficiency is not new. The debate around this topic is becoming even more important in the light of the current effects of globalisation. Moreover, such a relationship has to do with the wider debate on the role that labour administration, understood in its widest meaning, plays in making sure that labour legislation is respected and complied with by workers and employers alike. In this context, the development of labour law and that of labour administration go hand-in-hand. Even more, if we look at what is usually called “the social question”.

In this report, Professor Adalberto Perulli of the University of Cà Foscari of Venice and I have collected the contributions of a group of eminent European scholars. They discuss the importance of the subject matter, its special nature, the “special” treatment, which labour law demands, the necessity of specific auxiliary disciplines and the unity of the goal: that is to say the search for a real balance between the compliance of labour legislation and its efficacy/efficiency in the real world.

The arguments dealt within the collected papers stem from a gradual move from labour law as “juridical” norms to the enactment of “evaluation” mechanisms that are more of an economic nature. Labour law, taken in all its dimensions (national, supranational and international) with a view to developing its efficacy, has to face a new challenge: that is the efficacy/efficiency evaluated according to a yardstick external to its inner rationality.

This type of evaluation, very close to an economic perspective rather than the law, brings into question the social justification of the protection systems, which are accused of causing adverse effects on the economic and social development. The challenge for labour law, then, is particularly inspiring in a scenario of economic globalization that is inherent in the DNA of fundamental social rights: that is to say, an essential element of human rights and hence not always to be "evaluated" through the parameters of economic rationality. In other words, labour law remains an expression of priority interests for human protection. In this sense, the economic "evaluation" of labour law cannot be held separately from a social values evaluation. This would bring a modicum of harmonization and balance between different realities and approaches.

The hope is that this report would inspire further reflections on this subject matter and that more effective and coordinated responses could be provided to such a dilemma posed by the efficacy of labour law.

Particular thanks go to Dr. Mario Fasani for his collaboration when preparing this report. Special thanks also go to Ms Caroline Augé and Ms Angela Onikepe for their assistance in the editing and formatting this document.

Giuseppe Casale
Director
Labour Administration and
Inspection Programme

Introduction

The relationship between labour law and globalization is certainly not a new issue. Many scholars have already written on this theme, but very few have done studies on the efficacy and efficiency of labour law under new paradigms of economic forces. Such a relationship has to do with the wider debate on the role that labour administration, understood in its widest meaning, plays in making sure that labour legislation is respected and complied with by workers and employers alike. In this context, the development of labour law and that of labour administration go hand-in-hand. Even more, if we look at what is usually called “the social question”.

At the University of Venice Cà Foscari, a group of European scholars has debated this issue by contributing with a series of issues-papers herewith collected. They discuss the importance of the subject matter, the special nature of the subject matter, the “special” treatment that labour law demands, the necessity of specific auxiliary disciplines and the unity of the goal: that is to say, the search for a real balance between the compliance of labour legislation and its efficacy/efficiency in practice.

The arguments dealt with in the collected papers stem from a gradual move from labour law as “juridical” norms to the enactment of “evaluation” mechanisms that are more of an economic nature. Labour law taken in all its dimensions (national, supranational and international) with a view to developing its effectiveness has to face a new trial that is the efficacy/efficiency evaluated according to a yardstick external to its very rationality.

This type of evaluation, very close to an economic perspective rather than a legal one, brings into question the social justification of the protection systems, which are accused of causing adverse effects on the economic and social development. Emblematic, in this regard, is the example given by the employment protection system in relation to alleged negative effects in terms of employment. Labour law will then be “evaluated” like any other legal mechanism to establish its “convenience” (“inconvenience”) in economic terms, for example referring to the evaluation criteria used by the World Bank when preparing the Doing Business Index or the EPLS index used by the Organization for Economic and Cooperative Development (OECD).

The challenge for labour law is particularly inspiring in a scenario of economic globalization that is inherent in the DNA of fundamental social rights: that is to be an essential element of human rights and as such could not always be "evaluated" through the parameters of economic rationality. That is to say, labour law remains an expression of priority interests for human protection.

In this sense, the economic “evaluation” of labour law cannot be held separately from a social values evaluation, with a view to harmonization and balance among different rationalities that are not necessarily in conflict.

Among the various contributions, Prof. Riccardo Del Punta’s paper deals with the economic challenge to labour law. It is argued that standard economic theories, by exploiting the new historical conditions, would suggest that the correct policy response to the increasing of market competition for goods and services on a global market would also mean more market for labour transactions. In this context, the economic challenge to labour law is not only theoretical but also political.

How should this nexus be correctly addressed from a labour lawyer's viewpoint? Prof. Del Punta argues that the complex relationship between economics and labour law or what is internal or external to the legal system in terms of "openness" of labour law with respect to acquisition in economic science, is the core of the matter. The economic arguments overlap with the labour law discourse and through the different intersections, labour law is bound to deal directly with aspects of the economic theory. In other words, he seems to imply that it is in the interest of labour lawyers to continue to nurture the debate with the economists. Fostering dialogue between the two spheres could only be beneficial for both.

This argument is further evaluated by Prof. Stefano Liebman who opens his contribution with an analysis of the Employment Protection System Index elaborated by the OECD in 1999. He summarizes a set of issues, which should be preliminary to any dialogue between legal scholars and economists, especially on the issue of the different models to regulate flexibility in the employment of labour force. The main point is that any realistic analysis of employment protection system in different countries must proceed by examining institutional provisions according to the methodological principles of comparative law. This implies, among other things, comparison of legislative systems that may and should be conducted outside any concern for their possible measurement by index. Indeed, quantitative measurement – whatever arrived at – of elements extrapolated from legislative provisions not only is technically fallacious, but is also uncharacteristically constraining; it being very much a self-fulfilling prophecy inspired by other motives, not necessarily rational ones.

The topic of the effects of globalization on the administration of labour law is analysed by Prof. Sheldon Leader. In his contribution on the fragmentation of labour rights due to the current pressure coming from the globalization, Prof. Leader argues that fragmentation arises from the supply chains of undertakings that render labour exposed to other domains: laws regulating commercial companies, investment and trade. Each of them incorporates a place for labour rights, but does so in a different way than the one treated by labour law. The result is one of fundamental conflict among the principles shaping labour rights within the world economy. With these connections in place, what will actually count as violation of any given right? This raises the questions of balance, compromise and adjustment. Labour rights have to enter into a set of competing rights and interests that might on some occasions override those entitlements, even if the enterprise pays due respect to them. Basing his arguments on a series of concrete examples (e.g. the Chad/Cameroon pipeline project), he proposes, at the end of his paper, a framework of analysis that tries to cope with a new legal setting.

"The measurement of the protection legislation: the case of Italy" was treated by Prof. Carlo Devillanova. Following Prof. Liebman's argument, Prof. Devillanova gives an overview of the evaluation of labour laws and of dismissal rules in particular. He focuses his examination on the way in which the issue has been recently addressed in the economic discipline. With regard to the Italian labour market, he analyses the method adopted by the index of employment protection legislation system (EPLS) developed in 1999 and revised in 2004 by OECD. It is interesting to note that he proves the various shortcomings of index measurement and at the end, he introduces ways and means related to the relevant economic outcomes in order to link them to the EPLS.

In his contribution, Prof. Adalberto Perulli analyses the relationship between law and economics, and especially the one between the concept of efficacy (in the traditional sense) and efficiency, which looks at the mere economic dimension of the norm, that is to say its impact on economics. He develops a suggestive argument, according to which labour law is the legal discipline that, more than any other, treats the issue within the context of the relationship between economic and legal efficiency. All this has to do with

the current challenges that globalisation is creating in national legal systems. The challenges include, among others, the respect of the principles dealing with multilateral surveillance, the excessive-deficit procedures (under the EU rules, for example), the financial assistance, the cost-benefits analysis from the macro to the micro-level and so on. In other words, without denying basic labour law principles and rights at work, it is in the interest of any legal expert to deepen a proper analysis of the relationship that exists between the application of labour law and its economic implementations.

Finally, Prof. Antoine Lyon-Caen contributes to the debate with a comment to a judgement made by "le tribunal de grande instance" of Nanterre in September 2008 on the evaluation of employees. From his viewpoint, this decision is very important because in bringing with it a new set of rules, it has changed and overturned the previous judicial trend on this subject matter. In this context, the judgement is a salutary test of the legal evaluation of the evaluation method itself. In frame, the evaluation system was lawfully established only in the course of dismissal proceedings. After this judicial award, the Court declared this system "illegal", establishing a new set of conditions for the "correct evaluation".

Being based on management powers, the evaluation is a prerogative of the employer; it is a discretionary power of the employer and does not need to be provided by a contract of employment.

However, the use of this system is necessary in cases such as:

- The employees' right to regular professional assessments. The latter necessarily requires an evaluation;

- The duty of adaptation: it requires employees to change their jobs, but also their capacity to be employed;

- Evaluation is a requirement under the conditions where there is a need to justify the employer's decisions.

The court decision also contained some irregularities. The implementation of technical means to control employees' activities must be preceded by an injunction and consultation with an enterprise committee. The Court, in this case, requested respect for the mental health of the employees due to the lawfulness of the evaluation criteria. In addition, there is also a need of a declaration if the evaluation system is based on a computer system that allows the automatic processing of personal data. Therefore, a duty to inform the employee on the technique and on the methods to be used must precede any indictment against him.

Two additional criteria are also required by the law to determine a professional evaluation: one dealing with finality and the other with adaptation. In other words, the evaluation must meet the same characteristics or conditions that make it possible to justify it. So, what are the main uses of an evaluation?

1. Dismissals taken by an employer in consideration of the professional inability or incompetence of an employee. Such a measure must be based on objective factors.

2. Judgements done to justify the differences between employees. Again, the elements or criteria for comparison and differentiation must be objective and verifiable.

Moreover, the evaluation cannot be used in the cases concerning:

1. The mental health of people;

2. The company's recourse to employ journalists if the evaluation system of the company is challenged;

3. Subjective risk; company's intrusions into the employees' personal sphere are forbidden.

From the above, Prof. Lyon-Caen proves that the jurisprudence enlarges the notion itself of an evaluation system. In this sense, the evaluation can measure the efficiency of labour legislation.

To conclude, it seems that the debate on the nexus between labour law and economic theory, including the debate on efficacy and efficiency of labour law, is still an open debate among scholars. We do hope that the reader will find further interest and inspiration in deepening the analysis of such a timely subject matter.

G. Casale
A. Perulli

The Economic Challenge to Labour Law

by Riccardo DEL PUNTA[1]

1. Introductory remarks

The title of this paper calls for some explanation and possibly an exercise of deconstruction. Essentially, it reflects the attitude towards economics prevalent among labour lawyers, which in its most extreme form sees economics as nothing more than a set of (only apparently neutral) tools through which capitalism wreaks its cold revenge on labour law. Here, notwithstanding the title, a different approach will be adopted. There is no doubt that a challenge exists, although it arises from history more than academic theory, since the exogenous shocks caused by globalisation have profoundly changed the context within which mature labour law has evolved[2]. Labour law is a technique for the regulation of the labour market aimed at immunising the sale and purchase of that particular "commodity" which is labour against the action of market mechanisms. Therefore, since globalisation has resulted in much more open and competitive markets on a worldwide scale, a perfectly logical consequence is that the labour markets of even advanced economies have been drawn by the currents of market forces, generating a significant pressure to reform the rules that represent a major obstacle to the expansion of their market features.

This story has not yet ended. In the experience of Continental Europe, labour law resisted change for as long as possible, after which it was forced to a compromise; that is to accept limited reforms focused mainly on the margins of the labour market. However, this has led to further tensions and conflicts of interest, which, although have not yet exploded, they have already, jeopardised the internal equilibrium of the labour law systems. New dichotomies have arisen, between standard and atypical workers (hence the proposed "flexicurity" model[3]), male and female, young and adult, insiders and outsiders, and finally, as Robert K. Reich has illustrated in his impressive *Supercapitalism*[4] (where many analyses, although perhaps not all, are relevant for European countries too), between citizens as workers and as consumers and/or investors.

This is how things stand. The standard economic theories, exploiting the new historical conditions, essentially suggest or reiterate the fact that the correct policy response to the increase of market competition for goods and services on a global scale is fundamentally more market for labour transactions too. Thus, the challenge becomes theoretical as well as political. How should this be correctly addressed from the labour lawyer's viewpoint? This topic will be dealt with in the two main parts of this paper. In

[1] Professor of Labour Law, University of Florence, Italy.

[2] See J. Conaghan, R. M. Fischl and K. Klare, *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities*, Oxford University Press, New York, 2002; J.D.R. Craig and S. Michael Lynk, *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

[3] See below, § 3.

[4] See Robert K. Reich, *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy and Everyday Life*, Random House, New York, 2007.

the first part (§§ 2-3), it will be argued that, leaving political implications aside, the relationship between labour law and economics must be firstly conceptualised as a problem belonging to legal theory, and more specifically to labour law theory. In other words, the challenge must in the first place, be internalised, that is focused upon the foundations and methods of labour law. Consequently, a correct formulation of the topic in question implies taking a theoretical stand on the foundations of labour law. My stand will be in favour of an interdisciplinary approach, conceived not as an unpleasant accident for labour law, but rather as an advanced and somehow necessary evolution of its history.

Accordingly, in the second part (§ 4), some aspects of the relevant economic debate will be addressed in an attempt to discern intersections with the labour law question and to show that this debate cannot be reduced to standard economic analysis.

In the end, some essential and albeit provisional, conclusions will be drawn.

2. The Justification of Labour Law

The relationship between labour law and economics is presented by some scholars within a framework that assumes a clearly defined distinction between what is internal and external to the legal system. The nexus between labour law and its social values would be "internal" and the, albeit divergent concepts of the "efficacy" and "effectiveness" of labour law would reside within the legal dimension. Instead, the reference to economic efficiency would be "external" to the labour law system[5].

Actually, according to the most extreme approaches, external is tantamount to extraneous, when it is maintained that in the pursuit of its social objectives labour law can afford to ignore (or even should ignore) economics. Instead, more standpoints that are moderate envision a possible and even expedient dialogue with economics, although restricted to a cognitive openness of Luhmann matrix, in which labour law and economics remain two different entities[6].

A very apt reference, in the latter perspective, is to Alain Supiot's assessment (in his recent *Homo juridicus*[7]) that the proper function of the law – and of labour law in particular – should be to construct and pass on to society a humanistic anthropology from which the economic dimension of life is practically excluded. *Homo juridicus* is, in a sense, opposed to *homo oeconomicus*.

These approaches sound unconvincing, first from a methodological and/or philosophical viewpoint. The labour law paradigm has been traditionally centred, not on the formal and structural properties of law, as within the positivist legal theory, but on the values or (more broadly) the functions that labour law has historically pursued as a classical example of Max Weber's "material law".

[5] See A. Perulli, *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, A. Lyon-Caen and A.Perulli (ed.), *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2008, pp. 9-43, esp. pp. 11-20.

[6] See again A. Perulli, *op.cit.*, pp. 12-18.

[7] See A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la function anthropologique du droit*, Seuil, Paris, 2005.

This means, *inter alia*, that the nature of labour law is to be open to the influence of the extra-legal factors in which it finds its final justification. These are not only relevant when the norm is issued, but also entail an ongoing action connected with its interpretation and application, constraining labour law to enter into a social process of *permanent justification* of its techniques and solutions.

When the axiological or functional dimension of law is so incisively introduced into the legal system and legal discourse, there is a *de facto* acceptance of an anti-positivist conception of labour law, according to which its ultimate foundations are to be sought *outside* the legal system, at least from a positivist viewpoint.

This is not contradicted, in my view, by the fact that many of the classic labour values have been incorporated into the legal system in a strict sense (i.e., as a set of norms) through Constitutions such as those of France or Italy. Clearly, Constitutions represent an important stabilising factor for the law, but not to the point of justifying a new "constitutional positivism" which could again render the legal norms self-sufficient, isolating them from the external reality[8].

Effectively, while on the one hand, constitutional principles are exposed to permanent reinterpretation deriving from changing social cultures and values, on the other hand, Constitutions do not take a definite stand about the choice of tools to be used to pursue their ends. For instance, assuming that legislation is designed to protect the worker and compensate his/her economic and social weakness, the Italian Constitution does not specify that this objective must be pursued exclusively through a generalised regime of unbreakable norms rather than, say, an efficient labour market protection, especially when it might be demonstrated (although I'm not arguing here that it is) that the latter could, in a certain context, function better for all workers.

That is not to say, however, that the legal system should be seen as very dependent on the other social systems, or to rule out the fact that it features a degree of closure and a tendency to autopoietic development. Perhaps the most correct representation is of a never-ending process in which opening and closing alternate.

It is also possible that a field with such a well-defined character as labour law may try to select the factors by which it is willing to be influenced. However, such selective capacity is curtailed within a liberal and democratic society where communication processes are increasingly intense.

Therefore, the labour law discourse must be consistent when it traces the dividing line between what is external or internal to the legal system. It cannot be *anti-positivist* when it lays down the traditional foundations of the field, and suddenly *positivist* when defending itself from the attack of alleged external enemies, such as economics.

That is to say, if it is accepted that the legitimacy of labour law must be based on a process of permanent justification which goes beyond the fact that its norms have been validly issued, there does not appear to be any reason of principle that rules out the inclusion among such numerous justifications of those of an economic nature (to the extent that they are available), which must be taken into consideration in the framework of a genuinely pluralist approach.

[8] On constitutional law as the contemporary form of "natural law", see G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 154-158.

In other words, labour law tradition cannot be properly referred while excluding economics' entitlement to play a relevant role in the outlined process, unless it can be demonstrated (and of course, it cannot) that economic reasons are not relevant for the sake of workers and of society as a whole.

3. Taking pluralism seriously

There are at least three main reasons why economic arguments are naturally entwined with the classic labour law discourse:

- Economics has mainly (although not exclusively) to do with the creation of wealth and the efficient allocation of resources. To that end, it can scarcely be held to be irrelevant for labour law, especially in the current historical conditions when globalisation is constraining the advanced economies to give new priority to the creation of wealth rather than (or together with) its redistribution;
- Economic goals may often coincide with relevant labour law values, or be very close to them. For instance, one of the best known parameters of the economic efficiency of the labour market is given by a condition of full employment which also represents an important social value (see Article 4, para. 1, of the Italian Constitution[9]). Of course, labour lawyers promptly add that the promotion of full employment cannot be made at the cost of bringing the standards of employed workers below a certain level, just as the "blackmail" by the insider-outsider scheme is rejected[10]; nonetheless, the social value of the "employment" in itself is not doubted. A further example can be taken from the "flexicurity" model proposed by the European Commission[11]: albeit for different reasons, neither the economist[12] nor the labour lawyer can be indifferent to the problems deriving from a two-tier labour market, although naturally the labour lawyer could object that flexicurity is not the best remedy for this phenomenon to the extent that it generates worse conditions for all workers[13];
- Economics, together with sociology and possibly other human and social sciences, is crucial for providing information about the real effects of the legal intervention. This ought to be perfectly compatible with labour law culture (leaving aside its ideological branches), since the value-oriented rationale of which labour law is presumably an instrument also implies evaluations based on a goal-oriented rationale, in order to verify, firstly, whether the means used have genuinely achieved the aspired protection of the value[14], and, secondly, whether any unintended consequence to the detriment of

[9] This point is emphasized by A. Ichino – P. Ichino, *A chi serve il diritto del lavoro? Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme lavoristiche*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1994, I, pp. 459-501.

[10] See A. Lyon-Caen, *Evaluer le droit du travail. Sommaire d'un programme*, A. Lyon-Caen and A. Perulli (ed.), *op.cit.*, pp. 3-8.

[11] See recently, the Report by the "flexicurity" mission, Council of the European Union, 17047/1/08, Brussels, 12 December 2008.

[12] See T. Boeri, P.Garibaldi, *Two-tier reforms of employment protection: a honeymoon effect? The Economic Journal*, vol. 117, 2007, F 357-F 385.

[13] As an example of the prevailing negative reactions of the Italian doctrine against "flexicurity", see M.G. Garofalo, *Post-moderno e diritto del lavoro*, *Rivista giuridica del lavoro*, 2007, I , pp. 135-144. For a more problematic approach, see S. Sciarra, *"Modernization" of Labour Law: a Current European Debate*, International Institute for Labour Studies, ILO, Geneva, March 2007.

[14] This point is clearly recognized also by A.Perulli, *op.cit.*, p. 13.

another party has been produced. For instance, even though the harmful effect of employment protection legislation on the levels of unemployment and employment has not been definitively demonstrated[15], a labour lawyer can scarcely be insensitive to this matter, which necessarily involves an economic analysis.

This is not to suggest that justifications in terms of efficiency alone must be taken into consideration, as claimed by a fundamentalist interpretation of the economic analysis of law, or that they should automatically prevail over other types of justification[16], namely those founded on social justice, resulting in a complete reversal of the classic labour law approach.

In other words, any economic reductionism that is any domination of economics over labour law must be rejected. For instance, even were the inefficiency of anti-discrimination law to be demonstrated, notwithstanding the attempts of a number of economists[17], the foundations of this field of labour law would not be undermined, since it is widely justified by moral reasons concerning the dignity of every man and woman at work.

Nor should we overlook the fact that conflicts can arise, not only between an efficientistic and a social view of the world, but also between different social values related to different social models and even to a different anthropology. Namely, the value of paternalistic "protection", up to now pursued by labour law, is quite different from the Amartya Sen's "promotion of capabilities"[18], which inclines much more towards a liberal, albeit socially sensitive, individualism.

Consequently, pluralism must be taken seriously, which implies, as Hugh Collins put it[19], that the disintegration of the traditional labour law discourse is to be seen as "productive". This means, in particular, that in the confrontation of different views and claims to truth there is no winner *a priori*. The importance of the jurist's role derives just from being an arbitrator of these conflicts, since the legal rationale must result from a synthetic evaluation of all the relevant values and interests emerging from society[20] to the extent that these are compatible with the general principles of the legal system.

A further consequence, in my view, is that the anthropologic model of worker to be taken as reference by labour law is a very open and comprehensive one, from which the

[15] See below, § 4.

[16] See S. Deakin, *Economic Approaches to the Evaluation of Labour Law: comparing Coase, Hayek and Sen*, A.Lyon-Caen and A. Perulli (ed.), *op.cit.*, pp.45-64, esp. p. 46.

[17] See J.J. Donohue III, *Foundations of Employment Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford & New York, 1997.

[18] See A. Sen, *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

[19] See H. Collins, *The Productive Disintegration of Labour Law*, *Industrial Law Journal*, 1997, pp. 295 ff.

[20] See L.Thévenot, *Les sciences économiques et sociailes et le droit: quells biens reconnus, pour quelle évaluations*, A. Lyon-Caen and A.Perulli (ed.), pp.65-97, esp. pp.88-89: "… le jugement de droit qui procède lui aussi d'une dynamique d'intégration de justifications plurielles… Loin d'une telle réduction (à une contrainte ou à technique), l'arène du droit doit être évaluée pour sa capacité au réexamen et à la révision des compromise de l'organisation".

economic dimension of work activity cannot be ruled out, simply because it reflects the reality of individual and social life.

Admittedly, at this point the decisive question – in terms of the legal theory - remains open and largely unresolved: how can the pluralism be reduced to unity? Which justification must prevail? How can we find a generally accepted and overlapping legitimacy of the law, in a broad sense?

It would be too easy to answer that *lawfulness* – depends upon compliance with decisional procedures. This is a predictable answer, but it fails to address the need for a deeper *legitimacy* of the law within contemporary societies[21].

Therefore, if the legal culture of labour law is largely non-positivist, it remains unclear what it is. This is because labour law, perhaps not unlike all contemporary positive law, does not have a legal theory, which it can successfully rely on. As suggested once by Massimo D'Antona[22], such legal theory should be fully post-positivist, however the "post" actually means that what it is looked for has not emerged yet. The true point is that while a major theoretical work – for which many philosophical tools could be available - would need to be undertaken to explore the complex nature of contemporary law, labour lawyers appear to have more urgent concerns.

4. Economics and Labour Law: a short overview

The debate about the economic compatibility of labour law has passed through different stages, at least from a labour lawyer's perspective. During the 80s and to a certain extent the 90s, it appeared that no compromise was possible, as the success of neo-liberistic ideas was overwhelming, pushing labour law into the corner. In more recent years, the mood has partially changed: labour lawyers have somehow reshuffled their cards and some of them have been searching for arguments aimed at demonstrating that labour law could be *efficient* as well as *fair*. Then, approximately after September 11, regulation became fashionable again[23] and even the current global recession, for which events of the last months, despite not concerning labour markets, have been a blow to the extremist supporters of self-regulated markets.

However, assuming that the environmental conditions for a constructive dialogue between labour lawyers and labour economists have been created, there is still a long way to go and the final destination is far from certain. So all that can be done here, based on the methodological and cultural stand outlined above, is to attempt to identify some of the main *intersections* between the two discourses in order to envisage possible systemic trends.

[21] On this hard topic see, *ex multis*, J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1998; M. Rosenfeld, *Just Interpretations. Law between Ethic and Politics*, University of California Press, Berkeley, 1998.

[22] See M. D'Antona, *L'anomalia "post-positivista" del diritto del lavoro, Argomenti di diritto del lavoro*, 1990, pp. 207-228.

[23] But for many scholars, of course, it had never gone out of fashion: for a significant example, with regard to the French regulation school, see R. Boyer and Y. Saillard (ed.), *Régulation Theory. The State of the Art*, Routledge, London & New York, 2002.

The starting point of the analysis is inevitably where the distance between labour law and economics is greatest. According to the standard or orthodox economic approach[24], a market reaches its equilibrium when it is perfectly competitive; therefore every external intervention, which prevents a market from finding its efficiency equilibrium, is negatively assessed.

In effect, since John M. Keynes's macro-economic intuitions, standard economic analysis is well aware that labour markets have micro-economic frictions that prevent wages from adjusting downwards, from which conditions of imperfect competition naturally derive. Anyway, it holds that labour law institutions are detrimental to job creation, since they magnify the intrinsic market frictions[25].

Namely, the blame is mainly attributed to wage rigidity, and thus to minimum wage mechanisms and collective bargaining. However, labour regulations (on internal mobility, working hours, etc.), employment protection legislation and unemployment benefit are also taken into critical consideration[26].

In general terms, such analyses are far removed from a labour law approach, since – albeit in different ways – they all focus not on the employer-employee relationship, but on conflicts of interest between skilled and unskilled workers and between employed and unemployed[27].

In any case, in more specific terms, the different weight of the various institutional factors has not been finally fixed, since the ongoing empirical research, which is being honestly developed, by a growing number of economists has not yet led to conclusive results.

For instance, many analyses are available on the macro-economic consequences of collective bargaining[28], which is not seen as an evil in itself. Admittedly, if collective bargaining and particularly a high bargaining coverage are assumed to exert an upward pressure on wages, hence raising equilibrium unemployment, it is argued that this effect can be offset depending on the degree of *bargaining coordination* (which is different

[24] Which is largely dominant in labour economics textbooks: see for instance C. R. M^{c}Connell, S. L. Brue, D. A. Macpherson, *Contemporary Labor Economics*, M^{c}Graw-Hill, New York, 2003; R. G. Ehrenberg and R. S. Smith, *Modern Labour Economics. Theory and Public Policy*, Addison-Wesley, VI ed., Reading, Mass. 1997.

[25] See G. Saint-Paul, *The Political Economy of Labour Market Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 2.

[26] For a general overview, see R. Layard, S. Nickell, R. Jackman, *Unemployment. Macroeconomic Performance and the Labour Market*, II ed., Oxford University Press, Oxford & New York, 2005.

[27] The employed-unemployed conflict is at the heart of the Insider-Outsider Theory, developed by Assar Lindbeck and Dennis J. Snower, *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, MIT Press, Cambridge, Mass. & London, 1988, which – incidentally – is centred much more on wage rigidity that on the EPL's role for which it is best known, for instance in the Italian Labour Law debate. More recently, see the influential analysis of G. Saint-Paul, *op.cit.*, which is focused on the concept of "rent", as "the measure of imperfect competition in the labour market", telling us "how far wages are from labour market clearing, or how remote the unemployed are from underbidding the employed successfully".

[28] See T.S. Aidt, Z. Tzarmatos, *Trade Unions, Collective Bargaining and Macro-Economic Performance: a Review*, *Industrial Relations Journal*, vol. 39, 4, 2008, p. 258 ff. For a general review, see C. Lucifora, *I sindacati e la contrattazione collettiva*, Brucchi Luchino, *Manuale di economia del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 183-211.

from centralisation); that is the extent to which the parties in the labour market take into account the effect that collective wage settlements might have on aggregate labour costs. The advantages of decentralised bargaining, e.g. as a remedy against regional unemployment, have also been underlined.

As for employment protection legislation, whose various effects are very controversial, while it is accepted that it reduces overall job flows, no empirical evidence has emerged proving that it negatively affects unemployment rates[29].

Therefore, many comparative analyses which emphasize the virtues of the deregulated labour markets and many theoretical analyses of unemployment based on the assumption of perfectly competitive market at a micro level still express the maximum potential conflict with the labour law approach, to the extent that, although they have incorporated the main institutions of labour law within their models, they fundamentally aim at the flexibility of the labour markets as do their main policy implications.

However, the picture changes partially and new complementarities can be found when a micro-economic look at the peculiarities of the labour market (e.g. information imperfection) is given. *Apropos* this, the aforementioned analysis on downwards wage rigidity has evolved in a comprehensive overview of the many failures that affect labour markets (as well other markets) including: inelasticity of supply (since people are obliged to enter the labour market to survive); problems of collective action; low trust and opportunism that prevent the formation of efficient long-term contracts; inadequate incentives for investment in human capital; information asymmetries; monopsonistic buyers that can set the price of labour.

Naturally, the analysis needs to address each of the points listed above in depth. However, here it is sufficient to observe that given such failures, even some neo-classical economists have argued – taking the example of mandatory maternity leave – that the provision of mandatory norms can be efficient since it "frees" negotiation from the uncertainties deriving from the employer's lack of information on the employee's intentions about maternity, thus enhancing the efficiency of the transaction[30].

The account of market failures rapidly leads us to consider another economic approach, which is different in that it focuses not on the markets but on the firm. In fact, in Ronald Coase's classic theory, the firm is a case of market failure, where the authority principle takes the place of negotiation, creating "isles of hierarchy" within the market[31].

[29] See R. Layard, S. Nickell, R. Jackman, *op.cit.*, *Introduction.* See also J. Messina, G. Vallanti, *Job Flow Dynamics and Firing Restrictions: Evidence from Europe*, *The Economic Journal*, vol. 117, 2007, F279-F301; L.M. Kahn, *The Impact of Employment Protection Mandates on Demographic Temporary Employment Patterns: International Micro-Economic Evidence*, *ivi*, F333-F356.

[30] See P. Aghion, B. Hermalin, *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*, *Journal of Law, Economics & Organization*, 1990, p. 381 ff. On economic utility of pregnancy discrimination laws, even from a different viewpoint, see also S. Deakin, *op.cit.*, pp. 58-59.

[31] See R.H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.

However, as Oliver E. Williamson, founder of the Neo-Institutional School, has argued[32], even the firm fails or is exposed to the risk of a failure, since it may be unable to protect its "specific" investments in human capital. Thus, the enterprise must have a governance structure capable of meeting two main requirements: to protect the continuity of the employment relationship over time, and to set up institutions (including union representation) to guarantee that the work relationship is performed on a basis of reciprocal loyalty.

The Neo-Institutional approach is potentially important for labour law[33], because it leaves room for an economic justification of rights that are aimed at enhancing the value of workers' skills[34]. This fits particularly with a post-Fordist worldview, even though it leaves the problem of protecting low-skilled workers unresolved.

The economic theory of contracts (or contract economics) can also be comprised in the market failure framework, since it concentrates on "incomplete contracts" (the employment contract being one of the best examples) to find solutions to the phenomena of contractual opportunism and adverse selection. According to this field of research, which has a special sensitivity towards institutions[35], the introduction of normative measures can be taken into consideration although it has not yet been applied to labour law.

The Neo-Institutional approach has also gained a macro-economic projection through the Variety of Capitalism approach[36], centred on the notions of "complementarities" and "system coordination" and aimed at rejecting the idea that there is only one only answer to globalisation – that of the Liberal Market Economies. According to this approach, Coordinated Market Economies can count on comparative institutional advantages which given certain conditions, allow them to respond more efficiently to the challenges of globalisation.

In a recent reappraisal[37], the model has been further enriched with a major consideration of the role of the State and the indication of a third typology – the Mixed

[32] See O. E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, New York & London, 1985.

[33] As it has been argued more in depth in R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro, Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2001, pp. 3-45, esp. p. 27 ff.

[34] For further conceptual developments in this direction, see U. Pagano, *Property Rights, Asset Specificity, and the Division of Labour under Alternative Capitalist Relations, Cambridge Journal of Economics*, 1991, p. 315 ff.

[35] See A. Nicita and V. Scoppa, *Economia dei contratti*, Carocci, Roma, 2005; B. Salanié, *The Economics of Contracts*, MIT Press, Cambridge, Mass. & London, 1997.

[36] See P.A. Hall and D. Soskice (ed.), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford University Press, New York, 2001.

[37] See B. Hencké, M. Rhodes, M. Thatcher (ed.), *Beyond Varieties of Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Market Economies – where the elements of CME are integrated with State-compensation mechanisms, in which Italy and Spain have been included[38].

The VoC scholars have confirmed their faith in the possibility that CMEs and MMEs can maintain their competitive advantage even as the pace of globalisation increases. Peter A. Hall, while saying that rumours of the death of the CMEs are exaggerated, nevertheless admits that the shocks that have struck the European economies can deepen the dualism of the labour markets, thus undermining the political compromise on which such societies are based, where "more is at stake than economic performance"[39].

5. Conclusions

The confrontation between economics and labour law is sometimes seen as the clash of two monolithic entities. Since the reality – as it has been seen - is very different, it is interesting to detect which of the schools of economics and labour law feature fruitful intersections. If the answer is positive, the path to an economic justification of labour law may not be so impassable, although the labour law in question may in the end emerge as partially or significantly different from that labour lawyers are accustomed to.

As it has been shown, an excessively abstract and aggregate economic approach based on cross-sectional comparisons which disregard economic differences and "details" of labour markets does not allow much room for dialogue, since the rationale of labour market regulation or institutional aspects such as collective bargaining is assessed on the basis of its distance from the ideal of a self-regulated labour market. The argument for flexibility gains major support from this approach. On the other hand, the micro-economic approach leads to quite different conclusions, since the existence of a number of market failures opens up a new scenario where the intervention of the law can be seen as a tool to address such failures. In Simon Deakin's view[40], this is also the most appropriate interpretation of Coase's theorem.

Obviously, this would significantly alter the rationale of a future labour law. Having anti-market or pro-market regulations is not the same thing. Admittedly, the technique of unbreakability is not eliminated by this approach since some standard economists maintain that, given certain conditions, the existence of mandatory norms can be efficient. There is no doubt, however, that it would lose its centrality since the legal effort (as well as any union action) would be aimed primarily at strengthening the worker's position and freedom of choice in the market without falling into a paternalistic and all-inclusive protection.

It is easy to see the signs of this different philosophy in the labour market approaches which have been a significant presence for the last 15 years in a current of

[38] See O. Molina and M. Rhodes, *The Political Economy of Adjustment in Mixed Market Economies: a Study of Spain and Italy*, B. Hencké, M. Rhodes, M. Thatcher (ed.), *op.cit.*, p. 224 ff.

[39] See P.A. Hall, *The Evolution of Varieties of Capitalism in Europe*, B. Hencké, M. Rhodes, M. Thatcher (ed.), *op.cit.*, p. 39 ff., esp. p. 83.

[40] See S. Deakin, *op.cit.*, pp.46-50.

labour law literature[41] (where the most in-depth elaboration is due to Richard Mitchell's Melbourne school[42]), as well as in the recent legislation of many European countries[43] (which has originated the same "flexicurity" proposal).

Of course, this would shift the focus of labour law from collective protection to the promotion of the individual worker's capacities (or substantive freedom) in the labour market and in social life as a whole. In other words, there is a clear connection between the labour market approach and the aforementioned Amartya Sen's approach, where the very notion of economic efficiency is revised.

According to Frank Wilkinson and Simon Deakin[44], Sen's approach is very useful for labour lawyers, since it allows for the justification of legal intervention aimed at counteracting the effects of the social exclusion, which the market always tends to produce, while at the same time improving the quality of competition among enterprises.

The protection and promotion of individual skills is also the policy suggestion, which can be drawn from the Neo-Institutional School's emphasis on the protection of specific investments. The function of individual rights and of collective action too seems perfectly compatible with this approach.

As for the VoC School, it raises different questions, especially for a country like Italy, which traditionally rejects neo-liberal solutions. Since each system is required to increase its comparative institutional advantages and improve its systemic interactions, the upshot is that a single system cannot afford to be non-liberal and at the same time uncoordinated with regard to crucial areas like union representation.

To sum up, it seems that with regard to the principal current trends, economics and labour law are already partially converging to the extent that it is accepted that the future of labour law lies more in the protection of the labour market than in the classic, all-protective mandatory norms. However, even assuming that the precedents are accepted, this is not to say that the convergence will be easy, since there are still two main points on which the two fields do not match.

On the side of the *labour lawyers*, the assumed trends presuppose a new anthropologic and cultural concept of the worker, no longer rigidly anti-economic, while willing to argue that he/she, as an individual, will not need to be protected for eternity

[41] With respect to the Italian debate, see particularly M. Biagi, *Job Creation and Labour Law: From Protection Towards Pro-Action*, M. Tiraboschi (ed.), *Marco Biagi. Selected Writings*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, pp.105-143; P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.

[42] In the wake of the seminal R. Mitchell (ed.), *Redefining Labour Law*, Centre for Employment and Labour Relations Law, University of Melbourne, 1995, see C. Arup, P. Gahan, J. Howe, R. Johnstone, R. Mitchell, A. O'Donnell (ed.), *Labour Law and Labour Market Regulation*, The Federation Press, Sydney, 2006.

[43] On the Italian case, see R. Del Punta, *The Italian Labour Market "Biagi Reform": an Assessment* (2005), *Italian Labour Law e-Journal*, www.labourlawjournal.it.

[44] See S. Deakin and F. Wilkinson, *"Capabilities", ordine spontaneo del mercato e diritti sociali, Il diritto del mercato del lavoro*, 2000, pp. 317-344; *Labour Law, Social Security and Economic Inequality*, *Cambridge Journal of Economics*, 1991, 15, pp. 125-148. The importance of Sen's approach, with respect to the role of law in promoting individual capabilities, is further discussed by S. Deakin, *Economic Approaches to the Evaluation of Labour Law: comparing Coase, Hayek and Sen, cit.*, pp.55-58.

but can gain a possibility of choice, demanding normative help from the legal system and social help from the unions to achieve it.

Conversely, on the side of the *economists*, the greatest problem is represented by the notion of "power", which they ignore, so that it is not clear whether the concept of market failure can incorporate a disparity of bargaining power between the contracting parties like that traditionally postulated by labour law.

It can be presumed that the dialogue between labour law and economics will follow this path. In any case, if a "new alliance" between all the social sciences is called for to address the complexity of contemporary societies[45], it seems unlikely that the labour law discourse will be able to maintain its proud separation from economics, as if it were the last bastion holding out against the imperialism of the economic dimension.

[45] See L.Thévenot, *op.cit.*

Evaluate Labour Law

by Stefano Liebman[1]

Since the early '90s of the last century, there has been a growing tendency, in discussions over economic policy, to quantify employment protection systems (EPS).

The translation of institutional data into numerical indicators fulfils, as it were, two scopes: the first is to resolve through field studies those shop-worn controversies over the impact of EPS on the performance of an economic system; the second is to render numerical indexes instrumental to policy-making by enabling international comparisons and allowing the identification of institutions that supposedly cause a rigidity of a specific labour market, with a view to changing them.

It is worth noting that, precluding the doubtful theoretical foundation of the approach, reform of the labour market – aimed at eradicating sources of rigidity in some countries – appears to be one of the areas of intervention where consensus runs highest.

In 1999, the OECD elaborated on an index of employment protection systems that proved a significant step forward compared with the previous standards, as the next paragraph makes clear. Unquestionably, the OECD index has been the most widely used since its first release.

In November 2003, a small group of lawyers and economists of Bocconi University, including the author of these notes, wrote a paper aiming to analyse the method used to build the index and underscore some of the issues it raises, specifically in Italy (Del Conte M., Devillanova C., Liebman S., Morelli S., 2004).

The analysis highlighted the extreme variability of the index, inasmuch as its standards are subject to decisions at times arbitrary and to interpretations at times questionable. We also expressed some reservations as to the opportunity of merging partial indexes to generate a single index of global rigidity.

As mentioned, the OECD index (1999) is the latest stage in a long series of efforts (Emerson 1988, Bertola 1990, Grubb and Wells 1994 and, more recently, the famous paper on regulation of labour by Botero J., Djankov S., La Porta R., Lopez De Silanes F. and Shleifer A., 2004) to measure employment protection systems and the rigidity of the labour market legislation that regulate them.

Such an index introduces two major innovations. First, the number of indicators is extended to include, in addition to legislation on no-term contracts and fix-term contracts, legislation on collective dismissals. Second, the new index is based on cardinal digits and attributes to each country a *rigidity index* graded from zero to six, moving upwards to higher EPS rigidity.

This latter innovation is extremely attractive inasmuch as it enables the monitoring of an EPS over time to study its impact on the economic system. In fact, all the indexes before 1999 were based on ordinal digits and provided a standing of the countries based on the relative rigidity of the labour market.

[1] Full Professor of Labour Law and head of the Labour Law area of the PhD program in Law of Business and Commerce at Università Bocconi, Milan (Italy).

This type of information could be of use to make comparisons between nations but was wholly inadequate for dynamic analysis. Indeed, any reform that does not modify the position of the respective countries in the classification falls, by definition, outside the reach of an index based on ordinal numbers and does not permit assessment of the impact of the reform.

The OECD index, instead, monitors variations in EPS over time and enables dynamic analysis on time series and panel-data. It also permits classification of countries according to relative labour market rigidity and the relative position of the respective countries. Italy, for instance, with a rigidity index of 3.5, ranks among countries with low-flexibility labour markets alongside Greece, Portugal and Turkey. The United States and Great Britain, instead, rank at the other end with an index below one.

Thanks to these advantages, the OECD index has been, by far, the most widely used for field studies and policy discussions. Cazes and Nesporova (2003) have applied the same method to five countries in transition (Bulgaria, Estonia, Poland, the Russian Federation and the Czech Republic).

Moreover, even those authors who concede that a rigidity/flexibility index falls short of explaining things and suggest other broader standards to assess the role of other labour market policies and institutions (Boeri T, Garibaldi P., Macis M. and Maggioni M., 2002), agree on the OECD index to measure EPS.

The very fact that the index is so widely used largely prompted our research.

The notion of labour market rigidity/flexibility itself is subject to controversy and may be viewed from an array of angles.

The OECD itself (1999) provided a broad definition of EPS: "*employment protection refers both to regulations concerning hiring (e.g. rules favouring the disadvantaged groups, conditions for using temporary or fix-term contracts, training requirements) and firing (e.g. redundancy procedures, mandatory pre-notification periods and severance payments, special requirements for collective dismissals and short-time work scheme"*.

In fact, the index was based on 22 specific indicators that are successively aggregated. The first step consisted in attributing values to the indicators specific to labour legislation. With respect to no-term contracts, for instance, the OECD factors in twelve specific indicators. Similarly, the six successive indicators measure other forms of contracts (the first three for fix-term contracts and the remaining three for temporary contracts). Finally, the last four report information on collective dismissal regulations.

The attribution of value is immediate where magnitude is measurable – such as the amount of severance entitlement, the maximum duration of a contract, etc. – yet, even in such cases, the complexity of legislation requires a compromise between a variety of institutions.

Where magnitude is not measurable, legislation data is translated into numbers according to some specific criterion. For instance, the definition of dismissal without cause is rated:

- **0** where the professional performance of the worker or redundancy fall into the definition of dismissal with cause;
- **1** where the choice of the workers to be dismissed is subject to social considerations such as age or workplace seniority;

- **2** where dismissal must be preceded by alternative posting and/or training for outplacement;
- **3** where insufficient performance of the worker does not qualify for dismissal with cause.

Once a value is attributed, each variable is adjusted to a scale from zero to six, moving to higher rigidity. The next step is to aggregate the specific indicators and this is done by weighting the self-same indicators.

Before expressing reservations on the concrete elaboration of the index, we wanted to stress the dangers inherent to the aggregating process. Afterwards, we examined the attribution of numeral values to the partial indexes operated by the OECD, in particular in the case of Italy.

Leaving to the reading of the original paper in order to analyze the technical criticism we raised to the OECD index (Del Conte M., Devillanova C., Liebman S., Morelli S., 2004), I shall summarize here a set of issues, which, in our opinion, are preliminary to any dialogue between legal scholars and economists on the topic of the different models to regulate flexibility in the employment of labour force.

Legal scholars have always underlined the theoretical core underpinning legal systems to comparative studies. Arguably, comparing a rule from one legal system with the correspondent rule of another and verifying empirically their concordance or discordance is as old a practice as the awareness of the legal fact proper.

However, comparative study as a social science raises a substantial epistemological problem in relation to its scope. The current theoretical debate takes its cue from the absolute independence of comparative study from any specific utilitarian scope. As a social *science*, comparative study does not harbour objectives of social prevention. It does not aim to improve mutual understanding between peoples or perfect the edifice of international public law, nor does it aim to approximate and harmonize legislation, or better national law (Kahn-Freund O., 1966 and 1974).

As has been magisterially stated, what is now expected of comparison presently is to “deflate bogus instruments of knowledge: substitute hard data for them and thereby acquire valid knowledge”. Indeed, comparison challenges and debunks hasty generalizations; it dissolves issues rooted in nominalism; it moves beyond underlining correspondences and divergences to discern their causes. Comparison seeks *law in action* and not *law in the books*: the former reflects applied law, reality, substantial resolution, while the latter reflects apparent law, superstructure and not law. Comparison is history and such history, as it pulverises false notions, is conducive to knowledge” (Gorla G. 1954).

These synthetic but final words amply justify the caution, not to say downright scepticism, which has characterised the attitude of legal scholars towards cross-country econometric studies of institutional data.

In regards to the OECD index on labour market rigidity proper, labour law scholars are at pains to grasp the sense of analysis and juxtaposition of legal texts picked from different national legal systems with the avowed aim of attributing to each a numerical value enabling comparative assessment.

Laws in *the books* may be similar in different countries and yet may prove quite divergent when set against laws *in action*. If, in case of unfair dismissal, the law provides for damages commensurate to unpaid salary between the time of dismissal and the time

of reinstatement of the worker, it is quite clear that the computing of the damages is contingent on a period that is not determined at law, but that depends on court practice.

Moreover, said practice not only varies from country to country, but, even inside the respective legal systems, from jurisdiction to jurisdiction. Yet again, practice varies inside jurisdictions, according to the avenue of remedy selected by the claimant (ordinary procedure, urgent procedure) and, hence depends on the availability of the single judges confronted with a massive influx of petitions for urgency proceedings. Note should also be made of the disparity of productivity between judges, due to the actual absence, in many systems, of provisions setting down express time limitations for proceedings, inclusive of release of judgement.

Even assuming that all such variables (and many others which cannot be adduced here for obvious limitation of space) were factored into the making of numerical indexes (and be it said here that such operation is not even remotely considered), before embarking on an attempt to make comparable the data measured in a single country, it would be necessary to tackle those issues raised by comparison which have been briefly described above. In other words, it would be necessary to explain how such data fit in with the variety of historical, social, cultural, structural and super-structural configurations of the different legal systems (Ichino A., Polo M., Rettore E., 2003).

In reality – and this is what puzzles most legal scholars – it seems that the, doubtless sophisticated, quantitative measurement of institutional factors proceeds from an inverted sequence: comparison is subsequent to the generating of numbers, because numbers are the starting points for comparison.

We believe the reason for such inversion in the method lies in the immanent and intrinsic nature of the development of numerical indicators itself, that is, in the production of practical tools instrumental to comparative study.

Hence, the first question the legal scholar puts to the economist: is it admissible for a scientific approach to renounce measuring values whenever considerations of an exquisitely cultural tenor warn against dubious quantitative measurements? Alternatively, is there an overriding exigency, instrumental to the objectives of econometrics research, to produce comparable values regardless?

Another issue raised by the translation of institutional data into numbers concerns language. The issue has generated a vast and impassioned debate among comparative law scholars, which cannot, even briefly, be outlined here. However, some aspects of the issue need be mentioned here.

To the legal scholar, the language of law is a formal instrument highly distinctive from the specific language that expresses it. Inside the language of law proper, there exist identical wordings with changing meanings, caused either by the evolution of the law, or by different contextual determinations.

Regarding the interpretation of the language of law, the problem is compounded by the necessity to compare it with other languages of law couched in different national languages. Needless to say, heuristic problems increase alarmingly at that stage.

Thus, if it is true to say that two pieces of legislation in a single body of rules may vary the meanings of words, it is also true to say that two provisions in different countries may use homonymous words with different meanings.

It appears that pretty much the opposite phenomenon is taking place in the field of economic studies. There, a single language (English) is crowding out the diversity of national languages and occupies such a dominant position as to incorporate and, thus, shape every aspect of reality, both in the economic and legal spheres, blissfully unconcerned with national variables.

The problem indeed, has become a pressing issue. It is a fact that within the European Union the problem was faced and resolved by recognizing the languages spoken in the respective member States as official languages.

The use, in the construction of the OECD index, of *severance pay* as an all-embracing notion is emblematic of the distortion caused by hasty incorporation into English language of diverse realities expressed in their respective languages. Whereas *severance pay* which, strictly speaking, refers to the money paid to an employee upon termination of his employment, it has been used in that occasion to cover equally schemes which, in their respective countries, may either amount to additional costs to the company in case of dismissal or, to savings for said company through the deferred payment in any cases of employment termination or of portion of salary due the worker.

Now, a second question must be answered about any attempt at harmonizing institutional data: in the process of comparing institutions, has due allowance been made to the fact that lexically homonymous expressions used in diverse countries may have different meanings in law? Therefore – yet again – is it admissible for such an approach to renounce quantitative assessment whenever linguistic and judicial examination of homonymous institutional edicts uncover substantial differences in meaning?

The observations here briefly outlined –inspired by the teachings of comparative law – only aim to caution researchers using cross-country analysis and evaluation of legal systems comparable on paper against such hasty generalizations as are only too prone to emerge from the crunching of numbers.

To avoid such pitfalls, it is necessary to adopt a comparative model which does not only record formal similarities and dissimilarities, but which also tracks down their causes. In addition, such model should unreservedly embrace the possibility that it might not have any practical purpose, in the light of the fact that legal systems are not always amenable to quantitative models.

The OECD index was calculated for the late ‘80s, the late ‘90s and for 2003. The index for the ‘90s had Italy appear as a country with a high level of employment protection and, to that extent, comparable to other Mediterranean countries. In the 1999 index, its position was affected by the fact that – in addition to other anomalies – the so-called “Employment Termination Indemnity” was placed inside dismissal costs, not considering that, according to the Italian law, such an amount of money is only a deferred payment of a portion of salary due to the employee. The OECD has since admitted the error in its 2004 issue of the *Employment Outlook*.

The index of employment protection established by the OECD for 2004, instead, takes into account the modifications introduced in Italy by labour market reform in the previous years. Thus, it changes position (from 3.1 to 2.4): the overall index for Italy now compares favourably with the 2.6 of Norway and Sweden (Nordic countries), the 2.9 of France and the 2.5 of Germany (continental countries).

Italy still comes across as “more rigid” than the United Kingdom with its 1.1 index.

The difference between the overall employment protection indexes in Italy and in the United Kingdom, 2.4 and 1.1 respectively, is caused by the significant difference between the indexes attributed to temporary contracts (2.1 and 0.4) and to those attributed to mass redundancy (4.9 and 2.9), compounded by the disparity between the indexes attributed to permanent contracts (1.8 and 1.1, respectively).

Inside the class of permanent contracts (which weighs for 5/12 on the composite index, though such contracts account for 90 per cent of all payroll workers), a line is drawn between *unfair dismissal compensation at 20 years of tenure* (compensated by fifteen monthly wages in Italy and eight in the UK) and the *possibility of reinstatement after 20 years (whether the employee has the option of reinstatement into his/her previous job, even if this is against the wishes of the employer).*

On that score, in reality, the assessment of the OECD is somewhat crude and essentially misleading. Indeed in the Italian case, the OECD puts together companies subject to reinstatement provisions (i.e., "absolute" protection by way of mandatory *reinstatement*) and which, under the terms of law, applies only to companies with more than fifteen workers (5 per cent of the companies active on the Italian labour market), and those subject to weaker employment protection (i.e., *reemployment* or compensation, at the discretion of the employer) (Schivardi F., Torrini R., 2003).

In addition, the rigidity attached to reinstatement and to the fifteen monthly wages in compensation in case the worker refuses reinstatement and asks for compensation is erroneously compounded by an improper multiplication of dismissal costs since reinstatement and 15-month wages compensation are mutually exclusive.

Lastly, the duration of legal proceedings and court practice are not factored in as variables, though they play a critical role in such matters.

It appears quite clearly at this stage that the determination of indexes of rigidity is based on errors that hamper proper assessment.

The OECD also attributes different levels of rigidity to two countries with respect to redundancies. The impact of this third component is, however, limited, owing to the already mentioned reduced weight attributed to it in the construction of the composite index.

Yet, the level of rigidity attributed by the OECD to mass redundancy provisions in Italy is based on a significant confusion between different schemes, namely *redundancy benefits* and *integrative benefits* for idled workers, as well as an estimation of the legal requisites to redundancies – i.e., corporate reorganization – as "restrictive of freedom of enterprise", though in practice the entrepreneur retains the discretion to proceed as he chooses.

Assuming as known, the mentioned limits of the OECD methodological approach in the construction of the indexes for employment protection systems, here is sufficient to reiterate the opinion that the endeavours to quantify and synthesise complex systems for the scope of comparison rest on shaky foundations.

In many respects, particularly where these analyses are used to inspire economic policy, the suspicion arises that the indexes are built in such a manner as to justify the orientations or biases of the people who first built these indexes.

More pointedly, the fundamentally ideological assumption that fully liberalised labour markets would trigger a rise in employment levels and would favour "fair income

distribution" seem to preside over the construction of these indexes. Such an assumption, blithely setting aside all the problems regarding disparities in information and differences in bargaining powers between parties, quite naturally comes to the conclusion that any restriction to the free play of market forces generates inefficiency (Freeman 2005). I do believe, instead that history amply proves how employment protection schemes, regardless of the positive or negative courses they took over time, were adopted specifically to remedy market dysfunctions which had little to do with abstract conceptualizing.

On the economic level, the OECD itself appears very cautious in assessing the impact of employment protection systems on employment levels.

The *Employment Outlook* 2004, p. 80, reads: "*Overall theoretical analysis does not provide clearcut answers as to the effect of employment protection on overall employment and unemployment. It is not surprising that economists have turned increasingly to empirical analysis to try to resolve the question. At first glance, simple cross-country correlations are still partly inconclusive… Naturally, it is not possible to draw policy conclusions on the basis of such bivariate associations and several studies have been carried out in search for clearer conclusions from multivariate analysis. There too, however, researchers are not unanimous"*.

The study mentioned earlier that criticised the method of construction of the rigidity indexes adopted by the OECD has inspired scholars into new forays of institutional data. Indeed, these scholars have seized on this opportunity to point out the necessity to clarify the theoretical issues attached to comparative study of distinct legal systems. In particular, it has been said that the main scope of such comparative study is to demythologize instruments of knowledge of dubious validity and to replace them with historical data in order to attain valid knowledge (Artoni R., D'Antoni M., Del Conte M., Liebman S. 2006).

As mentioned above, the comparison of disputes should not only gather differences and similarities, but explain the reasons of such differences and similarities. The analysis of social protection systems must: (1) start from the general and specific reasons that guided their formation and then, (2) move on to the analysis of the processes whereby legal provisions influence or bind the options of the players and, (3) conclude with an assessment of the effects generated by either the loosening or strengthening of these provisions in a given historical and institutional context.

An approach along those lines by Blanchard (2005), who himself had made ample use of the OECD indicators in the past, has been illustrated in a paper where he writes, *"in the process of looking at the effects of institutions, I have become less convinced that existing measures fully capture what is going on"*. After re-examining the developments of the last years, he concludes, *"the decrease in employment protection has come in the form of introduction of two types of labor contracts, traditional and highly protected permanent contracts, and new, less protected, temporary contracts. Whether such a reform actually decrease unemployment is ambiguous; what is certain is that it has created a dual labor market, with protected and marginal workers"*.

As mentioned earlier, these observations should be properly integrated into informed surveys on employment and distributive situations in other countries. They should also proceed with the identification of the sets of provisions that have led to or permitted the persistence of misinterpretations. Notwithstanding the impact of provisions on the prosecution of a proper distributive system, our findings take us far from both the OECD indicators and from substantially arbitrary measurements. The neglect of such structural data renders the terms of comparison irredeemably flawed and produces

abstract and nominalist operations, instrumental – in the best of hypotheses – in *justifying*, on supposedly scientific grounds, conclusions that rather belong to common wisdom.

All the observations developed thus far push towards the opting for a methodology that envisages analysis within a broader hermeneutical frame of reference, where economic analysis and legal scholarship interpenetrate in a process of confirmation and refutation.

In conclusion, I think that any realistic analysis of employment protection systems in a diversity of countries must proceed by examining institutional provisions according to the principles of methodology of comparative law. This, however, implies among other things, that the comparison of legislative systems may and must be conducted outside any concern for their possible measurement by index. Indeed, quantitative measurement – howsoever arrived at – of formal elements extrapolated from legislative provisions not only is technically fallacious, but is also uncharacteristically constraining, it being very much a self-fulfilling prophecy inspired by ulterior motives (Artoni R., D'Antoni M., Del Conte M., Liebman S. 2006).

Bibliography

Artoni R., D'Antoni M., Del Conte M., Liebman S. (2006), *Employment protection systems and welfare state models: a comparative study*, Annual Meeting – Italian Society of Law & Economics, Siena - November 25-27, 2005, Working Papers Econpubblica, n 107, now in English SSRN, *Bocconi University Legal Research Paper Series*, n. 6-11.

Bertola, G. (1990), *Job Security, Employment and Wages*, *European Economic Review*, n. 34.

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

Blanchard G. (2005), *European Unemployment: the Evolution of Facts and Ideas*, *NBER Working Paper* 11750.

Boeri, T., Garibaldi, P., Macis, M. e Maggioni, M. (2002), *Adaptability of Labour Markets: a Tentative Definition and a Synthetic Indicator*, Milan, Fondazione Rodolfo Debenedetti.

Botero J., Djankov S., La Porta R, Lopez-De-Silanes F. and Shleifer A., (2004), *The regulation of labor*, NBER Working Paper Series n. 9756, now also The Quarterly Journal of Economics, 119, 1339-1382.

Cazes, S. e Nesporova, A. (2003), *Labour Market Flexibility and Employment Security in Transition Countries*, International Labour Organisation, Geneva.

Del Conte M., Devillanova C., Liebman S., Morelli S., (2003/2004), *Measurability of Employment Protection Systems*, Working Papers Econpubblica n. 96, then Politica Economica, XX (2004), n.3 end now, in English, SSRN, *Bocconi University Legal Research Paper Series*, n. 6-3.

Emerson, M. (1988), *Regulation or Deregulation of the Labour Market: Policy Regimes for the Recruitment and Dismissal of Employees in Industrialised Countries*, *European Economic Review*, n. 32.

Freeman, *Labour Market Institutions without Blinders: the Debate over Flexibility and Labour Market Performance*, *NBER Working Paper* 11286, April 2005.

Gorla G., Preface to *Il contratto*, Milan, Giuffré, 1954.

Grubb, D., Wells, W. (1993), *Employment Regulation and Patterns of Work in EC Countries*, *OECD Economic Studies*, n. 21.

Ichino A., Polo M., Rettore E. (2003), Are judges biased by labor market conditions? European Economic Review, 47 (5).

Kahn-Freund O., (1966) *Comparative Law as an Academic Subject*, 82 LQR, 81, 40.

Kahn-Freund, O.,(1974) *On uses and misuses of Comparative Law*, 37 MLR, 1.

Nickell, S. e Nunziata, L. (1999), *Employment Patterns in OECD Countries*, Discussion Paper n. 448, CEP (Center for Economic Performance), London School of Economics.

Nicoletti G., Scarpetta S., Boylaud O. (2000), *Summary indicators of product regulation with an extension to employment protection legislation*, Oecd Economic Department Working Paper n. 226.

OECD (1999), *Employment Outlook*, Paris.

OECD (2004), *Employment Outlook*, Paris.

Schivardi F., Torrini R. (2003), Firm size distribution and EPL in Italy, William Davidson Institute Working Paper 613.

Core labour standards, the Global Compact approach

by Silvia FOFFANO[1]

1. Introduction

Prior to a discussion of the central themes of the present study, it may be advantageous to summarise what is meant by *labour standards* and *core standards*[2], since it is precisely their effectiveness that this study aims to assess.

International law contains detailed legislation covering all aspects of employment and labour, legislation that can largely be traced back to the numerous conventions adopted by the ILO. The existence of all these legislative recommendations mandates the necessity to define a much smaller nucleus of minimum *standards* (the *core labour standards*) determined to be a legislative *sine qua non*. The guaranteeist strategic approach aims towards a recognition of this subset of standards as obligatory and seeks to have the minimum standards implemented as widely as possible, but this does not preclude a more protectionist[3] approach to their implementation on a national level. As proof of a more strategic approach to reaching the goal of worldwide acceptance of, at the very least, the minimum standards, one need only consider the fact that not even one of the conventions relating to even the *core labour standards* has ever been ratified by all member states of the ILO.[4]

The *core labour standards* refer to four principles considered fundamental and irrefutable. Their source is the 1998 ILO Declaration on the Fundamental Principles and Rights of Labour, and they specifically concern the freedom of association and the right to collective bargaining; the abolition of forced labour; the abolition of any form of child labour and the raising of the minimum working age; the elimination of discrimination.

This study will analyse the value and importance of the work carried out by the ILO on the one hand; and on the other, the limited legislative effectiveness by which the ILO is characterised. We will therefore summarise international measures aimed at

[1] Doctoral Candidate at the University of Modena and Reggio Emilia (Italy).

[2] For the distinction between these two terms, see R. BLANPAIN- M. COLUCCI, *The globalization of labour standard : the soft law track*, in *Bulletin of comparative labour relations*, Kluwer, 2004.

[3] The 1998 Declaration, which codifies the core labour standards, has only exhortative not binding value. But from an increment in economic growth, matched with an effective guarantee of fundamental rights should follow an impulse towards improved social conditions, as well as the need to strengthen the application of regulatory measures aimed at protecting any progress already made S. SANNA, *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel diritto Internazionale*, Giuffrè, 2004, 51.

[4] According to the ILO database (ILOLEX) of 182 member countries, the Conventions on collective bargaining (Nos. 87 and 98) were ratified by 149 and 159 countries respectively. Convention No. 29 on eliminating forced labour was ratified by 173 countries, while Convention No. 105 was ratified by 171; Convention Nos. 100 and 111 on equal opportunities were ratified by 166 and 168 countries; Convention Nos. 138 and 152 on eliminating child labour were ratified by 151 and 169 countries. Data correct on 7 Feb 2009.

guaranteeing the *core labour standards* and in particular will, within the limits of a study of this kind, focus our attention on the most recent measure, the UN *global compact* programme, which happens also to be the most transversal. Our study will assess the effectiveness of the diffusion and application of the minimum *standards* of protection with regard to this specific UN programme.

2. The limits of international labour law

International labour law was defined in order to protect workers against problems arising from competition between States and national economies[5]. As such, international labour law should not be considered in the same light as the regulations defined by each individual State. Historically, international legislation has been developed contemporary to and in coordination with the development of labour law in many single nations. Consequently, national regulation has been developed – in some cases – at the same time as international standards have been recognised, thus the two systems are frequently closely linked.

The encouragement of the international *standards* can be explained in many different ways. Simplifying matters slightly, one can distinguish between three principal reasons for their encouragement: the risk that globalisation without the protection of the labour standards might bring about increased unemployment levels in those countries which recognise and protect the standards; the desire to avoid the over-assertion of protectionist demands and lastly; the sense of solidarity with workers who provide their services in those countries where labour guarantees do not exist[6].

The first question that must be answered is whether international labour law should be considered a *soft law* or a *hard law*. The latter is more in line with the definition of the term "legislation", in that legislation brings with it certain obligations of substance and procedure, and mechanisms to guarantee its effectiveness. For many authors, the essence of *hard law* lies in its economic sanctions, including fines and, above all, trade restrictions.

Soft law[7] covers rules of conduct that are not enforced by binding legal obligation, but which, despite the absence of binding obligation, still have legal and practical effects.

[5] At the root, faced with the problem of guaranteeing conditions in free competition between economic entities within national limits is born industrial labour law as the competent judge of trade law. A. PERULLI, *Diritto Diritto del lavoro e globalizzazione: Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, 1999.

[6] The first argument focuses on the behaviour of multinational companies to invest in countries with low labour standards. Further, there is a risk that it will lead to a downward pressure on domestic labour standards.

[7] The huge variety of instruments that may fall within the scope of the above definition makes it impossible to make general comments on the nature, function, possible legal effect and other characteristics of soft law, such as addressees, possible legal basis, etc. This does not mean that a classification of soft-law instruments would also be impossible. Even if soft-law instruments are not defined or regulated in any way, it appears possible to establish their core features by looking at the instrument itself, its actual contents and the intention of its drafters. With a view to assessing their possible use as an alternative or complement to legislation, a classification is best made based on the function and objective the various soft-law instruments can be said to have. L. SENDEN, Soft law, self regulation and co-regulation in European law: why do they meet?, in ECJL, n. 9, 200.

ILO conventions are the principal source of international labour law and are binding only for those member states that have ratified them. The ILO's main activity is to promote, create peer pressure and provide technical assistance in the implementation of the *standards* laid out in the conventions. If violations occur, the ILO cannot impose economic or financial sanctions. One can therefore consider the ILO to be an organisation based on voluntary adherence. Despite this, one should not forget that this agency is unusual insofar as it possesses supervisory power and considerable means of applying pressure, a fact that makes the ILO a unique guarantor in the field of *international standards law*. The spirit of the ILO is not, then, to impose sanctions, but to spread a culture of recognition of ILO values and to help those values to become deeply rooted in the individual States themselves.

From what has been noted, one can deduce that the conventions of international labour law are *soft law*. To support this view, further evidence will need to be provided. The recipients and subjects of international human rights law (under which umbrella labour law is also found) are States themselves. This is perhaps the first limitation of international labour law, since it follows that only States can be held responsible for violations against these laws. There is no scope for individual responsibility[8], which should instead be covered by laws within each nation[9].

So if the State is subject to regulations, the single individual who breaks the regulations cannot be held accountable. With specific regard to labour law, this is an even greater limit, since individual employers and companies will for the most part perpetrate violations. Logic would decree that the State that adhered to the international standards would (hierarchically) punish the offending individual, but as is widely known, this is not always the case.

Furthermore, if the enforcement of a regulation is brought about by application of sanctions, meaning that the deterrent generated by the prospect of punishment is what intrinsically defines a regulation, then we face a contradictory[10] situation in the case of labour law. On the one hand, there is no doubt that these regulations qualify as "law" insofar as they protect fundamentally important principles and are created by organisations with legislative power; on the other hand, they are "*soft*" because they have no binding force. Breaking one of these laws does not incur a "classic" punishment or sanction, yet the laws are still capable of producing indirect effects. The only possible sanction lies in the principle of reciprocity as laid out in the ILO constitution's preamble, but this lacks the strength necessary to prevent violations.

Despite the limits described, the lack of a binding nature does not deprive *soft law* of all effectiveness, which is arguably the most interesting point, since it creates a theoretical and practical dissonance. The effectiveness of these regulations is determined by the ethical value recognised in them and by the expectation on behalf of third parties

[8] The notion of "international labour law" seems to be contradictory: the person is the unique subject that can drive a labour contract, whereas states have not the capacity to conclude a contract of work and to be obligated to give their labour. M. DECLEVA, voce *Diritto internazionale del lavoro*, in *Nuovissimo digesto italiano*, vol. V, Utet, 1960, pag. 881.

[9] S. SANNA, op. cit., 128 ss.

[10] The author defines soft law as an oxymoron. I. DUPLESSIS, *Soft International labour law: the preferred method of regulation in a decentralized society*, in *Governance, International Law & Corporate Social Responsibility, International labour Organization*, 2008, 11.

that they will be obeyed and respected[11]. Furthermore, it should be pointed out that there has been a recent emergence of the use of ILO principles in national law proceedings, testimony to which is the fact that even lower level courts[12] make increasing reference to the Conventions and Recommendations. Nevertheless, the level of application is insufficient and there are still situations in which the regulations are not enforced, an example of which is given by the continued existence of child labour despite the fact that ILO Convention n.182 expressly forbids it[13].

3. Other instruments determining the effectiveness of the core labour standards

As stressed above, there is no doubt of the relevance of the *core labour standards*; the applicative approach used, which relies upon *soft law* measures, is a totally different matter and requires particular attention. The first observation that should be made has to do with the diversity of methods by which the *standards* are promoted[14], beyond the international regulations laid out by the ILO. One can distinguish among them *hard law* measures, including the social clause[15].

This term describes those regulations covering the core labour standards which States, and consequently businesses, must obey if they are to receive certain benefits brought about by the liberalisation of international trade and if they are to avoid incurring real economic sanctions. This stems from the collaboration between the ILO and the

[11] Respect of this rule is determined by instrumental rationality. A. PERULLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori nel diritto internazionale*, in *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi* (S. SCARPONI a cura di), Trento, 2007, 82.

[12] France's Court of Cassation has historically been reluctant to draw on universal sources of labour law. Such explicit references to international labour standards as have appeared in its rulings have been marginal at best. A partial explanation may be that the monistic system operating under French law implies direct incorporation of international law into national law. Yet, the judgement of 26 March 2006 of the Court of Cassation's labour division has interesting potential implications for future judicial decisions concerning the use of international labour law instruments. Indeed, this judgement recognizes the direct application of the ILO's Convention No. 158 in the following terms: "Article 1, subparagraph 2(b) of Article 2 and Article 11 of International Labour Convention No. 158 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, adopted at Geneva on 22 June 1982 and having entered into force in France on 16 March 1990, are directly applicable before national jurisdictions"; and Supreme Court of Canada, *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, 21 December 2001; Supreme Court of Canada, *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (Justice Dickson), 9 April 1987; These cases are analysed in E. GRAVEL – Q. DELPHEC, *International labour standards: Recent developments in complementarity between the international and national supervisory systems*, in *International Labour Review*, Vol. 147 (2008), No. 4.

[13] M. V. BALLESTRERO, *Giustizia Globale e diritti oltre la dimensione nazionale*, speech on Basso foundation, Rome, 21 June 2007.

[14] J. MALMBERG, *Promoting fair labour standards in a Globalized economy: the need for a multi track approach*, in *Bulletin of comparative labour relations*, n. 60, Kluwer, 2006, 156.

[15] A. PERULLI, *op. cit.*, Cedam, 1999 and A. MAZZONI, *Globalizzazione, commercio internazionale e giustiziabilità di pretese private fondate su norme internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, Aprile- Giugno 2006, p. 255.

World Trade Organisation (WTO), thus from the collaboration between two organisations operating with different aims: labour legislation in the case of the former and commercial legislation in the case of the latter. This is the only situation that is truly binding upon adherents to labour standards, since it puts economic sanctions in place. To avoid the risk of giving weight solely to the economic interests which appear to prevail in the social clause, one should not overlook the relevance of human rights. Recognition of a more or less positive value in the social clause divides the theoreticians into two groups: neo-classicists and neo-institutionalists. Neo-classical theory, for the most part supported by an economic perspective, holds that there is no interest in placing binding labour legislation into international commercial agreements. Neo-institutional theory, on the other hand, holds that it is essential that the marketplace function by respecting and being bound by labour *standards*[16].

Examples of agreements that introduce a social clause are GATT, ITO, WTO and NAFTA.

One can also bear *International Framework Agreements*[17] in mind, since these agreements between multinational corporations and trade unions are characterised by the very fact of being half way between *soft* and *hard law:* they are voluntarily entered into by both parties, but are legally binding by nature of being contracts.

The majority of measures, however, fall into the category of *soft law*, as does the regulatory activity of the ILO, as already discussed. New measures are added to the traditional ones, and among the new are some created not by the usual *lawmakers*, such as States, but by entities such as the multinational corporations who will themselves be subject to the measures. This is the context in which private business codes of conduct come into being, codes which should not be confused with internationally defined codes of conduct, of which the OECD is the most influential.

Private ethical codes are voluntarily adopted by companies in order to guarantee certain internal labour *standards*. This development of social responsibility happens in response to the increasing demand from the consumer for ethical behaviour on the part of businesses. There is considerable doubt, however, as to the effectiveness of these codes of conduct, precisely because they are voluntary and because proof of implementation of the codes is difficult to obtain.

The OCED's *Guidelines for Multinational Enterprises* (MNEs) are the foremost example of an international code of conduct, and are recognised as "*good practice for all*", both for multinationals and for national-level businesses. International investments have enormous relevance in the economic world, thus one can argue that multinational enterprises play a deciding role in the adoption of standards, hence the *guidelines* also take on an essential role. The *guidelines* state that each country may determine the conditions by which multinationals must abide in order to operate under the nation's

[16] ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Trade, Employment and Labour Standards*, Paris, 1996, 78 ss.

[17] IFAs, nonetheless, constitute a strong basis for industrial relations on international level and have a strong moral and commercial effect. IFAs further have an interpretative function in national labour law. Therefore, while a hard binding effect is rather disputable, IFAs, as soft law instruments, definitely have a strong morally binding value that even goes beyond the status of soft law. IFAs should therefore be positioned somewhere in a grey area between the soft track and hard track law. In G. VAN WEZENBEEK, *International framework agreements and fundamental social rights, master thesis international and European labour law*, Tilburg University, 2008, 91.

jurisdiction. It must be underlined that the guidelines slot are a supplementary element below the hierarchy of national law and that they are not of a legal nature, rather they "*provide voluntary principles and standards for responsible business conduct addressed to multinational enterprises themselves*"[18]. They are therefore a moral, rather than a legal, obligation.

To conclude, one should mention the Global Compact[19] – a measure supported by the United Nations – characterised, as we will see in greater detail below, by the manner in which it brings the private perspective of business codes of conduct closer to the international perspective of the governmental organisations of the UN. The recent creation and rapid spread of this project, and the prospect that it might constitute another path towards guaranteeing the effectiveness of the *core labour standards* make it an interesting case for study.

4. United Nations action towards a more inclusive, sustainable global economy

The Global Compact was founded in 1999 with the objective of creating a more inclusive, sustainable global economy. Kofi Annan, former secretary of the UN, announced the programme at the World Economic Forum as a means of giving citizenship to social responsibility[20]. As we will see in greater detail, the programme is characterised by the transversality of its subjects, by the themes it covers and by its creation of *networks*. Nevertheless, enterprise is the protagonist and – by means of an increased emphasis on social responsibility – has a duty to contribute to finding solutions to the challenges presented by globalisation; challenges related to the diffusion of rights not closely linked to the interests of the economic market which have until now remained unanswered. In this regard, the existence of a dichotomy between what is covered by international legislation and what is received and put into action by each nation is evident. Thus, this programme operates not only by involving national institutions, as already happens in other projects, but also by putting pressure on businesses to in turn put pressure on governments by refusing to open facilities in nations in which the universally accepted minimum *standards* are not recognised[21].

The encouragement of the programme is achieved by a *network* involving six United Nations agencies: the UN High Commissioner on Human Rights (UNHCHR), the UN Environment programme (UNEP), the International Labour Organization (ILO), the

[18] OECD, Guidelines for International Enterprises, Foreword.

[19] R. BLANPAIN, *International labour law and globalization*, Textbook, 2009, 155.

[20] Enterprise social responsibility can be understand from a sociological point of view, the approach of S. GHERARDI, P. ROSSI, *La responsabilità sociale d'impresa: uno sguardo sociologico*, in op. cit, 47 ss. The authors identify situations in which companies go beyond economic performance and engage in actions for the social good. A recent study shows that what is missing is a theoretical framework that would allow these ethical rules to be put into practice in the day-to-day life of the enterprise.

[21] Research conducted in Africa focused on a multinational that implemented an ethical code which meant limiting where it would open facilities, since to open in some states (Iran, in the example) would mean the company itself would be complicit to abuse carried out in these States: on this topic, J. HANKS, *Seasonal and Ungc principles on human rights, case study, South Africa in Learning Forum Global Compact*, www.globalcompact.org, 3 February 2009.

UN Development programme (UNDP), the UN Industrial Development Organization (UNIDO) and the UN Office on Drugs and Crime (UNOCD). The involvement of subjects with such diverse activities shows that, although the target is the same as that of other projects, this programme is distinguished by its interdisciplinary approach.

The principles on which this programme is based are derived from several Declarations, all of fundamental importance but of different ages. The first two principles are defined in the 1958 Declaration on Human Rights, considered consuetudinary international law. Based on these principles, enterprises are expected to promote and respect universally recognised human rights within their sphere of influence (first principle), and also to ensure that they are not, even indirectly, complicit in abuses of human rights (second principle). The 1998 Declaration by the ILO on the Principles and Fundamental Rights of Labour is similarly called upon; this declaration recognises workers' right to association and collaborative bargaining (third principle), the abolition of forced and obligatory labour in any form (fourth principle), the encouragement of equal opportunities and equality of treatment in employment to eliminate all forms of discrimination (fifth principle), respect of the minimum working age and the abolition of all forms of child labour (sixth principle).

Beyond this, the programme also has an environmental scope and calls upon principles from the *United Nations Environment Programme*, taking fundamental elements of the Declaration of Principles and the United Nations International Action Plan on Sustainable Development (Agenda 21) as defined by the UN Conference on the Environment and Development held in Rio de Janeiro between the 3rd and 14th June 1992. Chapter 30 of Agenda 21 describes the idea that trade and the entrepreneurial world should both carry out a fundamental role in safeguarding natural resources and the environment by means of a preventative approach to environmental challenges (seventh principle), developing initiatives to encourage environmental responsibility (eighth principle), fostering the development of technologies that respect the environment (ninth principle). Lastly, in 2004, a tenth and final principle was included concerning the fight against corruption of any kind, including extortion and bribery.

The activity of the programme exploits businesses' ethics, but does not put in place any obligations. Since adherence to the programme is absolutely voluntary, its integrity is guaranteed by an obligation upon businesses to communicate annually what progress has been made, even if the sanction for not following the principles and not meeting objectives is simply to be struck from the programme's lists. It is easy to understand how limiting the lack of deterrent sanctions against violations might be.

However, aside from the (significant) limitations of the programme, an analysis of the annual monitoring reports submitted by participating companies is an interesting exercise. First, one can make certain considerations about the different focus of the companies based on where their facilities are located. In European locations, attention is shifted more towards environmental protection, while in developing countries, more time is spent on the affirmation of human rights. The Global Compact has managed to gain 3,800 members and 80 national *networks* in a few short years, and this result can be considered a very successful start.

5. The effectiveness of the United Nations in labour issues: a practical example

The results obtained by the Global Compact are presented annually in regional reports. For the scope of this study, it may be interesting to analyse a specific case study

from the programme, since this will allow us to gauge the effectiveness of labour law from different viewpoints: corporate, state and international community.

The *network* we have chosen is one from the African continent, specifically covering South Africa[22].

South Africa allows us to consider labour law as it is understood in the industrialised world, since the nation has ratified many Declarations and regulations for minimum *standards* of protection; yet at the same time the nation is still part of the African continent, with all its inherent difficulties in effectively being able to guarantee these minimum *standards*.

Labour law in South Africa now contains regulation[23] of the right to association and collective bargaining, a right that did not exist in the country during the period of *apartheid*, even if it transpires that there is considerable distance between the regulations and the real situation on the ground.

National legislation[24] has managed to abolish child labour under the age of 15. Despite the legislation, however, the 2008 report of the *International Programme on the Elimination of Child Labour* shows that 12.5 per cent of children in urban areas either work or work and study, while the percentage leaps to 35.2 per cent in rural areas[25]. These figures are a long way from an abolition of child labour. According to the statistics, 65 per cent of child labour is rural/agricultural, 16 per cent industrial and the remaining 31.6 per cent in service industries.

Equally, measures relating to equal opportunities and treatment in the workplace, outlawing any kind of discrimination, are well described. But again, the statistics are far from promising, and in fact the picture that emerges is one of a country that has suffered a regression in the last three years: from 2008 *World Economic Forum*[26] data, it appears that 26.6 per cent of women are unemployed, with only 46 per cent employed in paid, non-agricultural work. Furthermore, the salaries earned by women are 50 per cent lower than those earned by their male counterparts.

From the examples given of female and child labour, one can ascertain that action taken by multinationals has limited success in resolving the problem, since the problem really starts in small companies, requiring government involvement with the aid of

---

[22] See: GLOBAL COMPACT SOUTH AFRICA, *Communication on Progress*, January to September 2007.

[23] Labour relations act (66 of 1995) and amendments 1996 and 1998; Employment Opportunity Act (55 of 1998); Skill Development Act (97 of 1998); Unemployment Insurance Act (63 of 2001).

[24] Basic Conditions of Employment Act (No. 75 of 1997) amended by Basic Conditions of Employment Amendment Act, 2002, Contract Cleaning Wage increase, and Domestic workers wage increase 1 Dec 2007, chapter 6: Prohibition of employment of children and labour forced, art. 43: prohibition of employment of children.

[25] International Programme on the Elimination of Child Labour, South Africa child labour data brief, ILO, 1/2008, which refers to the results of the Survey of Activities of Young People, 1999.

[26] World Economic Forum, The Global Gender Gap Report 2008: Country Highlights and Profiles, 2008, in www.weforum.org, (seen on 4 February 2009).

international organisations, above all in terms of increasing awareness of the issues at stake.

Clearly, in a situation like this, the role of the Global Compact in encouraging human rights and labour standards could prove essential, which could be reflected in the whole continent, since many industries are spread across several nations (so-called transnationals or multinationals). This would result in the creation of long-lasting *best practices, which* could spread their roots to rural areas. Furthermore, the programme could create further synergy for improving existing conditions by virtue of the fact that it is involving governments in its processes.

A study carried out by Cape Town University[27] is a good example of this: the study analysed the problems, which a multinational petrochemical company faced in trying to adhere fully with the Global Compact programme. The study analysed the significance of the ten principles from a critical perspective with respect to the multinational company.

The first relevant question concerned the defining of "internationally recognised human rights" for the company in question, and the possibility of identifying behaviour that could be complicit to abuses of those rights. If on the one hand, governments have the principal responsibility of supporting human rights, on the other hand, the 1948 Declaration of Human Rights places "every individual and organ of society" under obligation. It follows naturally that one might wonder what is the nature of multinationals' responsibility, in the sense that they are bound by the laws of the country in which their facilities are located and need only make reference to these, thus there is only an ethical obligation towards respecting minimum labour *standards* if no national legal regulations exist in the country where the facilities are located. A further question followed as to the need for a company to balance the cultural or legislative prerogatives of the country in which the company is based, with those of the international community. In the specific case covered by the study, the company adopted an ethical code marked by a very restrictive set of limits for the opening of facilities in countries, thus limiting the risk of being considered complicit to any abuse of rights[28].

6. Conclusions

The points raised in this analysis demonstrate the already widely known limits in the application of the *core labour standards*. The voluntary nature of the implementation, left as it is more or less, up to Nations (which can use the ratification and enforcing of Conventions, or international agreements that take the *standards* into account and provide punitive measures – or to corporations – which can adopt codes of conduct or make agreements with trade unions) shows its limits in the equally voluntary nature of these measures. Even the most recent UN programmes follow this same logic, relying on

[27] J. HANKS, *Seasonal and Ungc principles on human rights, case study, south Africa in learning forum Global Compac*t, www.globalcompact.org, visitato (seen on 3 February 2009).

[28] Among the questions tackled by the study is a more in-depth analysis of the meaning of this being "complicit in abuse" identifying different types of complicity, which one can sum up quickly by saying that complicity occurs when a rights abuse happens within the sphere of influence of the enterprise. By this, one means individuals or organisations that have a contractual, geographic, political or economic relationship with the company in question. The company's grasp on this will be closely linked to the type of relationship between the company and the other entity. J. HANKS, *Seasonal and Ungc principles on human rights, case study, South Africa in Learning Forum Global Compact*, www.globalcompact.org, (seen on 3 February 2009).

the same mechanisms of encouragement or ethical respect. Thus, the conclusion that one can draw is contradictory: to the voluntary nature of the application of the standards (even assuming that the application is determined by national-level regulations), we must add the fact that there is hardly any real measure of their actual application. In a global context, it might be useful to knock down the frontiers of legal systems and oversee the enforcement and cogency of standards on an international and internationally punitive level, but even this might not be enough, since it might not make the standards become firmly rooted in each nation's culture. This cultural rooting alone would be the only way for the core labour standards to be recognised as essential and inviolable.

Transfer of undertakings: Insolvency proceedings in the United Kingdom and in Italy and the European Court of Justice case law

by Giuseppe Sigillò MASSARA[1]

1. Introduction

This work seeks to analyse the impact of Directive 77/187/EEC[2] (hereinafter referred to as the "Acquired Rights Directive" or the "Directive") on insolvent companies and the long and difficult process of revising it. This process has recently led to the adoption of Directive 98/50/EC[3] (hereinafter the "Amending Directive") by the Council of the European Communities.

The European Court of Justice ("ECJ") and the national courts of the Member States have been the principal actors in the revision process. The importance of the ECJ and national case law is demonstrated by the fact that the Amending Directive has modified and replaced numerous provisions of the Acquired Rights Directive based on principles developed by the ECJ in response to the wishes of national judges. This work will therefore focus on the pronouncements of the European Court of Justice ("ECJ") and of British and Italian courts attempting to define the scope of the Directive with regard to insolvent companies.

The Directive introduced the principle of compulsory transfer of employment relationships and associated liabilities upon the transfer of an undertaking[4]. It, however, did not include any express provision concerning insolvent companies. The problem arising in the context of transfers of insolvent undertaking is the striking of a balance between the acquired rights of the insolvent company's employees and the interests of other creditors. The employees of an insolvent company are probably those who are most in need of protection. However, the application of the Directive to insolvent business transfers would only benefit the employees whose claims will be met in full to the detriment of other creditors. In addition, the prospect of taking over liabilities connected to employment contracts would either deter potential transferees from the purchase of the insolvent business or cause the transferor to discount the price which potential transferees would be otherwise prepared to pay. In the first case, where no purchaser is found, creditors would probably prefer to sell the assets of the undertaking separately.

[1] Professor of Labour Law, University of Rome Tor Vergata (Italy).

*Lecture in Convegno Internazionale di Studi "Valutare il diritto del lavoro/Evaluer le droit du travail/Evaluate labour law", Venice 26-27 September 2008

[2] OJ 1977 L 61/27, Council Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfer of undertakings, business or part of business.

[3] OJ 1998 L 201/88.

[4] Art. 3 (1).

Consequently, the entire workforce will be dismissed. The application of the Directive would have the opposite effect from it was intended. In the second case, where the transferee pays less for the business transferred, the assets in the transferor's hands will be diminished to the detriment of the transferor's creditors.

In the cases which came before it, the European Court of Justice extensively interpreted the Acquired Rights Directive ensuring so as to ensure, or at least with the intention of ensuring, that the balance between the interests of employees and creditors was weighted in favour of the protection of employees' rights. It held the Directive applicable to a number of insolvency proceedings.

British and Italian courts took a different approach in respect of the rulings of the ECJ. Italian courts carried out a direct dialogue with the European Court. They often referred to the ECJ for preliminary rulings and made a substantial effort to read the pre-existing national law in the light of the ECJ's rulings. British courts, on the other hand, did not refer any preliminary rulings to the ECJ; nevertheless, they have interpreted national law pursuant to the ECJ case law, adapting the latter to the specific domestic background.

Both British and Italian courts and national academic writers have emphasised the problems arising from the application of the Directive to insolvent business transfers. After a long and difficult process of revising the 1977 Directive, the Amending Directive has been adopted. It modifies the Acquired Rights Directive consolidating the case law of the ECJ. In the area of insolvency, the changes are essentially deregulatory. In a number of key issues, Member States are granted a wide degree of discretion in applying the Directive itself.

The structure of this work follows the process of revision of the Acquired Rights Directive. Therefore, after a brief analysis of the relevant provisions of the Directive itself, it investigates and elucidates the criteria for excluding insolvent companies from the application of the Directive as set forth by the ECJ. Some of the most relevant pronouncements of the ECJ will be examined in details in order to show how the European Court has widely interpreted the Directive. The criticisms of the expansive approach of the ECJ will also be taken into account.

Part two, after a brief analysis of the pre-Directive situation, will concentrate on the implementation of the Directive in the United Kingdom. It will analyse the relevant Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations of 1981. The mechanism of "hiving-down" will also be examined. Following the analysis of the "hiving-down" will be an examination of how British courts have applied the case law of the ECJ and the principles it has established and which UK insolvency proceedings have been recognised as falling outside the scope of the Directive.

Part three concerns the implementation of the Directive in Italy. First, it will focus on the prior national law and in particular, on Article 2112 of the Italian Civil Code which, since 1942, endorsed the principle of compulsory transfer of contracts of employment upon the transfer of an undertaking. Second, it will analyse, in detail, Article 47 of Law No. 428 of 1990, which implemented the Acquired Rights Directive in Italy. Particular attention will be drawn to Paragraph 5 of Article 47 of Law No. 428 of 1990. This paragraph was introduced in 1990, following the already existing case law of the ECJ and it provided for the derogation from Article 2112 of the Italian Civil Code in cases of insolvent business transfers. Third, the approach adopted by the Italian courts in comparison to British courts will be analysed.

Finally, in Part four, the focus will be on the recent amendments to the Directive and, in particular, on the changes in relation to transfers of insolvent business. The emphasis will be on how the Amending Directive exemplifies the Community's current "light touch" approach to labour legislation. The new Article 4a, inserted in the 1977 text, and the impact of the Amending Directive of employees' rights will be examined. An updating of the transposition process in the UK and Italy will be given and a few general points on the process of revising the 1977 Directive will be made by way of conclusion.

2. Transfer of undertakings and insolvency proceedings in the interpretation of the European Court of Justice

2.1. Outline of the relevant provisions of the Acquired Rights Directive

The Acquired Rights Directive constituted a legislative response to the concerns over the impact of business restructuring –taking place in the late 1970s throughout the territory of the Community– on affected employees. The primary purpose of the Directive was "to provide for the protection of employees in the event of a change of employer, in particular to ensure that their rights were safeguarded"[5].

The Directive was also designed to achieve a particular economic objective, which, as Barnard has identified, was to "assist the process of restructuring, allowing more competitive and efficient undertakings to emerge. Consequently, the managerial right to restructure and to dismiss employees was never questioned"[6]. The operation of this "managerial right" was nevertheless constrained under the Directive.

First, the employees' representatives are to be informed and consulted in the event that a transfer is foreseen. Beyond such consultation rights, Article 3(1) sets out the principal effect of the transfer of an undertaking in respect of the employees. It provides for the automatic transfer from the transferor to the transferee of all the transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of the transfer.

The Directive declares that the transfer of an undertaking "shall not in itself constitute grounds for dismissal" of an employee by either the transferor or the transferee[7]. This protection against dismissal is not absolute. It does not cover dismissals taking place for "economic, technical or organisational reasons".

[5] As stated in the preamble of the Directive.

[6] Barnard, Catharine, *EC Employment Law* (Oxford University Press: Second Edition 2000), at 445

[7] Article 4(1).

2.2. Application of the Directive to transfers of insolvent companies by the European Court of Justice

The Acquired Rights Directive makes no express provision for the position of companies, which are transferred in the context of insolvency proceedings. The ECJ attempted to define the scope of the Directive in this regard in several judgements.

2.2.1. The Abels case: insolvency and pre-insolvency proceedings

In *Abels*[8], the ECJ was called on to decide whether the scope of the Directive extended to a situation in which the transferor of an undertaking was adjudged insolvent or was granted a *"surseance van betaling"* (judicial leave to suspend payment of debts) under The Netherlands legislation.

To an English lawyer this could appear as a surprising question. The English version of the Directive states that it applies to "a legal transfer or merger"; therefore, there is no reason to exclude transfers by insolvent transferors. In domestic UK law, which has implemented the Directive, the concept of legal transfer, has been interpreted to mean a transfer "effected by sale or by some other disposition or by operation of law"[9]. This again suggests no exclusion of transfer by insolvent companies. However, a number of Member States – including Italy – have translated the Directive in their language as applying only to contractual transfer ("*cessione contrattuale*" in the Italian version). Transfers by insolvent companies are not consensual and so should be outside the scope of the Directive.

Because of those differences in the various versions of the Directive, the ECJ, in *Abels*, refused to adopt a textual interpretation. It referred, first, to the relationship between the Directive and the rules of insolvency and, secondly, to the purpose of the Directive itself.

As the ECJ noted, in all Member States, insolvency law consists of specific rules which may derogate, at least partially, from other provisions of a general nature, including provisions of social law. The specificity of insolvency law is also confirmed in Community law[10]. For those reasons, the Court stated, "if the directive had been intended to apply also to transfers of undertakings in the context of such proceedings, an express provision would have been included for that purpose"[11].

---

[8] Case C-135/83 *H.B.M. Abels v The Administrative Board of the Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie* [1985] ECR 469.

[9] Regulation 3 (2) of Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981.

[10] Article 1.2 (d) of Council Directive 75/129/EEC, relating to collective redundancies, expressly excludes from its scope workers affected by termination of an establishment activities "where that is the result of a judicial decision". Moreover, the Council has adopted the Directive 80/987/EEC specifically relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer.

[11] [1985] ECR 469 para. 17.

The Court went on to examine the purpose of the Directive. It said that the purpose was to ensure that restructuring of undertakings within the common market does not adversely affect the workers in the undertakings concerned in view of the need, referred to in Article 117 of the EEC Treaty, "to promote improved working conditions and an improved standard of living for workers".

In this regard, the Court recognised that it was not clear whether the application of the Directive to insolvent companies would have been favourable or prejudicial to the interests of employees. On the one hand, employees whose employer has been adjudged insolvent are precisely those who are most in need of protection. On the other hand, such an extension of the scope of the Directive might dissuade a potential transferee from acquiring an undertaking on conditions acceptable to the creditors. In such a situation, creditors would, probably, prefer to sell the assets of the undertaking separately. The consequence will be the loss of all the jobs in the undertaking, detracting from the usefulness of the Directive.

The ECJ, therefore, concluded that the Directive did not impose on the Member States the obligation to extend the rules laid down therein to transfers of undertakings, businesses or parts of businesses taking place in the context of insolvency proceedings which are instituted with a view to the liquidation of the assets of the transferor under the supervision of the competent judicial authority. Nevertheless, as the Court clarified, the Member States were free to apply the principles of the Directive, wholly or in part, based on their national law.

The question submitted by the national court also raised the question whether a transfer, taking place in proceedings such as a "surseance van betaling", fell outside the scope of the Directive.

The Court noted, "proceedings such as those relating to a surseance van betaling have certain features in common with liquidation proceedings, in particular inasmuch as the proceedings are, in both cases, of a judicial nature"[12]. However, as the ECJ found out, they are different from liquidation proceedings "in so far as the supervision exercised by the court over the commencement and the course of such proceedings is more limited". Moreover, such proceedings, in the ECJ's opinion, aim to safeguard the assets of the insolvent undertaking and, where possible, to continue the business of the undertaking. Only when such continuation is no longer possible can proceedings of this kind, as in *Abels*, lead to the liquidation of the debtor.

The ECJ concluded that the reasons for not applying the Directive to transfers of undertakings taking place in liquidation proceedings were not applicable to proceedings such as a "surseance van betaling" which took place at an earlier stage[13].

The Court confirmed its judgement in *Abels* in three other judgements delivered on the same day[14]. After those judgements, it was widely thought that all transfers affected in the context of all insolvency proceedings were removed from the scope of the Directive. However, this view has been fundamentally altered by the subsequent decision

[12] [1985] ECR 469 para. 28.

[13] [1985] ECR 469 para. 29.

[14] Case C-19/83 *Knud Wendelboe and Others* v *L.J. Music ApS in liquidation* [1985] ECR 457; Case C-179/83 *Industriebond FNV and Another* v *Netherlands State* [1985] ECR 511; Case C-186/83 *Arie Botzen and Others* v *Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV* [1985] ECR 519.

of the ECJ in *D'Urso and ors v. Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA. and ors*[15].

2.2.2. D'Urso: the transfer of a business subject to special creditors' arrangement procedure

In this case, the ECJ was required to decide whether the Directive applied to transfers of undertakings subject to the Italian "special administration" procedure.

The Court referred to its earlier judgement in *Abels* and held that that the decisive test in order to establish whether the Directive did or did not apply was the purpose of the procedure in question. The Directive does not apply to proceedings designed to liquidate the transferor's assets, but it does apply to proceedings whose main purpose is to safeguard the assets and, where possible, to continue the business of the undertaking.

The ECJ went on to analyse the purpose of the "*special administration procedure"*[16]. The Italian "*special administration procedure"* applies to large undertakings, which the judicial authorities have deemed to be in a state of insolvency or to have failed to pay salaries during a period of three months, and is governed by the provision of Italian law on compulsory administrative winding-up.

The Court noted that the ministerial decree, which sets the procedure in motion, has, or may have, two kinds of effects. It can set in motion a procedure for the compulsory administrative liquidation of the undertaking's assets in order to settle creditors' claim on the company. Compulsory administrative liquidation has effects, which, in substance, are identical to those of bankruptcy proceedings. Alternatively, as in *D'Urso*, the decree may also authorise the undertaking to continue trading under the supervision of a receiver for a period.

> The Court held that the special administration of large undertakings in critical difficulty has different characteristics depending on whether or not the decree authorises the undertaking to continue trading:
>
> > "If no decision is taken on that last matter or if the period of validity of a decision authorising the undertaking to continue trading has expired, like insolvency proceedings, that procedure is designed to liquidate the debtor's assets in order to satisfy the body of creditors" and "transfers effected under this legal framework are consequently excluded from the scope of the Directive".

When the decree authorises the undertaking to continue trading under the supervision of an auditor, the primary purpose of that procedure is to give the undertaking some stability allowing its future activity to be safeguarded. In this case, as the ECJ concluded, the Directive does apply.

The ECJ in *D'Urso* clarified the scope of the exclusion envisaged in *Abels*. It made clear that it is not the degree of control exercised by the judicial or administrative authority over the procedure to determine when the Directive applies, but the purpose of the insolvency procedure in question.

---

[15] Case C-362/89 [1991] ECR I-4105.

[16] See Chapter III, para. 3.4.

Where the procedure in question aims at liquidating the debtor's property by realising the assets in order to satisfy the creditors, the Directive does not apply. Those procedures are generally characterised by very wide judicial control preventing the debtor from exercising his power of dealing with and managing his assets with the aim of safeguarding the assets and protecting the interests of creditors. Where the procedure in question aims to deal with temporary difficulties in such a way to enable the undertaking to continue to trade, the Directive does apply. In those procedures, the judicial control is limited in scope without preventing the debtor from dealing with or managing the assets. That type of procedure might result in a declaration of insolvency but that possibility is not enough to exclude the application of the Directive. As stated by Advocate-General Van Gerven in his opinion in *D'Urso*, "it is not enough that the preconditions for the insolvency of the transferor are fulfilled for a transfer to be excluded from the scope of the Directive".

It would not be correct to conclude that the ECJ merely confirmed its previous approach in *Abels.* Rather *D'Urso* can be considered as "a strengthening of its previous position"[17]. The ECJ "took (silently) another step towards extending the scope of the Directive"[18].

2.2.3. Spano: the transfer of an undertaking in critical difficulties

The Court reaffirmed its *D'Urso* decision in *Spano and Others* v. *Fiat Geotech and Fiat Hitachi*[19]. In this case, the European Court of Justice was required to verify whether Article 47 (5) of Italian Law No 428 of 1990 was consistent with the Directive.

Such provision applies to undertakings declared by the Ministerial Committee for the Co-ordination of Industrial Policy (hereinafter referred to as "CIPI") to be in critical difficulty[20]. It introduced derogation from Article 2112 of the Italian Civil Code. This article provides that, in the event of the transfer of an undertaking, employment relationships are to continue to exist with the new owner and that the employees' rights under those relationships be preserved.

The ECJ recalled its rulings in *Abels* and *D'Urso* and held that the determining factor to be taken into consideration in deciding whether the Directive applied was the purpose of the procedure in question.

In the Court's view, the purpose of a declaration that an undertaking is in critical difficulties is to enable the undertaking itself to retrieve its economic and financial situation and, above all, to preserve jobs. A declaration by the CIPI that an undertaking is in critical difficulties is conditional upon the submission of a recovery plan. An undertaking found to be in critical difficulties is subject to a procedure, which, far from being aimed at the liquidation of the undertaking, is designed, on the contrary, to promote the continuation of its business with a view to its subsequent recovery. Unlike

[17] Leccese, Vito, "Italian Courts, the ECJ and Transfers of Undertakings: A Multi-Speed Dialogue?" (1999) 5 EuLJ 315 at 320.

[18] *Ibid.*

[19] Case C-472/93 [1995] ECR I-4321.

[20] Pursuant to Article 2(5)(c) of Italian law No. 675 of 1977.

insolvency proceedings, an undertaking declared to be in critical difficulties is not subject to any judicial supervision or any measure whereby the assets of the undertaking are put under administration, and no suspension of payments is granted.

For those reasons, the Court concluded that *"the economic and social objective pursued by that procedure cannot explain or justify the circumstance that, when all or part of the undertaking concerned is transferred, its employees lose the rights which the directive confers on them"*.

2.2.4. The Déthier case: transfer of undertakings and judicial winding-up

The Court was obliged to give a more detailed guidance about the nature of the distinction between insolvency and pre-insolvency proceedings in the *Déthier Equipment* case[21]. In this case, the national court raised the question whether the Acquired Rights Directive applied to the transfer of an undertaking which was wound-up by the court pursuant to Belgian law.

Under Belgian law, the procedure for winding-up companies applies following the dissolution of a commercial company[22]. It is designed to allow the company to conclude business transactions already entered into while precluding it, as a rule, from engaging in new business. Following their dissolution, commercial companies are deemed to exist for the purposes of their liquidation even if they have already ceased all trading. Dissolution automatically brings to an end the functions of all the organs of the company, which are replaced by one or more liquidators. The liquidators are appointed by the members in general meetings[23] or, if the majority laid down by law is not obtained, by the court. In the first case, the liquidation is called voluntary winding-up ("liquidation volontaire"). In the second, it is referred to as winding-up by the court ("liquidation judiciaire").

In his opinion, Advocate General Lenz stated that the judgements in *D'Urso* and *Spano* could not simply be applied without further qualification to liquidation. In those cases, the Court had considered the purpose of the continuation of the business to be a decisive criterion for the application of the Directive. Advocate General Lenz reached the conclusion that continuation of trading itself and not the aim pursued by the continuation of the trading was decisive. To the extent that the undertaking in liquidation continues trading, neither the fact of putting it into liquidation nor the fact that continuation of trading is aimed at the liquidation of the undertaking, and not its survival, can justify the loss by its employees of the rights which the Directive confers on them.

The Court followed that opinion. It concluded from the foregoing case law that the determining factor to be taken into consideration in deciding whether the Directive applies to the transfer of an undertaking subject to an administrative or judicial procedure is the purpose of the procedure in question. Following the opinion of the Advocate General, the Court stated that if the purpose of the procedure is not immediately conclusive, then account should be taken of the form of the procedure in question (in so

[21] Case C-319/94 [1998] ECR I-1061.

[22] See Articles 178 to 188 of the Lois Coordonnées sur les Sociétés Commerciales (Consolidated Laws on Commercial Companies).

[23] That is, unless they are already named in the company's articles of association.

far as it means that the undertaking continues or ceases trading), and of the Directive's objectives.

Therefore, the Court examined the purpose of the procedure of the court-driven winding-up, which it did not consider decisive in itself for the resolution of the case. After that, the Court examined the characteristic features of that procedure.

With regard to the purpose of the procedure, the Court determined that the objective of the winding-up by the Belgian court is liquidation by realising the company's assets for the benefit of the company itself and of its creditors. It is not a condition for putting a company into liquidation that its liabilities must exceed its assets. Although liquidation may be a stage, which precedes insolvency, it can also occur, as the Belgian Government stated, when the members no longer wish to co-operate. Therefore, while the purpose of winding-up by a court under Belgian law may sometimes be similar to those of insolvency proceedings, this is not conclusive. Liquidation proceedings may be used whenever the goal is to bring a company's activities to an end and whatever the reason is for that course.

The Court went on to consider the form of the procedure in question. The Court noted that the undertaking continued to trade whilst it was being wound-up by the court. In such circumstances, continuity of the business was assured when the undertaking was transferred. Accordingly, there was no justification for depriving the employees of the rights guaranteed under the Directive.

2.2.5. The Europièces case: transfer of undertakings and voluntary winding-up

In *Europièces*,[24] the Court applied its ruling in *Déthier* to the case of voluntary liquidation. In this case, the domestic court referred to the ECJ for a preliminary ruling on the question whether the Directive applied where a company in voluntary liquidation, under Belgian law, had transferred all or part of its assets to another company.

As the ECJ pointed out, voluntary liquidation is essentially similar to winding-up by the court, save for the fact that it falls to the shareholders in the general meeting, and not to the court, to take the decision to wind-up the company, appoint the liquidators and determine their powers.

Thus, in the Court’s view, at least in some procedural aspects, voluntary liquidation has even less in common with insolvency than winding-up by the court. Therefore, the reasons which had led the Court to hold in *Dethier Équipement* that the Directive was to apply to transfers that occurred when an undertaking was wound up by the court were all the more pertinent where the undertaking transferred was wound-up voluntarily.

In the light of the foregoing, the ECJ reached the conclusion that the Directive applied to the transfer of a business made by a company in voluntary liquidation, under the relevant Belgian law.

[24] Case C-399/96 *Europièces SA, in liquidation v Wilfried Sanders and Automotive Industries Holding Company SA, declared insolvent* [1998] ECR I-6965.

2.3. The approach of the ECJ

There was little consensus after the ECJ judgments. The approach of the ECJ in *Abels* has been described as *"ultimately unsatisfactory and even incoherent"*[25].

The reasoning, which in that case supported the ECJ conclusion, has been considered *"rather weak"*[26]. Since the Court has accepted that uncertainty exists regarding the effect of the application of the Directive in the case of an employer's insolvency, there must be a risk that the Court, contrary to the Treaty, is depriving of protection those most in need of it.

The difference drawn by the Court between pre-liquidation and liquidation proceedings has been considered inadequate[27]. The argument for not applying the Directive to liquidation is that it might dissuade a potential transferee from acquiring an undertaking and lead to the sale of the assets of the undertaking on a break-up basis. However, the choice between sale of the business as a going concern and on a break-up basis lies with the insolvency practitioner. It does not arise only when the company is put into liquidation. Insolvency practitioners will choose the method that most benefits the creditors whether the company is in liquidation or in the context of pre-insolvency proceedings. Therefore, it is difficult to understand why the argument for exemption from the Directive does not apply equally to pre-liquidation proceedings.

In addition, the "protectionist" line adopted by the Court has generated much criticism among the academic writers of the Member States[28].

The Directive aimed to balance employment protectionism with commercial realism. Through the many references for preliminary rulings which have come before it from the national courts, the ECJ has ensured that this balance is weighted in favour of the protection of employees' rights. The expansive approach pursued by the ECJ has effectively resulted in a situation where a Directive designed in part to facilitate the transfer of business[29] has acted as a deterrent to such transfers.

Finally, the expansive jurisprudence of the ECJ has also been considered as conflicting with the current employment policy commitments, which have emphasised the need for labour flexibility30.

[25]Davies, Paul, "Acquired Rights, Creditors' Rights, Freedom of Contract and Industrial Democracy", (1989) 9 YEL 21 at 45.

[26] Davies, Paul, *op. cit.*, n. 24 at 46.

[27] *Ibid.*

[28] See Chapters III and IV.

[29] See Section 1.1 above.

[30] See e.g. the Commission's 1993 White Paper, *Growth, Competitiveness, Employment: The Challenges and Ways Forward into the 21st Century* Bull EC, Supp. 6/93; COM (93) 700.

3. Business transfers and corporate insolvency in the UK

3.1. The prior national law and the implementation of the Acquired Rights Directive in the UK

The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (hereinafter referred to as "TUPE" Regulations) constitute the UK domestic legislation implementing the Acquired Rights Directive. Regulations 5(1) and (3) provide that, following a "relevant transfer"[31], all of the transferor's rights, powers, duties and liabilities under or connected to any contract of employment of any person employed in the undertaking "immediately before" the transfer will be inherited by the transferee. Regulation 8(1) provides that dismissals in connection with the transfer are automatically unfair, unless they are for an "economic, technical or organisational reason entailing changes in the workforce" (hereinafter referred to as "ETO" reason). In this case, Regulation 8(2) deems them to be dismissals for a substantial reason in the context of the ordinary law of unfair dismissal.

Unlike the position in Italy (where the principle of the compulsory transfer of contracts of employment upon the transfer of a business was a long-established part of the national labour law dating even from the pre-war period). The pre-Directive law in the UK had always been based on the principle of freedom of contract and in particular, the freedom to choose one's contracting party. Upon a transfer of a business, the transferee was free to offer employment to such members of the transferor's staff as it pleased and on such terms, as it thought fit. The employees of the transferor to whom offers of employment were made were equally free to accept them or not. Therefore, in the UK, the Directive's principle of the compulsory transfer of contracts of employment and the associated principle that dismissals for reasons connected with the transfer were ineffective had a profound impact, particularly in the case of insolvent companies.

3.2. Insolvent companies and TUPE

An insolvency practitioner will commonly decide that it is in the interest of the insolvency proceedings for the existing business of the insolvent employer company to be transferred as a going concern. Such a transfer can either be:

a) by way of a disposal of the business to an unconnected third party; or alternatively;

b) by way of a "hive-down" of the business from the insolvent employer company to a subsidiary company newly formed for this purpose.

The transfer of a business, whether to a third party or by way of a "hive-down", will usually constitute a transfer of an undertaking within the scope of the TUPE Regulations.

The TUPE Regulations do not expressly provide for the exclusion of transfers made by insolvent companies. Regulation 4 (concerning "hive-down") is instead, an indication that TUPE Regulations are intended to apply to insolvent companies. Moreover, Regulation 3(2) provides that the Regulations apply "*whether the transfer is effected by a sale or by some other disposition or by operation of law*". These words gave rise to the possible interpretation that the Regulations could apply to all sorts of

[31] It is defined in Reg. 3 (1) as a "transfer from one person to another of an undertaking … or part of one".

insolvency/liquidation situations. Regulation 3(2) can be considered as a more favourable provision for employees introduced by national law pursuant to Article 7 of the Directive[32].

However, TUPE Regulations were enacted to implement the Acquired Rights Directive. In the Directive, there is no express exemption for transfers of undertakings in the context of insolvency proceedings. The ECJ attempted to define the scope of the Directive in this regard. In *Abels,* it ruled that the Acquired Rights Directive does not apply to transfers *"where the transferor has been adjudged insolvent and the undertaking or business in question forms part of the asset of the insolvent transferor"*. Where the proceedings in question aim to safeguard the assets of the undertaking, with a view to continuing trade, the Directive does apply.

British courts had, therefore, to decide how the principles developed in the judgements of the ECJ were to be applied in the context of domestic insolvency proceedings.

3.3. Which UK insolvency proceedings are outside the scope of the Acquired Rights Directive and TUPE Regulations?

An in-depth analysis of the insolvency regime in the UK is beyond the scope of this dissertation. However, a brief description of the insolvency regime follows.

The statutory insolvency regime in England and Wales was largely consolidated in the *Insolvency Act* 1986 (IA 1986) and the accompanying statutory instruments. Broadly speaking, insolvency situations can be divided into liquidation and alternatives to liquidation. There are three types of liquidation (compulsory liquidation, members' voluntary liquidation and creditors' voluntary liquidation) and three alternatives to liquidation (voluntary arrangement, administration and administrative receivership).

[32] However, there may be some doubt as to whether the TUPE Regulations could introduce provisions more favourable to employees within the meaning of Article 7 of the Directive. The TUPE Regulations were, in fact, introduced by a statutory instrument under the special provision of s. 2(2) of the European Communities Act 1972, rather than by a formal Act of Parliament. The question is whether legislation under s. 2(2) of the European Communities Act must be specifically directed to the implementation, exactly of the European obligation or whether it may go further. The Employment Appeal Tribunal ("EAT") in Scotland, in *Addison v Denholm Ship Management (UK) Ltd* ([1997] ICR 770, [1997] IRLR 389, EAT), stated that "as a matter of general law in relation to primary and subordinate legislation (….) if the Directive is to be regarded as a parent, the child cannot be larger, wider or have greater implications than its parent allows".

In *Addison v Denholm,* the EAT also stated that if the effect of the TUPE Regulations is "to confer a lesser exclusion, and less wider benefit, to workers otherwise excluded by the Directive" it can be considered "ultra vires the enabling power and would require primary legislation as contemplated by Article 7 of the Directive". The contrary argument that the following legislation amending TUPE (Trade Union Reform and Employment Rights Act 1993) would have confirmed the statutory authority of all the provision of TUPE itself is not entirely convincing. See also the approach of the House of Lord in interpreting Regulation 4 in *Litster v Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd,* ([1990] 1 AC 546) discussed below.

3.3.1. Liquidations

Liquidation involves the termination of the existence of a company. Such a termination may occur whether the company is solvent or may be required because the company is insolvent. Liquidation may either be voluntary or by the court.

a) Court liquidations[33]

This type of liquidation requires an application to the court for a winding-up petition[34]. The application may be submitted by various parties (usually either by the company, the directors or by a creditor) in the following cases[35]:

- when a special resolution has been passed by the members of the company that the company be wound up by the court;
- when the company is unable to pay its debts;
- when the winding-up is "just and equitable".

After the presentation of a winding-up petition, the court may appoint a provisional liquidator who will usually take over the management of the company pending the winding-up order.

b) Voluntary liquidation[36]

This kind of liquidation requires a shareholder resolution to the effect that the company cannot continue its business by reason of its liabilities and that it is advisable to wind-up[37].

A voluntary liquidation may be either a members' voluntary winding-up or a creditors' voluntary winding-up. In members' voluntary winding-up, control of the winding-up (including the right to appoint a liquidator) remains with the shareholders. In the creditors' voluntary winding-up, control passes to the creditor (including the right to override appointment of liquidator by the members and appointment of a liquidation committee to oversee the liquidator).

A voluntary winding-up will be a creditors' voluntary winding-up unless a declaration of solvency has been sworn by the directors and filed with the Companies

[33] Court liquidations are governed by Chapter VI of Part IV of the IA 1986.

[34] IA 1986, s. 124.

[35] IA 1986, s. 122 (1).

[36] Voluntary liquidations are governed by Chapters II to IV of Part VI of the IA 1986.

[37] Under IA 1986, s. 84, the resolution can be either a special resolution, or an extraordinary resolution or an ordinary resolution (only if there is a special provision in the Articles of Association to that extent).

Registry[38]. A members' voluntary winding-up may be converted to a creditors' winding-up if it later becomes apparent that the company is insolvent[39].

In both judicial and voluntary proceedings, the essence of insolvent liquidation is that the assets of the company are realised by the liquidator and distributed among the creditors. The company will cease to carry on business from the date of the winding-up order or resolution. The liquidator will collect the assets of the company (which will not include assets subject to fixed or floating charges); creditors will prove the amount of their debts as at the time of the winding-up order or resolution and the liquidator will realise the assets and distribute them following a certain prescribed order.

Bearing in mind the judgements of the ECJ, the court liquidation of a company based on insolvency will be within the terms of *Abels* and hence outside the Acquired Rights Directive. There may be some doubt whether a winding-up order is made where there is no insolvency (e.g. on the just and equitable ground in s122.1(g) of the IA 1986)[40].

With regard to voluntary liquidation, there may be doubt as to whether the Acquired Rights Directive (and hence the TUPE Regulations) applies for situations where the transferor is in a creditors' voluntary liquidation even in the absence of a court order. In such cases, the transferor company, although it has not been "adjudged insolvent", is, in fact, insolvent. Following the reasoning of the ECJ in *D'Urso*, the lack of judicial determination to that effect would seem irrelevant. Conversely, it seems clear that the Directive (and therefore the TUPE Regulations) will apply where the transferor is in a members' voluntary liquidation. In this case the company is solvent[41] and the reasons for excluding the transfer of the undertaking from the scope of the Directive do not apply. The *Dethier* and the *Europieces* decisions support that conclusion. In *Dethier*, the ECJ held that the Directive applied in the case of a Belgian company being wound-up by the court in circumstances where the company continued to trade and was not subject to insolvency proceedings. And in *Europieces*, the ECJ held the Directive applicable in the case of a Belgian voluntary liquidation voted by shareholders.

3.3.2. Alternatives to liquidation

The three alternatives to liquidation are voluntary arrangement, administration and administrative receivership.

a) Voluntary arrangement

[38] IA 1986, ss 89, 90.

[39] IA 1986, ss 95, 96.

[40] In *Charlton v. Charlton Thermosystem Ltd* [1995] ICR 56 at 64 the EAT referred to *Abels* and held that TUPE applied to a transfer from a dissolved company which had been struck off by the Registrar of Companies without any judicial proceedings.

[41] The directors have to swear a statutory declaration of solvency and file it with the Companies Registry (s. 89 and 90 Insolvency Act 1986).

This procedure was introduced in 1986[42]. A proposal has to be submitted by the directors, a liquidator or an administrator to a nominee. If the nominee agrees with the proposal, he will, first, file a copy with the court and then will call a meeting of the shareholders and creditors. If, during the meeting, the proposal is approved, it will bind each person who had notice of the meetings and was entitled to vote[43]. A supervisor will be appointed to carry out the voluntary arrangement.

Clearly, this procedure does not have the characteristics of liquidation proceedings. It has to be considered as falling within the scope of the Directive and TUPE Regulations.

b) Administration

This is also a new procedure introduced in 1986 and designed to help in the rescue of companies avoiding liquidation where it is possible[44]. It is a mechanism to freeze the enforcement of security or presentation of winding-up petition. Its purpose is to give the company space for further negotiations to see if the business can be saved without winding-up the company.

It applies to companies, which are, or are likely to become, unable to pay their debts. A creditor or, more usually, the directors of the company will present a petition to the court. The court can appoint an administrator to take over the management of the company. The purposes of administration include the survival of the company as a going concern and the more advantageous realisation of the company's assets than in a winding-up.

Administration is only a temporary measure. If it succeeds, the company will be returned as a going concern or it will be followed by an arrangement with creditors, including a voluntary arrangement, otherwise the company will enter liquidation.

Administration is perhaps similar to the Dutch concept of *"surseance van betaling"* (or judicial leave to suspend payment of debts), which the ECJ, in *Abels*, held did not exempt a transfer from the Directive. However, following the ECJ decisions in *D'Urso, Spano* and *Dethier,* it seems that any administration whose purpose includes the seeking of the survival of a business (i.e. for a purpose within s9(1)(a), (b) or (c) of the Insolvency Act 1986) will be within the Directive. An administration for the sole purpose of the more advantageous realisation of the company's assets that would be effected on a winding-up (i.e. within s9(1)(d) of the Insolvency Act 1986) may be outside the Directive.

[42] The procedure is set out in Part I of the IA 1986 and Part I of the Insolvency Rules 1986.

[43] However, the court may overturn the proposal if it is challenged within 28 days by a creditor claiming that it will be unfairly prejudiced or that there has been a material irregularity (Ia 1986, s. 6). The proposal must contain savings for the position of unsecured creditors (IA 1986, s 4 (3)) and preferential creditors (IA 1986, s 4 (4)).

[44] Administration is governed by IA 1986, ss 8-27 and Insolvency Rules 1986 Pt. 2.

c) Administrative Receivership

An administrative receiver is a special type of contractual receiver appointed in relation to a company under a floating charge[45]. A contractual receivership is a contractual device included within security documents (usually fixed and floating charges)[46]. It enables the security holder – without the need for a court order- to appoint a receiver. The receiver will receive income and take charge of the management of the company, which has given the security. It is a means of realisation and enforcement of the security.

A contractual receiver is an administrative receiver if the debenture holder who has appointed him had a floating charge over the whole or substantially the whole of the company's undertaking.

The main purpose of the receiver is to recover the relevant secured amount. An administrative receiver, typically, seeks to sell part or all of the business as a going concern to a transferee. The transfer of assets as elements of a going concern in the context of such proceeding has to be distinguished from the transfer of assets as separate assets in the course of a liquidation proceeding; such difference has been pointed out by the Advocate General in *D'Urso* and in *Spijkers v.Gebroeders Benedik Abattoir*[47]. The transfer of assets as a going concern enables the undertaking's business to be maintained as far as possible. In this case, the TUPE Regulations - which must be construed in accordance with the Directive as interpreted by the ECJ - will apply to any eventual outside purchaser. This is to the detriment of the charge holder and other creditors since the receiver, because of the automatic transfers of accrued liabilities, will probably realise less on the sale of the business.

3.4. "Hiving-down"

"Hiving down" is a process by which a liquidator, administrative receiver or administrator, can seek to attract a purchaser for the insolvent business and to facilitate the sale of the company's undertaking. It involves the set up of new wholly owned subsidiary of the insolvent parent company and the transfer of the ownership of the business (or the salvageable parts of it) to the subsidiary, while retaining employees in the employment of the parent company. The same employees (from the parent company) through the means of labour supply agreements, will staff the business of the subsidiary. The subsidiary will agree to pay its parents a cash sum for the business but such sum will be specified under a supplemental agreement and will become payable on demand by the parent company. However, the parent company will not demand payment of the cash consideration until the subsidiary is purchased by an outside buyer. The purchaser, if one is found, either will buy the issued shares from the parent company or will take a transfer of the business from the wholly owned subsidiary. Shortly before the acquisition of the wholly owned subsidiary's business by the outside purchaser[48], the insolvency practitioner will have dismissed the employees of the parent company. In the event that

[45] See the definition in IA 1986, s. 29 (2).

[46] IA 1986, ss 33-41.

[47] Case C- 24/85 [1986] ECR 1119.

[48] Dismissals might also occur before the acquisition of the subsidiary when the latter does not need the parent company's employees to carry on its business.

no purchaser is found, the company will be liquidated and the entire workforce dismissed due to redundancy.

The advantage of this process is that the receiver is able to offer the subsidiary's business for sale as a clean package, free of encumbrances such as any financial claims by the workforce and without prejudice to the purchaser's right to choose which employees (if any) he cares to re-employ. Neither the subsidiary nor the outside purchasers inherit all the liabilities. Rather, they remain with the insolvent parent company.

According to the insolvency practitioners, the application of TUPE Regulation 5 to the process of "hiving-down" would have had detrimental effects. Consequently, the employees would have been automatically transferred along with the business to the subsidiary company. Thus, any liability for subsequent dismissal would then have to be borne by the subsidiary unless the subsidiary was sold. In this case, the purchaser would have acquired the liabilities arising from the dismissals of employees before the sale of the subsidiary. In response to the insolvency practitioners' representations, the Government enacted TUPE Regulation 4.

Regulation 4 provides that, where an insolvency practitioner makes a relevant transfer to a wholly owned subsidiary of the insolvent company, the transfer of employment liabilities, under Regulation 5, from the insolvent company to the wholly owned subsidiary does not take place on the transfer. It is postponed until either the wholly owned subsidiary (i) ceases to be a wholly owned subsidiary of the insolvent company, or (ii) the relevant undertaking is transferred by the wholly owned subsidiary to another person.

The reason for such a provision obviously was to give the insolvency practitioner more time to arrange for dismissal of some or all of the employees before the ultimate sale to a third party took place. As long as the insolvency practitioner dismissed employees before the disposition of the business to the outside purchaser and made sure that the effective date of termination of these employees was before the disposition of the business, the purchaser could acquire the business free of employees. Liabilities to the dismissed employees would remain as liabilities of the insolvent company rather than passed-on to the purchaser.

The process of "hiving-down" was common in insolvency proceedings until the late 1980's. After the introduction of the TUPE Regulations, its use is now defined by a narrow interpretation of the Regulations themselves. Regulation 3(1) provides for the compulsory transfer of those employed by the transferor *"immediately before the transfer"*. It was argued that those who were dismissed by the transferor before transfer would not be caught by this rule, even if the dismissal preceded the transfer by only a matter of hours.

The leading case became *Secretary of State v. Spence*[49] in which the Court of Appeal appeared to hold that employees dismissed at 11 am were not transferred in a transfer that occurred at 3 pm of the same day. This interpretation of the Regulations rendered compliance with its obligation "voluntary"[50] and provided strong economic incentives for the transferee to arrange with the transferor to carry out such dismissals in

[49] [1986] ICR 651 (CA).

[50] Davies, Paul "Amendments to the Acquired Rights Directive", (1988) 17 ILJ 249 at 250.

order to avoid or reduce costs associated with compensation for unfair dismissal and redundancy[51].

The decision of the House of Lords in *Litster v.Forth Dry Dock*[52] has so severely restricted the scope for dismissals prior to the sale of a hived-down subsidiary as to undermine the commercial usefulness of the hiving-down practice. In this case, the House of Lords expressed a willingness to depart from the strict letter of the domestic Regulations in order to comply with the purpose of the Directive and the interpretation placed upon it by the European Court of Justice. Since the defendant in the *Litster* case was not an organ of the State, the employees could not, in the light of *Marshall*[53], rely upon the horizontal direct effect of the Directive. Consequently, the House of Lords' approach was based upon the interpretation of UK law in light of European law rather than directly upon European Community law. The Court held that "if the legislation can reasonably be construed so as to conform with those [European Community] obligations (obligations which are to be ascertained not only from the wording of the relevant Directive but from the interpretation placed upon it by the European Court of Justice at Luxembourg) , such a purposive construction will be applied even though, it may involve some departure from the strict and literal application of the words which the legislature has elected to use."[54]

The House of Lords, departing from its traditional approach, held that Community case law should control the implementation of the Directive in the UK, even where it meant a substantial addition to the words of the implementing legislation enacted by the British Parliament. As Lord Oliver said in *Litster,* it is not "conceivable that, in framing Regulations intending to give effect to the Directive, the Secretary of State could have envisaged that its purpose should be capable of being avoided by the transparent device to which resort was had in the instant case".[55]

The House of Lords examined closely Article 4 of the Directive[56]. It also referred to a number of decisions of the ECJ, of which undoubtedly the most important was *Bork*[57]. In that judgement, the ECJ had held that "workers employed by the undertaking whose contract of employment or employment relationship has been terminated with effect on a date before that of the transfer, in breach of Art. 4(1) of the Directive, must be considered as still employed by the undertaking on the date of the transfer with the consequence, in

[51] Collins, Hugh "Transfer of Undertakings and Insolvency" (1986) 15 ILJ 144 at 150.

[52] [1990] 1 AC 546.

[53] C-152/84 *Marshall v. Southwest Hampshire AHA* [1986] 1 CMLR 688.

[54] [1990] 1 AC 546 at 559, per Lord Oliver.

[55] [1990] 1 AC 546 at 576, per Lord Oliver.

[56] Article 4 of the Directive corresponds approximately to Regulation 8 and states that *"the transfer of an undertaking, business or part of business shall not in itself constitute grounds for dismissal by the transferor or the transferee"*.

[57] Case C-101/87 [1988] ECR 3057 at 3071.

particular, that the obligations of an employer towards them are fully transferred from the transferor to the transferee, in accordance with Article 3 (1) of the Directive"[58].

Based on the foregoing, it was clear that the previous interpretation of "immediately before" by the UK courts was inconsistent with the case law of the ECJ. The House of Lords accepted that Article 4 of the Directive imposes a mandatory obligation on Member States and held that, for the purpose of Regulation 8(1), the phrase "employed immediately before the transfer" had to be construed to include employees who would have been so employed at the time of the transfer "if they had not been unfairly dismissed in the circumstances described in Regulation 8(1)". This means that if an employee is dismissed prior to a transfer for a reason connected with it, he or she will be deemed to have been employed "immediately before the transfer"; the contract will automatically be transferred to the transferee and the latter will be liable for unfair dismissal. It is the motive for the dismissal, not the precise timing that is important for the application of TUPE Regulations.

With this decision, the House of Lords intended to restore the force of the Regulations by increasing the opportunities for claims against the transferee. It believed - no doubt correctly - that in many instances, leaving the employees with claims solely against the transferor would prove worthless because of the transferor's insolvency[59].

Only where dismissals prior to the transfer are motivated by reasons independent of the transfer (such as closure of the business by reason of insolvency without an immediate prospect of resale[60] or because of the absence of any work to be performed by employees) will[61] the application of Regulation 5 be avoided and no claims against the transferee will be permitted.

Regulation 8(1) provides that dismissals in connection with the transfer are automatically unfair, unless they are for an "*economic, technical or organisational*

[58] However, in *Litster*, the House of Lords held that only pecuniary obligations with respect to the dismissed employees were transferred to the transferee, not that the employment relationship persisted as if no dismissal had taken place at all. The approach in *Litster* might be inconsistent with the ECJ decision in *Bork* but it is not inconsistent with the wording of Art. 4 of the Directive, which states that the transfer should not constitute grounds for dismissal, rather than considering the dismissal without, effect. Moreover, in *Bork*, the ECJ had accepted that national law must establish whether a contract of employment exists. Later on, in *Wilson v. St Helen's Borough Council* and *Meade and Baxendale v. British Fuels Limited* ([1997] IRLR 505) the Court of Appeal (referring to the *Meade* case) held that where an employee was dismissed for a reason connected principally with the transfer, the dismissal was a nullity and the employee continued to be employed under the terms of the original contract. Therefore subsequent variations to the terms and conditions of employment were unlawful. On the contrary, where (as in *Wilson)* dismissals were justified by an ETO reason, the contracts of employment did not continue and the transferee was entitled to re-employ the staff on different terms and conditions. This pronouncement led to the bizarre result that it was not possible to know whether a dismissal was effective until a tribunal decided what had caused the dismissal. The cases, however, were appealed to the House of Lords ([1998] IRLR 706) which clarified that a dismissal, even if connected with the transfer, will be effective. However, it will be automatically unfair if it is not for an ETO reason.

[59] Collins, Hugh *op. cit.*, n. 50 at 146.

[60] Case C-19/83 Wendleboe *v. L.J.Music ApS* ECR 457.

[61] As in *Secretary of State v. Spence* [1986] ICR 651 (CA).

reason entailing changes in the workforce" ("ETO" reason). Applying the ratio of the *Litster* decision in the context of insolvency proceedings, Regulation 5 will cover dismissals of employees during a hiving-down unless the dismissals are for an ETO reason[62].

In the light of *Litster*, the importance of the ETO exceptions in Regulation 8(2) is considerably enhanced[63].

3.5. The ETO exception

Regulation 8(2) exempts employers from the rule of automatic unfair dismissals where the dismissals occurred for an economic, technical or organisational reason. In the context of insolvency proceedings, do dismissals intended to facilitate the prospect of a sale of the business count as an economic reason within Regulation 8(2)?

Such a result occurred in *Anderson v. Dalkeith Engineering Ltd*[64], where the EAT held that pre-transfer dismissals made at the request of the prospective purchaser were for an economic reason and hence within Regulation 8(2). However, this line of authority was subsequently disapproved by the EAT. In *Wheeler v. Patel*[65], for instance, the EAT decided that only economic reasons, *"which relate to the conduct of business"* rather than its sale or transfer satisfy Regulation 8(2). A desire to achieve a sale or an enhanced price is not enough. This line of authority has also been followed by the Northern Ireland Court of Appeal in *Willis v. McLaughlin & Harvey plc*[66].

A difference should be drawn between various situations in which dismissals occur.

a) Dismissal followed by an unexpected transfer of the business

[62] Applying that ruling in *Tsangacos v. Amalgamated Chemicals Ltd* ([1997] ICR 154), the EAT held that the transferee did not take over the liability of the transferor to an employee who had been dismissed four months before the transfer for a reason not connected with the transfer.

[63] It has to be noted that in *Spano* (see chap. I), the ECJ dealt with a process described as a "technical reorganisation" but very similar to that involved in hiving-down. In fact, the company transferred part of the enterprise to a new company, leaving the "surplus" staff with the old entity, which was then judged to be in financial difficulty. In all, 600 staff moved and 755 were left behind. It was argued that the remaining company, declared to be in a critical financial state under Italian law, was outside the scope of the Directive because of the decision in *Abels* (see chap. I). This argument failed in this case because under Italian law, the purpose of declaring a business to be in critical financial difficulties is normally a step in the direction of trying to rescue the business, and in such a case, the Directive did apply. The Court failed to make any judgements on the wider issue of stripping out the profitable parts of a business with the intention of avoiding the effect of the Directive.

[64] [1984] IRLR 429.

[65] [1987] ICR 631.

[66] [1998] EuRL 22.

The insolvency practitioner may decide that a sale of business of the company is not likely and, accordingly, decide to dismiss an employee. If a subsequent transfer occurs, the dismissal is unlikely to be deemed to be connected with the transfer[67].

b) Dismissal on demand of the potential purchaser already identified

An insolvency practitioner may decide to dismiss one or more employees because the potential purchaser so requested. Such a collusive dismissal will, almost inevitably, be considered to be connected with the subsequent transfer. The authority for that can be found in *Litster* itself and in *Harrison Bowden Ltd v. Bowden* [68].

However, it cannot be said that a pre-transfer dismissal on demand or with the consent of the potential purchaser will never be for an ETO reason. Of course it will be very difficult (if not impossible) to establish an ETO reason where the transferee subsequently re-employs the dismissed employees in the same job as before (as in *Harrison Bowden*) or hires new employees or redirects its existing employees into the business. Nevertheless, the transferred business might really require fewer employees so that the employees dismissed before the transfer were genuinely redundant. This should be a valid ETO reason. As the Northern Ireland Court of Appeal recognised in *Willis v.McLaughlin & Harvey plc*[69], referring to the EAT decision in *Wheeler v. Patel*[70], a dismissal at the request of a purchaser can be for an ETO reason "if it can be shown that the prospective purchaser would not proceed unless the employee was dismissed. In those circumstances, it may be said that the employee is dismissed to enhance the prospects of the sale of the undertaking, but since this is necessary for the sale to proceed and the business could not otherwise survive, it is an economic reason which entails a change in the workforce".

[67] See *Spence* case [1986] ICR 651 (CA).

[68] [1994] ICR 186. Mr Bowden was dismissed by the receiver on a Thursday (31 January) and subsequently re-employed on the following Monday (4 February) in preparation for the transfer which took place on the Friday (8 February). He was then dismissed by the transferee shortly after. The industrial tribunal held that the dismissal by the receiver was connected with the transfer. Indeed the applicant had been dismissed to make the company more able to be transferred and /or at a better price. Therefore the dismissal was in direct connection with the transfer of the business. In the Tribunal's view, the receiver did not dismiss the applicant because he simply could not afford to have the staff and then at some later date, long after the dismissal, an approach was made to buy the business. Instead the dismissal and the transfer were strictly connected to each other. At the following stage, the EAT rejected the argument raised by the transferee on appeal that no specific transferee had been identified by the receiver, the EAT referred to the ECJ judgement in *Bork* where no prospective transferee had been identified at the time of the dismissal. In *Longden and Paisley v. Ferrari Limited* [1994] IRLR, 157 the EAT refused to overrule the decision of the industrial tribunal that various employees were dismissed because of pressure on the receivers by the bank and not because of the proposed transfer. This was despite the fact that the purchaser had given the receivers a list of essential staff. A list of employees to be retained was held not to amount to a request from the transferee to dismiss the others.

[69] [1998] EuLR 22.

[70] [1987] IRLR 211.

This line of authority has also been followed in *Whitehouse v. Blatchford & Sons Ltd*[71] where the transferee had taken on the employees concerned and then dismissed one of them. Following the ECJ decision in *Dethier, Warner v. Adnet*[72] confirmed that a transferor may lawfully dismiss for an ETO reason.

c) Dismissals to make business more attractive to potential purchaser not yet identified

The situation is more problematic when dismissals occur to make a business attractive to a potential purchaser not already identified (or, similarly, to make a business more efficient with a view to trading out of insolvency or possible sale).

An insolvency practitioner - acting in the interest of the insolvent company itself - will often seek, at some stage, to sell the company's business as a going concern. He might reasonably consider that the business would be more attractive to a purchaser with a slimmed down workforce. Accordingly, at the preparatory stage he will make various dismissals.

Two arguments may be raised to argue that a dismissal at this stage is not within the scope of Regulation 8(1) of TUPE:

- The dismissals will form part of a general restructuring by the insolvency practitioner not only for the prospect of a transfer;
- The dismissal is not connected with an identified purchaser. Regulation 8 provides that an "employee shall be treated … as unfairly dismissed if the transfer or a reason connected with it is the reason or the principle reason for the dismissal". When the purchaser has yet to be identified, the dismissal may be connected with a possible transfer, but it is not connected with the ultimate transfer.

However, the wording of TUPE requires that the transfer (or a reason connected with it) be the only or principal reason for the dismissal. Therefore, the first argument raises a subjective difficulty since it is necessary to establish what was in the mind of the insolvency practitioner at the time of dismissals (the transfer of the business or the restructuring).

With regard to the second argument, it has to be noted that Article 4(1) of the Acquired Rights Directive is clearer than Regulation 8 in providing that *"the transfer of an undertaking, business or part of a business shall not in itself constitute grounds for dismissal by the transferor or the transferee"*. This wording seems to be clearer in providing that the dismissal can be connected with any transfer, not just a specific identified transfer[73].

[71] [1999] IRLR 492. In this case, a new contractor for hospital services took over the existing employees under TUPE, but then had to make one redundant because the hospital stipulated that fewer numbers of technicians were needed. The Court of Appeal held that this was an ETO reason.

[72] [1998] IRLR 394. In this case, the administrative receivers of Adnet made Mr. Warner redundant before the sale as a going concern of Adnet. The Court of Appeal agreed with the industrial tribunal decision that the principal reason behind Mr Warner's dismissal was an ETO one and that the dismissal was not unfair. See also *Kerry Foods Ltd v. Creber [*2000] IRLR 10.

[73] Pollard, David "Insolvent companies and TUPE", (1996) 25 (3) *ILJ*, 191 at 202.

It is also difficult to find any guidance in case law. The second argument above was rejected by the EAT in *Harrison Bowden* but was accepted by a later EAT decision in *Ibex Trading v. Walton*[74]. In *Parmar v. Ferranti International plc*[75] the EAT followed *Ibex*. In some other cases (as in *Morris v. John Grose Group Ltd*[76]) the EAT have preferred to follow *Harrison Bowden* and not *Ibex.*

It seems that the ETO exception has been construed narrowly by the courts. Dismissals will be probably connected with the transfer, even if they occur before negotiations have started with any potential purchaser. To avoid such a consequence, it should be shown that the principal reason was not to make the business more attractive for potential purchasers but, for instance, because the insolvency practitioner could not afford to keep the staff on. However, it is likely that the insolvency practitioner will have more than one reason to dismiss employees and the potential purchaser will not be able to identify the principal reason for any dismissals.

3.6. The balance between the acquired rights of employees and the interest of other creditors

The analysis of the transfer of undertakings Regulations and insolvency in the United Kingdom has raised a complex interaction between the interests of the employees and the interests of other creditors.

Shortly after the adoption of the Directive, there was a clear perception of the existence of a number of problems applying the Acquired Rights Directive and the TUPE Regulations to insolvency situations. The essence of insolvency proceedings is that the assets of the company are realised and distributed amongst the creditors of the company. Creditors may fall into various classes with some priorities among them in the satisfaction of their claims. The consequence of the application of the principle of compulsory transfer of employment relationships is that the employees are treated more favourably than all other creditors because there is no risk of their claims not being met in full.

Only with regard to "hiving-down", in the possible clash between the interests of the company's creditors and the employees' acquired rights, was absolute priority granted to the former. There was no attempt to produce even a compromise between the two claims. Even if hiving-down would involve dismissal, selective re-engagement and an eventual modification of terms of employment of those re-engaged would at least create some new jobs. A purchaser would not be attracted to the purchase if he has to take on all the work force and could not modify the terms and conditions of engagement. This of course is at the expense of the employees' rights under the Acquired Rights Directive.

---

[74] [1994] IRLR 564. In this case, unusually, by the time it reached the EAT, the employees had decided that the transferor had more assets than the purchaser. Correspondingly, they were arguing that liability had not passed to the transferee. The EAT upheld the decision of the tribunal that the transferor remained liable because the dismissals were not for a reason connected with the transfer.

[75] (1997) 13 March (EAT 710/96).

[76] [1998] ICR 655. In this case, the EAT, found that the words "the transfer" in Regulation 8 (1) could perfectly well mean "transfer" or "a transfer" and that the tribunal had erred in attaching significance to the definitive article.

In all other situations, British courts following the ECJ ensured that the balance between the two above opposite interests was weighed in favour of the protection of employees' rights. However, in their evidence to the House of Lords Committee investigating changes to the Directive, the Society of Practitioners of Insolvency considered the transfer of undertakings legislation as "an impediment to the rescue of businesses in the context of formal insolvency". In the view of the Practitioners, the above legislation had "the opposite from its intended effect of preserving employment and employee's rights". They cited numerous examples of cases "where the prospect of taking over accrued liabilities under employment contracts had either deterred prospective purchasers of insolvent businesses from dealing altogether, or had caused them to discount the price which they were prepared to pay"[77].

The protectionist approach of the ECJ also led British courts to narrowly interpret the ETO exception. As Pollard [78] noted, it might seem surprising that insolvency itself has not been often considered as a situation giving economic, technical and organisational reasons justifying a change in the workforce. The narrow interpretation of the ETO exception is one of the reasons for the cautious approach of insolvency practitioners. A prospective purchaser would not take the risk of invoking the ETO exception. Rather the insolvency practitioners will be very cautious and will reduce the workforce as much as possible before discussions and negotiations commence with prospective purchasers.

Such an approach leads to a surprising result. As it has been pointed out, "the desire to reduce the risk of a connection with any subsequent transfer may well mean that insolvency practitioners tend to make dismissals at an earlier stage than they would otherwise. It is ironic that, if this occurs, the effect of the protective provision in TUPE will have been to reduce job security"[79].

As Pollard [80] concluded in 1996, the balance between the interest of employees and other creditors of the company has not yet been satisfactorily struck and uncertainty could be seen as "tending to both earlier dismissals and less prospect of protecting jobs by way of successful business sale".

4. Business transfer and corporate insolvency in Italy

4.1. The prior national law and the implementation of the Acquired Rights Directive in Italy

In Italy, the principle of the compulsory transfer of contracts of employment upon the transfer of a business has been established since 1942 under Article 2112 of the Civil Code.

[77] Select Committee on the European Communities, Session 1995-96, 5th Report.

[78] Pollard, David, *op. cit.*, n. 72 at 209.

[79] Pollard, David *op. cit*, n. 72 at 202.

[80] Pollard, David *op. cit*, n. 72 at 210.

The original version of Article 2112 had been introduced as a special provision, derogating from the general principle of freedom of contract, with the purpose of protecting employees considered to be in a less favourable position, from an economic and social point of view, in respect to the employer. The compulsory transfer of contracts of employment upon the transfer was excluded "where the transferor had given the required notice" and employees were only entitled to retain "the rights arising from the seniority acquired before the transfer".

During the Italian economic crisis (1975-1980), the above regulation introduced by Article 2112, appeared to be too rigid. On the one hand, Italian courts held collective agreements, partially derogating from the principle of compulsory transfer of employment relationship, effective. On the other hand, the Italian legislator attempted through various legislative initiatives, to give priority to the need to ensure – as far as possible – the rescue of the business and in order to save a certain number of jobs. While the previous version of Article 2112 was into force, insolvent companies introduced a number laws derogating from the principle it established with the purpose of excluding the application of Article 2112 in cases of transfers[81].

In 1990, Article 47 of Law No. 428 of 1990 transposed the Acquired Rights Directive in Italy. Article 47 amended Article 2112 of the Italian Civil Code. The latter, therefore, now reads as follows:

"In the event of the transfer of an undertaking, employment relationships are to continue to exist with the new owner and employees' rights under those relationships are to be preserved.

The transferor and the transferee are jointly liable for all obligations in respect of the employees concerned by the transfer at the time of the transfer itself (...)

The transferee shall apply the collective agreements (...) in force at the time of the transfer until their expiration, unless they are replaced by other collective agreements applicable to the transferee's business".

Article 47 also introduces a mandatory information and consulting procedure with the trade unions (for undertakings with more than 15 employees) and expressly provides that the transfer cannot constitute in itself ground for dismissal of the employees.

Since Italian legislation had already introduced special provisions in the case of transfers made by insolvent companies, when Article 47 came into force, it provided (unlike the UK TUPE Regulations) in paragraph (5) for a derogation from Article 2112 of the Italian Civil Code in the case of insolvent business transfers.

4.2. Article 47(5) of Law No. 428 of 1990

Article 47(5) of Law No. 428 of 1990 refers to different situations:

- undertakings declared by the CIPI to be in critical difficulties, pursuant to Article 2(5)(c) of Law No. 675 of 12 August 1977 and
- undertakings subject to an insolvency procedure properly called, either (i) declared bankrupted or (ii) subject of an approved creditors' arrangement and composition consisting in the disposal of assets, or (iii) subject to a compulsory administrative

[81] See Article 1 of Law. No. 218 of 1978 which allowed the transferor to exclude the effectiveness of Art. 2112 where the undertaking had been declared in economic crisis and a collective agreement with the most representative trade union had been executed.

winding-up procedure which has been published, or (iv) subject to a special administration procedure, if no provision has been made for the continuation of the business or it has been finished.

In these situations, it provides that "if the consultation referred to in the foregoing paragraphs (with the employees' representatives) has resulted in any agreement which provides for the maintenance of employed personnel, even in part, Article 2112 of the Civil Code shall not, unless the agreement lays down more favourable conditions, apply to the employees whose employment relationship continues with the transferee. Such an agreement may additionally provide that surplus personnel are to be excluded from the transfer and that the latter are to continue, wholly or in part, in the service of the transferor".

4.3. Undertakings which have been declared to be in critical difficulties pursuant to Article 2(5)(c) of Law No. 675 of 1977

Pursuant to Article 47(5), in the case of undertakings declared by the CIPI to be in critical difficulties, in order to exclude the application of Article 2112 of Civil Code, it is sufficient that the mandatory consultation of the workforce has resulted in an agreement providing for the continued employment of personnel, even in part. Article 47 (5) is intended to facilitate the transfer of an undertaking in critical difficulties where there is a collective agreement on even the partial maintenance of employment. The transferee, in fact, will have the advantage of taking only those employees necessary to carry out the business. In turn, the transferor can proceed (immediately or later) to make reductions in the workforce. The transferor can also continue to make use of the remaining employees or, alternatively, can temporarily suspend their employment. In the latter case, the suspended employees will continue to have part of their wages guaranteed for a period of twelve months by the Government.

A finding by the CIPI that the undertaking is in critical difficulties is conditional primarily and above all on circumstances relating to social policy rather than to the economic and financial situation of the undertaking in question, as in the case of insolvency proceedings. In order to be declared in critical difficulties, the undertaking is requires to submit a restructuring programme. Therefore, the aim of that procedure is not to liquidate the debtor's assets, as in insolvency proceedings. Any transfer of undertakings in critical difficulties take place as trading goes on, without any interruption of productive activities.

The act by which an undertaking is declared to be in critical difficulties aims to enable the debtor undertaking to deal with temporary difficulties providing the workers with financial support for as long as those difficulties persist. The most important consequence of the declaration that the undertaking is in critical difficulties is that employees qualify for registration under the Cassa Integrazione Guadagni – Gestione Straordinaria (Special Department of the Wage Supplement Fund hereinafter referred to as "CIGS"). Under the CIGS system, employment relationships of all or part of the workforce are totally, or in part, suspended and payment to workers of part of their remuneration is guaranteed by the CIGS.

Under the regime for undertakings in critical difficulties, no provision is made for the judicial supervision at the initiation or in the course of the procedure, no suspension of payment is provided, nor are the debtor's powers to deal with and manage its assets removed.

It is clear that the procedure in question did not have the characteristics of or the entailed consequences of those procedures, which had been recognised by the ECJ (in *Abels* and *D'Urso)* as falling outside the scope of the Directive.

However Italian judges, rather than merely making use of the approach outlined by the ECJ in previous judgements on similar or related issues, "seem to have felt the necessity to ask for the support of the ECJ in order to obtain confirmation of the applicability of the ECJ's previous decisions to the specific Italian situation"[82].

The Italian Court, which referred to the ECJ, recognised the possible clash between Article 47(5) of Law No. 428 of 1990 and Community law. The ECJ had excluded the application of the Directive only when the transferor was subject to a proceeding aimed at the liquidation of the undertaking and the realisation of its assets. Article 47(5) of Italian Law No. 428 of 1990 equated such proceedings with the status of critical difficulties. That was unlikely to be compatible with the Directive. Undertakings in critical difficulties are in a state of serious indebtedness but their financial situation is manifestly less grave than that of an undertaking subject to bankruptcy proceedings. The business of an undertaking in critical difficulties is taken over by the transferee without any significant hiatus in production and, above all, with real prospects of recovery.

The ECJ, following its previous judgements, held that the Directive was applicable to the transfer of an undertaking that, under Article 2(5)(c) of Italian Law No. 675 of 1977 had been declared to be in critical difficulties. This was because an undertaking declared to be in critical difficulties is subject to a procedure aimed at the continuation of the business rather than its liquidation.

The Court did not even take into account Article 4 of the Directive and Article 47(4) of Law No. 428 of 1990. These provisions state that the transfer will not constitute grounds for dismissal by the transferor or the transferee but expressly exempt dismissals relating to economic, technical and organisational reasons, which entail changes in the workforce. These reasons always occur in restructuring of undertakings in critical difficulties.

The ECJ judgement, in *Spano*, has raised some doubts among Italian academic writers. As it has been noted, rules governing undertakings in critical difficulties constitute an autonomous regulatory system in respect of other insolvency proceedings. Indeed, they aim to protect collective and not individual interests whilst Article 2112 of Civil Code focuses on individual rights of employees. A different treatment of undertakings in critical difficulties would, therefore, be justified on the basis of preserving jobs, which is the aim of such proceedings. Article 2112 of the Civil Code and Article 47(5) of Law 428 of 1990 would deal with different situations[83].

It also seemed that the ECJ was extremely concerned about the risk of a broad interpretation of the concept of undertakings in critical difficulties by domestic courts. However, Article 1 of law No. 223 of 1991 required the CIPI to establish in advance the requirements for an undertaking being declared in critical difficulties. This has

[82] Leccese, Vito, *op. cit.*, n. 16 at 314.

[83] See Boscati, "Il trasferimento di aziende in crisi al vaglio della Corte di Giustizia", (1996) 6, *Lav. Giur*, p. 460 at 464.

substantially reduced the discretionary powers of the CIPI so that there is no longer the risk of a misinterpretation of the concept of critical difficulties[84].

4.4. Undertakings subject to insolvency proceedings

Article 47(5) refers to several insolvency proceedings under Italian law: (i) bankruptcy proceeding properly called ("fallimento"); (ii) approved preventive arrangement and composition ("concordato preventivo"); (iii) compulsory administrative winding-up procedure ("liquidazione coatta amministrativa"); and (iv) special administration procedure ("amministrazione straordinaria").

Following the ECJ's reasoning in *D'Urso*, Article 47(5), with regard to undertakings subject to insolvency proceedings, expressly states that the derogation from Article 2112 of the Civil Code can only operate when not (i) the mandatory consultation of the workforce has resulted in an agreement providing for the continued employment of personnel, even in part, but also when (ii) no decision to continue trading has been taken with regard to the transferor company or it has already ceased trading.

Bankruptcy proceedings and compulsory administrative winding-up are outside the scope of the Directive as interpreted by the ECJ. Some doubts might arise in case of approved preventive arrangement and composition. However, this exemption from the application of Article 2112 of the Italian Civil Code might be considered as falling under Article 4a(3) of the Amending Directive. This article states that, where the transferor is in a situation of serious economic crisis declared by a competent public authority under domestic provisions already existing in national law by 17 July 1998, a Member State may allow agreements between the transferee, the transferor and employees' representatives with the aim of introducing alterations to the employees' terms and conditions of employment.

Article 47(5), however, does also include in its scope the special administration procedure, which has different characteristics from those of the other proceedings mentioned in the same provision and which, before the introduction of Article 47(5), was the object of a preliminary ruling reference to the ECJ by the Pretore di Milano in *D'Urso*.

In *D'Urso,* the Pretore di Milano raised the question of the compatibility of Article 3 of law No. 19 of 1987, which provides that in the event of transfers of businesses or parts of businesses in the implementation of programmes for undertakings under special administration, Article 2112 of the Civil Code does not apply. The Italian court referred the ECJ the question as to whether the Acquired Rights Directive was applicable to transfers of businesses made by undertakings under special administration.

The Court, recalling the principles developed in the earlier case of *Abels*, concluded that the Directive did not apply to transfers made by undertakings subject to a special administration, unless the continued activity of the business was envisaged and the business was still actually trading.

Following the preliminary reference in *D'Urso,* and the infringement proceedings begun by the Commission against Italy with regard to Article 3 of Law No 19 of 1987,

[84] See Boscati, *op. cit.*, n. 82 at p. 465.

the Italian legislature passed Law No. 428 of 1990, which amended Article 2112 of Civil Code as stated above.

Law No. 95 of 1979 introduced special administration. It applies (to the exclusion of cases of bankruptcy) to large undertakings[85]. In order to apply the procedure, it is necessary that the judicial authorities (on their own initiative or on the application of the undertaking itself or of the creditors or of the Public Prosecutor) have declared the undertaking to be in a state of insolvency or to have failed to pay salaries for a period of three months.

The procedure is set in motion by ministerial decree and conducted by one or three auditors, appointed and supervised by ministerial authority. Subject to any contrary provision in Law No. 95 of 1979 itself, the special administration procedure is governed by the provision of Italian law on the compulsory administrative winding-up of undertakings. Consequently, the organs of the undertaking cease their functions and lose their power to manage the undertaking and dispose of its assets.

The ministerial decree may allow the undertaking to continue to trade under the supervision of the auditor for a period not exceeding two years (which can be extended two times for a total period not exceeding a further two years). The auditor draws up a programme, which contains, as far as possible and taking into account the interests of creditors, a restructuring plan. The plan identifies the plants to be brought back into operation and those, which must be transferred. The Government may guarantee debts incurred vis-a-vis credit institutions in order to finance the day-to-day running.

The ECJ, in *D'Urso*, held that the Acquired Rights Directive did not apply unless it has been decided that the undertaking is to continue trading. Likewise, as in *Spano*, the judgement of the ECJ in *D'Urso* has been criticised by a number of Italian academic writers[86].

It has been noted that special administration is very akin to bankruptcy proceedings. As stated in the preamble to Law No. 95 of 1979, the purpose of the special administration procedure is to save parts of the undertaking concerned, which are sound, by transferring ownership of the undertakings – but not its debts – from the insolvent transferor to a transferee. Likewise, in bankruptcy proceedings, the process is based on the inability to meet liabilities, and involves transfer of assets.

Before the decision to commence the procedure is taken by ministerial decree, the court must have first declared state of insolvency or a failure to pay salaries. Like in bankruptcy proceedings, a large public control is exercised over the commencement and course of the procedure. The only difference is that with bankruptcy proceedings, it is the court that exercises such power of control. Contrarily, in special administration, an administrative authority exercises this supervision. However, in a special administration procedure, a judicial intervention is also necessary at a first stage. The reason why the conduct of the procedure is supervised by an administrative authority is that the restructuring of a large undertaking with a view to transferring a set of assets and

[85] Undertakings having more than 300 employees for more than one year and whose debts to credit institutions and social security institutions exceed certain limits.

[86] See e.g. Romei, Roberto "Il trasferimento di un'azienda in crisi dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee", (1995), *Mass. Giur. Lav.,* 492.

maintaining jobs requires policy choices which can be better made by an administrative rather than a judicial authority.

The powers of disposal and management of the debtor subject to a special administration proceeding are similar to those of companies in liquidation. Indeed, Law No. 95 of 1979 expressly refers to bankruptcy legislation on compulsory administrative liquidation. This means that the debtor loses all powers of disposition and management, which are transferred to the auditor or auditors.

Based on the foregoing, the special administration procedure should have been treated as a bankruptcy proceeding even if the undertaking under special administration had been authorised to continue trading. Such authorisation is merely incidental.

On several occasions, the Italian Supreme Court ("Corte Costituzionale") has held special administration procedure analogous to compulsory administrative winding-up[87] and recognised that the effects in respect of creditors are the same in special administration, bankruptcy and compulsory administrative winding-up[88].

All those similarities have been ignored by the ECJ, which, instead, extended, as much as possible, the scope of the Directive, although it entailed detrimental effects for employees[89].

Moreover, declaring the Directive inapplicable where trading ceases and applicable when the undertaking continues trading, may lead to the consequence of immediate termination of trading although this could be a less favourable solution from a social point of view. If special administration was not be treated in a way analogous to bankruptcy proceedings, debtors would seek application of bankruptcy proceeding, instead of a special administration procedure, in order to escape the application of the Directive. This would be detrimental from the workers' point of view since only special administration procedure and not bankruptcy proceedings aims to preserve jobs.

4.5. The "direct" approach of Italian courts

In the United Kingdom, the Acquired Rights Directive has been transposed into domestic law with a remarkable lack of enthusiasm because of the difficulties in accommodating the new principle of compulsory transfer of employment relationship with the traditional principle of freedom of contract and the practice of hiving-down. A first attempt was made to rely on a narrow interpretation of the 1981 Regulations. However, UK courts, after some initial hesitation and confusion, have given the Directive and the TUPE Regulations a very wide application. British courts expressly applied the ECJ judgements to the national situation without feeling the need to make express reference for preliminary rulings to the ECJ. They have easily accepted the supremacy of EC law and have applied the principles developed by the ECJ with positive enthusiasm. It has been suggested that the absence of a written constitution, a Bill of

[87] Corte Costituzionale sent. n. 185 of 1987.

[88] Corte Costituzionale sent. n. 567 of 1989.

[89] See Foglia, Raffaele "Trasferimenti di aziende, procedure conservative e diritto comunitario", (1991), II, *Dir. Lav.*, 329 at 338.

Rights and a Constitutional Court to protect them might have facilitated the application of EC law and ECJ principles in the UK[90].

Moreover, UK courts also had the advantage that the prior domestic law was based on the opposite principle of freedom of contract in respect to the Directive. Therefore, once the new principle of compulsory transfer of employment relationship upon the transfer of business had been accepted, the UK courts could apply it without any concern of compatibility with prior existing domestic laws.

In Italy, the compulsory transfer of the employment relationship upon the transfer of a business was a traditional principle of domestic labour law. Since the late 1970's, Italian legislation has exempted transfers of undertakings by insolvent transferors from the application of the principle of compulsory transfer in case of insolvent companies. At first sight, the task of Italian courts should have been easier than that of UK courts. However, they had to face the problem of potential conflict between pre-existing domestic laws and the case law of the European Court. Because of those difficulties, Italian courts referred to the ECJ for preliminary rulings.

As an unexpected consequence, the British courts, without making express reference to the ECJ, put a heavy burden on the ECJ itself to give effective guidance to national courts, being at the same time free to adjust the ECJ reasoning, expressly made with reference to different domestic laws, to the national legislation. Differently, Italian courts, by referring preliminary rulings to the ECJ, apparently seemed to turn the task of giving guidance to the national courts to the ECJ. However, they had the reverse effect to be strictly bound by the ECJ rulings. In those judgements, as in *Spano* and *D'Urso*, the European Court did not take into account the peculiar characteristics of undertakings in critical difficulties or subject to a special administration under the relevant Italian provisions and simply applied the principles developed in its previous case law.

5. The amendment of the Acquired Rights Directive

5.1. The revision process

The criticisms of the Acquired Rights Directive and the protectionist approach adopted by the ECJ - whose decisions rendered the Directive even more controversial- lead to a long and difficult process of revision of the 1977 Directive.

The Commission put forward proposals for the revision of the Acquired Rights Directive in 1994. The European Parliament published a revised draft in 1997 following heavy criticism of the initial proposals[91]. The amending Directive was finally adopted on June 29, 1998[92]. The Amending Directive inserts new Articles 1-7b into the 1977 Directive.

[90] See Davies, Paul "The European Court of Justice, National Courts and the Member States" in DAVIES, LYON-CAEN, SCIARRA and SIMITIS, *European Community Labour Law* (Oxford, 1996) 124-125.

[91] COM (97) 60 final, [1997] O.J. C124.

[92] Council Directive 98/50, [1998] O.J. L201/88.

The new Directive does not seek radically to alter the scope and the purpose of the original Directive; instead, it seeks to consolidate the case law of the ECJ.

One notable aspect of the Directive is the flexibility it offers Member States. On a number of key issues (including its application in insolvency situations), Member States are granted the option of applying the Directive. Whilst it is true that the original Directive also gave the Member States certain options, that text did not have the same degree of flexibility that characterises the new Directive. The new approach adopted by the Council of the European Community is an example of the subsidiarity principle in action, and it exemplifies the Community's current "light touch" approach to labour legislation generally.

5.2. Insolvent transferors

It is in relation to transfer by insolvent transferors that the Amending Directive has effected the greatest changes. This is also the area in which the Amending Directive gives the greatest number of legislative choices to Member States.

Articles 4(1) and 4(2) have not changed: a transfer shall not constitute grounds for dismissal of an employee but dismissals may take place for economic, technical or organisational reasons entailing changes in the workforce. Member States may exclude from that rule, employees who are not covered by domestic protection against dismissal; if, by reason of the transfer, the contract of employment is terminated because there is a substantial change in working conditions to the detriment of the employee and the employer is regarded as responsible for that termination.

However, there is a new Article 4a. The Amending Directive, unfortunately, adopts the distinction drawn in the case law of the ECJ between the liquidation of insolvent companies and other ways of dealing with them. It permits Member States to exclude the application of the Directive in cases where the undertaking, business, or part of the business being transferred "is the subject of bankruptcy proceedings or any analogous insolvency proceeding which have been instituted with a view to the liquidation of the assets of the transferor and are under the supervision of a competent public authority"[93].

The difficulty with this distinction is that "it focuses on the ultimate fate of the transferor, rather than on the position of the employees and the transferee when the viable parts of the business are sold, something that is a central feature of any procedure for handling insolvencies, whether through liquidation or otherwise"[94].

As a result of such distinction, practitioners will have an incentive to adopt the liquidation procedure instead of other proceedings aimed at rescuing the undertakings. The effect will be quite the opposite effect of the Directive's purpose to protect employment.

The ability to except insolvent undertakings from the scope of the Directive is optional. It is for the Member States to decide. Therefore, Member States who do not take it up will be seen as including such insolvencies within the scope of the Directive.

[93] Article 4a(1).

[94] Davies, Paul "Amendments to the Acquired Rights Directive", (1998) 27, *ILJ*, p. 365 at p. 368.

Under Article 4a(2), irrespective of the choice made in relations to liquidations, the Member States may provide that the transferor's debts (either in the form of arrears of payments, damages or other liabilities) due before the business transfer or prior to the opening of insolvency proceedings, do not pass to the transferee. The use of the word "debts" in the new provision is significant: the word used in Article 3(1) is "obligations", suggesting that it is only accrued and liquidated amounts, which may be excluded from transfer, for example arrears of wages and salary or accrued holiday pay.

However, Member States wishing to take advantage of such provision must comply with the Insolvency Directive[95]. That Directive requires Member States to guarantee employees' pay for specified periods where the employer is insolvent. Member States are permitted to set a ceiling for the liability for employees' claims. Unless the above option is taken up, the principle of compulsory transfer of the contract of employment will entail the transfer of the above liabilities.

This option has been considered as *"simply a wealth transfer from the employees to the creditors of the transferor"*[96]. Since the undertaking is free of debts arising from the contracts of employment, the transferor will be able to sell it at a higher price for the benefits of its creditors. The requirement of compliance with the Insolvency Directive does not help since the level of protection guaranteed by this Directive is notoriously low[97].

5.3. Variation of terms and conditions of employment upon the transfer of an insolvent company

In addition to or instead of the first option, under Article 4a(2), Member States can opt to allow the employer and employees' representatives to agree to alterations to the employees' terms and conditions of employment *"designed to safeguard employment opportunities by ensuring the survival of the undertaking"*. The agreement will modify the principle of the compulsory transfer of employment on the workers' existing terms and conditions. Such a modification was firmly rejected by the ECJ[98] and UK courts while, in Italy, it was a commonly accepted principle.

The UK Court of Appeal decision in *Wilson v. St Helens Borough Council and Meade & Baxendale v. British Nuclear Fuels* [99] established that if there is a transfer of an undertaking and employees are transferred, their terms of service cannot be varied lawfully for a reason connected to the transfer, even if the employees consent to the

[95] Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of insolvency of their employer, 80/987/EEC, [1980] O.J. L283/23. Under this Directive, some of the employees' claims unmet by the transferor and now not claimable against the transferee, are paid out of a government financed guarantee fund.

[96] Davies, Paul *op.cit.*, n. 93 at 368.

[97] Indeed, under the Insolvency Directive, Member States may restrict the fund's liabilities in terms of both time and levels of payment.

[98] C-324/86 *Forningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*, [1988] ECR 739; C-209/91 *Rask v. ISS Kantineservice A/S*, [1993] ECR I-5755; *Credit Suisse First Boston (Europe) Ltd v. Lister* [1998] IRLR 700, C.A.

[99] [1997] IRLR 505.

variation and, it seems, regardless of how long after the transfer the variation is made. In reaching that decision, the Court of Appeal purported to follow the decision of the ECJ in *Daddy's Dance Hall*[100]. In this case, it was held that a worker could not waive the rights conferred upon him by the mandatory provisions of the Directive, even if the disadvantages are offset by advantages so that, overall, he is not left in a worse position. However, the ECJ did not prevent variations by agreement between the parties where the reason is unconnected to the transfer.

Wilson and *Meade* endorsed the principle that the validity of downward variation of terms hinges on whether or not that variation is for a reason connected with the transfer. Lord Slynn thought that the tribunal and the Court of Appeal in *Wilson* were entitled to find that the transfer of the undertaking was not the reason for the variation and so the variation would have been effective even without the dismissals. In *Meade*, there was no such finding but, since the dismissals were effective anyway and the employees had received substantial compensation for loss of employment, they were free to agree re-engagement terms with the transferee employer. There was no variation but a dismissal and re-engagement[101].

The House of Lords judgement did not resolve the conundrum of whether it is unlawful for a transferee of an undertaking to negotiate consensual variation in the terms of employment of the existing workforce as part of a transfer, a business that is in financial difficulties, but which might be saved by re-organisation, cannot be rescued. The result might be that the undertaking is forced into closure and all jobs are lost: the consequence of an interpretation of a Directive, which was meant to protect jobs. The employer can dismiss and re-engage on different terms but if he does and the defence of economic, technical or organisational reason is not made out, he will incur liability in unfair dismissal.

The new Article 4a gives a partial solution. Article 4a, paragraph 2(b) permits Member States to provide that on a transfer during such insolvency proceedings, employees' representatives may agree alterations to the employees' terms and conditions of employment "designed to safeguard employment opportunities by ensuring the survival of the undertaking". Like the Italian legislator, the Council of the European Communities opted for a collective protection of employees' rights. In other words, if some individuals may be considerably worse off because of the agreement, the latter will be overall to the benefit of the employees. Concerns have been expressed about the great degree of flexibility and bargaining power, which may arise from this provision for the employer[102]. As a response to those concerns, Article 4a(4) of the Directive states that "Member States shall take appropriate measures with a view to preventing misuse of insolvency proceedings in such a way as to deprive employees of the rights provided for in this Directive".

[100] Case C- 324/86 [1988] ECR 739.

[101] Shrubsall, Vivien, "Employment Rights and Business Transfers - Changes to the Acquired Rights Directive", (1998) Web Journal of Current Legal Issues.

[102] Hardy, Stephen – Painter, Richard W, "The new Acquired Rights Directive and its Implications for European Employees Relations in the Twenty-first Century", (1996) 6 (4) MaastJECL. 366 at 378.

However, the new provision allows negotiated and consensual variation only where the undertaking is already the subject of insolvency proceedings and the purpose must be to ensure the survival of the business. Article 4a(3) contains a special provision allowing one Member State – which, like Italy, already has special national procedures to promote the survival of companies declared to be in a state of economic crisis - to agree alteration of employment terms in such cases.

5.4. The impact of the Amending Directive on employees' rights and the process of transposition in the UK and Italy

Although the Amending Directive introduces welcome clarifications with regard to transfers of undertakings in the context of insolvency proceedings, it contains many grey areas. It adopted the distinction drawn by the ECJ between insolvency and pre-insolvency proceedings. The EU Commission did not take the opportunity to give more general application to the principle of collectively agreed variation of terms and conditions of employment. The Amending Directive allows such variations only in the context of insolvent business transfers. Finally, in the interest of certainty, it does not indicate, as was suggested by the House of Lords in 1996 (and so far, as it was practicable), the insolvency procedures of each member state to which the Directive applies[103].

Moreover, the flexibility that characterises the new Directive has raised different comments. It has been argued that the Amending Directive does little to advance the cause of employment protection in the context of insolvency proceedings since it gives EU Member States a wide degree of discretion in terms of the type and strength of protection to offer[104]. Differently, Ian M^{c}Cartney, Minister of State at the UK Department of Trade and Industry, asserted that the Amending Directive "*will help competitiveness and employment flexibility, by helping the labour market to adapt to structural change in the economy without walking over the rights of employees"*[105].

There is no doubt that the Amending Directive has the effect of reducing the employees' formal legal entitlement. Whether in turn employees can expect to enjoy greater substantive job protection is an issue not yet resolved. The changes in the area of insolvency are essentially deregulatory and their ultimate impact will depend heavily on the choices made by the Member States at the point of implementation[106].

However, the transposition process of the Amending Directive into domestic law has been very slow so far even though the deadline for the transposition was 17 July 2001.

---

[103] House of Lords Select Committee on the European Communities: "Transfer of Undertakings: Acquired Rights" Session 1995-96, 5th Report, HL Paper 38 p. 21.

[104] Hardy, Stephen – Painter, Richard W, *op. cit.*, n. 100 at 378.

[105] Speech reported in DTI Press Release P/98/430 of June 4, 1998.

[106] Davies, Paul, *op. cit.*, n. 93 at 372.

In the meantime, on 12 March 2001, the Council of European Communities has adopted Directive 2001/23/EC[107] which simply codifies, in the interests of clarity and rationality,[108] the amendments to the Acquired Rights Directive by the Amending Directive. Directive 2001/23/EC, however, does not prejudice the time limits within which the Member States are to comply with the Amending Directive.

5.5. The transposition process in Italy

In the last years, the legal debate regarding the compliance of the Italian labour law order with the second generation directives on the transfer of overtakings have seen a complex dialogue that involved statutory and judicial interventions.

In particular, three Legislative Decrees were enacted (Legislative Decree No. 18/2001; Legislative Decree No. 276/2003, Articles No. 29, paragraphs 3 and 32, Legislative Decree No. 251/2007, Article No. 9) and the European Court of Justice delivered many important judgements that witnessed the evolution of the transfer of undertakings discipline[109]. Furthermore, Italian Corte di Cassazione committed itself in a long-distance dialogue with ECJ case law, in an attempt to apply Italian law in full compliance with the principles of the previously indicated Directives and with the related interpretation established by the ECJ[110].

Anyway, it should be highlighted that the indicated Decrees do not contain any provision amending the previous regime of transfer of insolvent companies. In fact, Legislative Decree No. 18/2001 only amends Article 47, paragraphs (1), (2), (3) and (4) of Law No. 428 of 1990, but does not refer to paragraph (5) which, as discussed in Chapter III, exempts insolvent business transfers from the scope of Article 2112 of the Italian Civil Code. Thus, Article 47 (5) must be considered to be still in force.

---

[107] OJ 2001 L 201/16.

[108] See the preamble to Directive 2001/23/EC.

[109] See. Case C-343/98, Renato Collino and Luisella Chiappero v Telecom Italia SpA, [2000] ECR
6659; C 175/99, Didier Mayeur v Association Promotion de l'Information Messine (APIM), [2000] ECR 7755; **C-172/99*, Oy Liikenne Ab v Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*, [2001] ECR** 745; C-51/00, *Unión de Pequeños Agricultores v. Council*, 2002 ECR 6677; C-164/00, *Katia Beckman v Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd*, [2001] ECR 4893; C-145/01, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, [2003] ECR 5581; C-4/01, *Martin and Others v. South Bank University*, [2003] ECR 12859; C-340/01 *Carlito Abler v Sanrest Grosskuechen*, [2003] ECR I-14023; C-333/03, *Commission of the European Communities v Grand-Duchy of Luxembourg*, [2004] 6033; C-425/02, *Johanna Maria Delahaye, née Delahaye v Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative*, [2004] ECR 823; C-478/03 *Celtec Ltd v John Astley and Others*, [2005] ECR 4389; C-297/03, *Sozialhilfeverband Rohrbach v Arbeiterkammer Oberösterreich, Österreichischer Gewerkschaftsbund*, [2005] ECR 04305; Joined cases C-232/04 and C-233/04, *Nurten Güney-Görres, Gul Demir v Securicor Aviation (Germany) Ltd, Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG*, [2005] ECR 11237; C-499/04, *Werhof v Freeway Traffic Services GmbH & Co KG ECJ*, [2006] ECR 2397; *C-458/05 Mohamed Jouini and Others v Princess Personal Service GmbH (PPS)*, [2007] ECR 7301.

[110] Cass. civ. Sez. lavoro, 18/01/2007, n. 1097; Cass. civ. Sez. lavoro, 11/01/2007, n. 398; Cass. civ. Sez. lavoro, 06/11/2003, n. 16673, Cass. civ. Sez. lavoro, 12/05/1999, n. 4724.

As indicated before, some authors[111] (such as those from the Web Journal of Current Legal Issues) expressed doubts regarding the compatibility of this provision with the Directive 77/187 and after the *Spano* judgement, Italian doctrine divided itself into two schools of thoughts in defining the consequences of the same judgement.

Some authors [112] affirmed that the relevant directive, as interpreted by ECJ, should prevail on Article 47, paragraph (5), of Law No. 428/1990, which should therefore cease to be applied. Others, on the contrary, noted that the directive could not have any direct efficacy on individual relationships meaning that the indicated national provision should be applied to a further legislative reform[113]. This reconstruction has been acquired by the Corte di Cassazione in the *New Holland Italia* case [114], in which the Corte affirmed that the non-compliance of the national rule with the relevant Directive, under the interpretation offered by the ECJ in the *Spano* case, cannot preclude the application of Article 47, paragraph 5; not only because the original directive could not have been enforced in private relationships, but also because, in the Corte opinion, there was no space for a restrictive interpretation of the national law. Furthermore, the doctrine has highlighted the possibility, for the workers, to bring an action against the State for the possible non-application of Article 47, paragraph (5), of Law No. 428/1990[115]. However, as previously indicated, the Directive 98/50, in Article 4-bis, paragraph 3 (now Article 5, paragraph 3, of the Directive 2001/23) states that "a Member State may apply paragraph 2(b)[116] to any transfers where the transferor is in a situation of serious economic crisis, as defined by national law, provided that the situation is declared by a competent public authority and open to judicial supervision, on condition that such provisions already existed in national law on 17 July 1998". As indicated by the last clause, this rule, for a part of the doctrine[117], aims directly to a solution to all the previous uncertain situations, as if, in a certain sense, the rule itself would have been enacted in order to legitimate the peculiar Italian regime of transfer of undertakings in crisis that would remain fully operable. Truly, some doubts regarding the consistency of the Italian law, even with the

[111] *Ex plurimis* De Luca, "Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: funzione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia nella intepretazione e nell'applicazione della nuova disciplina nazionale", (1991) Foro It., IV, 288.

[112] Lambertucci, "La disciplina del trasferimento d'azienda in crisi al vaglio della Corte di Giustizia", (1996), II, Riv. It. Dir. Lav. 274.

[113] Santoro Passarelli, "Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori", in (2005), "Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza, 28.

[114] Cass., Sez. Lav. 21.3.2001, n. 4073, (2001), I, Foro it., 3 235, with a note by Cosio.

[115] Pelaggi, "Trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi, potere di recesso del cedente e del cessionario ed effetti del licenziamento illegittimo alla luce della giurisprudenza comunitaria", (1998), Mass. Giur. Lav, 628.

[116] Which states that:"The transferee, transferor or person or persons exercising the transferor's functions, on the one hand, and the representatives of the employees on the other hand may agree alterations, in so far as current law or practice permits, to the employees' terms and conditions of employment designed to safeguard employment opportunities by ensuring the survival of the undertaking, business or part of the undertaking or business".

[117] Menghini, "L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99", (2000), I,Riv. Giur. Lav., 229; Lambertucci, "Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda", (1999), 74 at 75; Villani, Trasferimento d'azienda, (2000), 174 at175.

second-generation directive persist, especially in light of the recent European Court of Justice case law. In fact, the ECJ, in case 145/01 (*Commission of the European Communities v. Italian Republic*)[118], the Court, in an *obiter dictum*, affirmed that Article 47(5) and (6) of Law No 428/1990 (…) may well, at least partially, correspond to the situations contemplated in Article 4a". In other words, it seems that the Court would state only a partial legitimation of Article 47, paragraph 5, of Law No. 428/1990.

Which is then the legitimate space of operability of the national provision?

It appears possible to affirm that Article 47 could be legitimately applied consistently with the Directive only in case of a "serious economic crisis" that would lead to the overtaking to a pre-liquidation status. This reconstruction seems to be coherent with the text of the Directive 2001/23 and most relevantly, with the ECJ case law connected to the enforcement of the first generation directive (77/187), which excluded its operability if the purpose of the procedure was the liquidation of the whole business.

Nevertheless, what is the fate of the other profiles of the national rule that do not comply with the Directive?

The problem is the question regarding the horizontal direct efficacy of self-executing directives. The exclusion of any horizontal direct effect is affirmed constantly by the ECJ. In the famous judgement of *Faccini Dori*[119], it has been stated that "as the Court has consistently held since its judgement in Case 152/84 *Marshall v.Southampton and South-West Hampshire Health Authority* [1986] ECR 723, paragraph 48, a directive cannot of itself impose obligations on an individual and cannot therefore be relied upon as such against an individual". Furthermore, it is stated, "the effect of extending that case-law to the sphere of relations between individuals would be to recognize a power in the Community to enact obligations for individuals with immediate effect, whereas it has competence to do so only where it is empowered to adopt regulations". Nor does it appear possible to recognize an "indirect" horizontal effect of the Directives, considering that in the *Marleasing* judgement[120], the Court clearly stated that this peculiar effect would be possible only in case of "soft interpretation" and not of "hard interpretation", the first defined as an operation in which the judge attributes European-law-consistent meanings to ambiguous legislative texts, the second defined as the enforcement of a meaning which is different from the one directly emerging from the legal text, which is performed in order to define an interpretation which is systematically consistent with the European law. In fact, it must be remembered that the full adaptation of Italian law to the European provisions always remains a legislative operation, and cannot be judicially implemented.

In conclusion, Article 47, paragraph 5, of Law No. 428/1990, for the part of the rule that appears to remain non-compliable with the second-generation directive, will continue to be enforced in the Italian legal order. This enforcement will be executed within the context of the fact that the transfer of the undertaking Directive cannot be

C-145/01, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, [2003] ECR 5581, par.16.

[119] C-91/92, *Paola Faccini Dori v Recreb Srl*., [1994] ECR 3325.

[120] C-106/89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, [1990] ECR 1839.

directly enforced in the individual relationship and that a "hard interpretation" does not appear legitimate.

5.6. The transposition process in UK[121]

The enactment of the second-generation Directives led to an amendment of the TUPE regulation (SI 2006/246). In particular, the new TUPE regulation applies to a transfer of an undertaking, business or part thereof where there is a transfer of an "economic entity", which is defined as "an organised grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not the activity is central or ancillary"[122]. For most businesses, deploying mixed resources in furtherance of its commercial activity, the test for application of the regulation is whether the commercial activity, together with the sufficiency of the resources deployed, passes from the transferor to the transferee so that the entity is recognisable in the hands of the transferee. Anyway, we must underline that the renewed TUPE tends to resolve the problems linked to the transferor labour-only or labour intensive service entities.

In fact, the European Court of Justice in case C-13/95 (the *Süzen* case)[123] made the source Council Directive 77/187 inapplicable to a transfer of such entity unless the transferee takes on employees as well as the commercial activity on which they are deployed. Since then, British Courts and Tribunals have many difficulties in interpreting, applying, distinguishing and restricting the *Süzen* principle with deep uncertainty over circumstances in which TUPE regulations may cover changes of service provisions contracts and doubts over the compatibility with the European law of the relevant UK case law[124].

However, during the drawn-out consultation, the government made its intention to include changes of service provision contracts within the TUPE regulations ambit, very clear.

The provisions state that first- and second-generation contracting-out of services and the bringing in-house of previously contracted out services, will be subject to the TUPE regulations whenever an "organized grouping of employees…has, as its principal purpose, the execution of the activities"[125] under the service contract. The only exception regards service contracts intended by the client to be in connection with a single and specific event or task of short-term duration.

[121] Shrubsall, "The New TUPE Regulation", (2006) New Law Journal at 584.

[122] TUPE, reg. 3, par. 2.

[123] C-13/95, Ayse Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice., [1997] ECR 1259.

[124] For the UK recent case law see Underwood, "TUPE Round-Up", (2003) 8.6, Emp. Law & Lit., 21.

[125] TUPE, reg. 3, par. 3.

At earlier stages of consultation, an exception for professional services was included in the draft regulations published in March 2005. However, the government was persuaded that the disadvantages of any such provisions – and the practical difficulty of providing for an effective and appropriate definition – outweighed the gains achieved. Therefore, no such exception is included in the amendment TUPE regulation.

Therefore, changes of contractors providing office cleaning, workplace catering, security and guarding duties, refuse collection, machinery maintenance are all now included in the scope of new TUPE regulations[126]. Anyway, for the TUPE regulation to apply in any such case, the outgoing provider of the services must have deployed an "organised grouping of employees" on the performance of the contract services.

Also of note is that the new TUPE regulations specifically provide that a single employee can be regarded as an organized grouping of employees – endorsing Case C-392/92 (the *Schmidt* case)[127] – and the reference to "principal purpose" means that the employees do not have to be exclusively deployed on the specific contract service. Therefore, their employment in peripheral or occasional tasks outside that contract would not jeopardise the status of economic entity. Anyway, the new TUPE regulations do not apply where the contract activities are wholly or mainly supply of goods for the client's use, seen it applies to service provision contract only.

The TUPE redefined as well the transferor notification obligations. In particular, the transferor must notify the transferee in writing or in readily accessible form, "employee liability information" relating to any employee assigned to the undertaking or service contract being transferred[128]. This information includes:

a. the identity and age of the employee;

[126] That includes also legal, personnel, auditing, debt collection or other financial, managerial or support services.

[127] C-392/92, *Christel Schmidt v Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*. [1994] ECR 1311.

[128] TUPE reg. 11.

b. the employment particulars required by the written statement provisions of the Employment Right Act (ERA 1996), s.1[129];

c. information of any disciplinary or grievance procedures in respect of an employee within the previous two years;

d. information of any court or tribunal case, claim or action brought by an employee within the previous two years or that the employer has reasonable grounds for believing may be brought;

e. information of any collective agreement which will have effect after the transfer in relation to any employee transferred.

The information must be given, not less than 14 days before the relevant transfer, or in special circumstances, as soon as reasonably practicable thereafter. The transferee must also be notified, after the notification, of any changes in the information. A claim for breach of this obligation to an employment tribunal must normally be made within three months of the transfer.

[129] Which states that: (1) Where an employee begins employment with an employer, the employer shall give to the employee a written statement of particulars of employment. (2) The statement may (subject to section 2(4)) be given in instalments and (whether or not given in instalments) shall be given not later than two months after the beginning of the employment. (3) The statement shall contain particulars of: (a) the names of the employer and employee, (b) the date when the employment began, and (c) the date on which the employee's period of continuous employment began (taking into account any employment with a previous employer, which counts towards that period). (4) The statement shall also contain particulars, as at a specified date not more than seven days before the statement (or the instalment containing them) is given, of: (a) the scale or rate of remuneration or the method of calculating remuneration, (b) the intervals at which remuneration is paid (that is, weekly, monthly or other specified intervals), (c) any terms and conditions relating to hours of work (including any terms and conditions relating to normal working hours), (d) any terms and conditions relating to any of the following: (i) entitlement to holidays, including public holidays, and holiday pay (the particulars given being sufficient to enable the employee's entitlement, including any entitlement to accrued holiday pay on the termination of employment, to be precisely calculated), (ii) incapacity for work due to sickness or injury, including any provision for sick pay, and (iii) pensions and pension schemes. (e) the length of notice which the employee is obliged to give and entitled to receive to terminate his contract of employment, (f) the title of the job which the employee is employed to do or a brief description of the work for which he is employed, (g) where the employment is not intended to be permanent, the period for which it is expected to continue or, if it is for a fixed term, the date when it is to end, (h) either the place of work or, where the employee is required or permitted to work at various places, an indication of that and of the address of the employer, (j) any collective agreements which directly affect the terms and conditions of the employment including, where the employer is not a party, the persons by whom they were made, and (k) where the employee is required to work outside the United Kingdom for a period of more than one month: (i) the period for which he is to work outside the United Kingdom, (ii) the currency in which remuneration is to be paid while he is working outside the United Kingdom, (iii) any additional remuneration payable to him, and any benefits to be provided to or in respect of him, by reason of his being required to work outside the United Kingdom, and (iv) any terms and conditions relating to his return to the United Kingdom.
(5) Subsection (4)(d)(iii) does not apply to an employee of a body or authority if: (a) the employee's pension rights depend on the terms of a pension scheme established under any provision contained in or having effect under any Act, and (b) any such provision requires the body or authority to give to a new employee information concerning the employee's pension rights or the determination of questions affecting those rights.

Regarding the choice of the employees to be transferred, the 2006 TUPE amendments elevate to a statutory basis, the ECJ decision in case C-183/86[130] that the employees who transfer will be those assigned to the part transferred. Assigned is stated to mean "assigned other than temporary basis"[131]. The identification of which employees are assigned to what location and position will be a matter of fact for the tribunal in any particular case. In particular, *Duncan Web Offset (Maidstone) Ltd v.Cooper* (1995) IRLR 633 makes the following factors relevant:

a. the amount of time spent on one part of business or the other;

b. the amount of value given to each part by the employee;

c. the term of the contract showing what the employee could be required to do;

d. how the cost to the employer of the employee's service had been allocated between the parts of the business;

e. which part of the business manages the employees.

The new provision also put the House of Lords' decision in *Lister v. Forth Dry Dock and Engineering Co Ltd* (1990) 1 AC 546, (1989) 1 All Er 1134, on a statutory basis. Consequently, the TUPE regulation protects those employees who would have been employed at the time of the transfer if they had not been dismissed before it and because of it.

Regarding the dismissal issues, the TUPE regulation clarifies that a dismissal or variation of contract terms is permitted where there is an ETO reason entailing changes of the workforce. Obviously, employees affected will be entitled to redundancy compensation, but will not be treated as unfairly dismissed, provided the usual procedural and substantive standards of fairness set out in ERA 1996, s 98(4) are met.

Finally, the amendments to TUPE introduced special provisions to facilitate the transfer of insolvent undertakings. In particular, certain of the transferor's pre-existing debts owed to affected employees do not transfer to the transferee, but rather, are charged to the National Insurance Fund. Furthermore, fulfilling the obligations derived from the second-generation Directives mean that, exceptionally, employer and employee representatives are allowed to negotiate the downward variation of employment contract terms to ensure the survival of the transferring business[132].

However, for these provisions to apply, the transferor must be subject to "relevant insolvency proceedings", defined as insolvency proceedings under the supervision of an insolvency practitioner opened in relation to the transferor but not with a view to the liquidation of assets. The phrase covers any collective insolvency proceedings in which the whole or part of an undertaking is transferred to another entity as going concern, but it does not cover any winding-up proceedings by either members or creditors where there is no such transfer. This therefore excludes bankruptcy, because the need to realise the assets of the undertaking takes precedence over the rights of the employees of the business.

[130] C-186/83, *Arie Botzen and others v. Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV*, [1985] ERC 519.

[131] TUPE, reg. 2, p. 1.

[132] TUPE reg. 8-9.

In those other cases where the transferor is insolvent but is the subject of a rescue procedure, such as administration and company and individual voluntary arrangements, TUPE still applies although the Regulation offers a new flexibility to the insolvency practitioner whose purpose is to ensure the survival of the undertaking and the ability to sell it as a going concern[133]. This flexibility is achieved through:

a. defining a limit on debts owed to employees passing to the transferee;

b. admitting changes to employee's terms where this is to assist the survival of the undertaking or business.

In fact, when the transferor is in one of the insolvency proceedings, which has the aim to rescue the undertaking, the Government agrees to diminish the level of rescue by relieving the transferee of debts owed to employees, which might otherwise have passed with the business. This is implemented by establishing that all employees whose contract of employment transfers by operation of the regulation will be eligible for the statutory insolvency payments set out in part XII of the Employment Rights Act 1996 ("ERA")[134]. These are usually normally available only when employment is terminated due to insolvency, but. Reg. 8(3) deems the employees' contracts to terminated (even though they are not) with the date of the transfer being treated as the date of termination. The date of transfer is used as the termination date in order to allow them to claim from the National Insurance Fund (NIF) for statutory redundancy pay, pay arrears (up to eight weeks), pay in lieu of notice, holiday pay (up to six weeks) or a basic award of compensation for unfair dismissal. The transferee is relieved of these debts, which are met instead by the NIF, but any debts beyond those so met will pass to the transferee in the usual way. It is clear that these provisions will make it easier for the practitioner to sell the business as a going concern by relieving the burden of its associated employee debts and thereby making it more attractive to a potential purchaser[135].

As under the old regulation, any variation of terms of employment under the TUPE will be void if the reason for the variation is the transfer itself or a reason connected with the transfer which is not an ETO reason entailing changes in the workforce. However, the new TUPE introduces a carve-out from this rule, establishing that where there are "relevant insolvency proceedings" the transferor, transferee or insolvency practitioner may vary employment terms – e.g. reduce pay, overtime or shift supplements rates – provided agreement is reached with the employees representatives.

This measure is clearly intended to remedy the inflexibility of the original TUPE, that brought the House of Lords, in *Wilson v. St.Helens's Borough Council*[136], to hold that if the employees are transferred on relevant transfer of undertakings under the TUPE Regulation, their terms and conditions cannot lawfully be varied for a reason connected to the transfer, regardless of whether they consent to the variation and regardless of how long after the transfer they have been made. This meant, as previously indicated, that the only reliable way for an insolvent business to secure a change of terms was to dismiss the employees and offer them employment on revised terms.

[133] Dhinsa, Rajit, The draft TUPE Regulation and insolvency, (2006), Insolv. Int., 19 (1), 8-10.

[134] Dhinsa, *op. cit.*, at. 9.

[135] Dhinsa, *op. cit.*, at. 10.

[136] [1999] 2 A.C. 52.

However, in order to ensure the effectiveness of the changes in terms of employment, the practitioner has to adhere to the procedure prided for by Reg. 9. This includes, for example ensuring that the employee representatives with whom the administrator intends to negotiate are properly selected, that these representatives are non-union, the agreement is in writing and signed by each representative ad a copy of the agreement is provided to all the employees to whom it is intended to apply.

Anyway, the variation must be designed to safeguard employment opportunities by ensuring the survival of the business transferred, and so it must be shown that a reduction in employment costs is necessary to make the continuation of the business commercially viable, and, when this insolvency provision applies, an ETO reason for the variation is not required.

6. Conclusions

This work has traced the application and revision process of the Acquired Rights Directive in the context of insolvency proceedings, focusing on the role of Community and national (British and Italian) case law.

This process has moved through several stages. At the first stage, the European Court of Justice was the principal actor, being called upon by the Member States to decide whether the scope of the Directive extended to a situation in which the transferor of an undertaking was adjudged insolvent. The ECJ widely interpreted the Directive. It held that the Directive did not apply to proceedings designed to liquidate the transferor's assets while it did apply to proceedings whose main purpose was to safeguard the assets and where possible to continue the business of the undertaking. Applying this reasoning in other judgements, the Court held that the Directive did apply to transfers by undertakings under the Italian special administration of large undertakings[137], to transferors that had been declared to be in critical difficulties under the relevant Italian provisions and to transfers made by companies in judicial or voluntary winding-up under the relevant Belgian law.

At the second stage, the national courts had to apply the principles established in the case law of the ECJ in the domestic insolvency proceedings. British courts, once they had accepted the new principle of compulsory transfer of employment relationships upon the transfer of a business adapted – not without technical difficulties – the principles developed by the ECJ to domestic law.

Italian courts, in contrast, facing pre-existing national laws partially in conflict with the Directive, referred to the ECJ for a preliminary ruling, that in the possible clash between those opposing interests granted absolute priority to the protection of employees' rights.

At this stage, academic writers have emphasised the problems arising from the application of the Directive to transfers of insolvent business. The prospect of taking over accrued liabilities under employment contracts might deter a prospective transferee from the purchase of the insolvent businesses. So a directive designed, at least in part, to facilitate the transfer of business might act as a deterrent to such transfers and as an impediment to the rescue of businesses.

[137] The Directive does apply where the ministerial decree, which sets the special administration procedure in motion, has authorised the undertaking to continue trading.

Moreover, insolvency practitioners, in order to reduce the risk of a connection with any subsequent transfer, might make dismissals at an earlier stage than they would otherwise, with the unintended result that the effect of a Directive aimed at the protection of employment would have been to reduce job security.

The result of such a dialogue carried out by national courts and the European Court of Justice has been a new Directive amending the previous one, which adopts much of the jurisprudence emanating from the decisions of the ECJ.

The Amending Directive grants Member States a wide degree of discretion. It, however, still contains some provision likely to be heavily discussed.

Anyway, the balance between the interests of workers and those of other creditors has not yet been defined in a satisfactory way.

The difficult task of finding a reasonable balance in this area is still in the hands of Member States. In this sense, the recently introduced TUPE amendments seem to define a coherent interaction between the conflicting interests.

The effectiveness of this model, however, still has to be tested in the business (and insolvency) practices.

A note on the measurement of the employment protection legislation: The case of Italy

by Carlo De VILLANOVA[212]

The evaluation of labour laws, in general, and of dismissal rules in particular, has a long tradition in economics. The literature in the field is large and heterogeneous, both in its methodological premises and in the conclusions it reaches. In this brief note, the focus is only on the way in which the issue has been recently addressed in the economic discipline.

It appears that the economic argument is centred on the contrast between efficiency and other values. Examples of the latter include equity considerations, solidarity, freedom and social cohesion. In this perspective, a trade-off exists between efficiency and other values; the role of labour economists is to evaluate the efficiency cost of (dismissal) rules, in order to provide a guide for policy choices.

How has this issue been addressed in the recent economic literature? One important tool to address the economic effect of the employment protection legislation (EPL, thereafter) is to add it into theoretical models. Here I cannot deal in detail with this very large literature. Instead, let me just highlight that the theoretical models commonly used, especially in contemporary macroeconomics, are Walrasian general equilibrium models with no frictions, no externalities, no public goods, etc. In brief, these models satisfy all the assumptions of the first theorem of the Welfare Economics. We know that, under these circumstances, competitive (labour) markets reach economic efficiency, in the sense that the resulting allocation is Pareto optimal. It follows, trivially, that any friction, and in particular, the introduction of EPL, would reduce efficiency, by generating a misallocation of productive factors; it can also reduce employment and increase unemployment. A concise and authoritative description of the approach, with specific reference to the macroeconomic literature, is provided by Blanchard (2008), who writes: "*a macroeconomic article today (…) starts from a general equilibrium structure, in which individuals maximize the expected present value of utility; firms maximize their value, and markets clear. Then, it introduces a twist, be it an imperfection or the closing of a particular set of markets, and works out the general equilibrium implications*"[213]. It turns out that even within economics, the epistemological foundation of this approach, at least in its most extreme versions, is highly debated. Quoting Solow, "*adding some realistic frictions does not make it any more plausible that an observed economy is acting out the desires of a single, consistent, forward-looking intelligence. (…) One other thing: accidentally or not, folding an imperfection into the Ramsey model is likely to push the policy implications in the laissez-faire direction*"[214].

Of course, if the assumptions of any model are modified, it is very likely that also its results and policy implications change. As already pointed out, there is a rich variety of models in economics, delivering very different policy prescriptions. In this sense, economic models offer a powerful rhetoric apparatus but, unfortunately, no conclusive

[212] Associate Professor of Economics at the University of Bocconi (Italy).

[213] Blanchard, Oliver (2008), the State of Macro, NBER Working Paper, n. 14259.

[214] Solow, Robert (2008), The State of Macroeconomics, Journal of Economic Perspectives, volume 22, n. 1.

answer. In my opinion, one fundamental problem is that the relevant hypotheses are often presented in the form of technical assumptions of complex mathematical models. This makes it difficult to communicate with other disciplines in order to assess the plausibility of the model's assumptions. Here I see a promising field of dialogue between disciplines.

The other possible approach is to evaluate empirically the efficiency costs entailed by EPL. However, the empirical analysis of EPL is also challenging. There are at least three big problems that must be addressed. The first one concerns the measure of EPL and, in general, of institutions. The second one relates to the identification of the relevant economic outcomes and their measure. Finally, the researcher should try to establish a causal relationship going from EPL to the relevant outcomes.

To the best of my knowledge, the third problem has hardly been addresses in existing studies, which at most identify correlations between EPL and economic outcomes. Actually, there is one piece of evidence (i.e. persistent regional disparities in labour market outcomes, within countries characterized by a uniform EPL) suggesting that if any causal relationship exists, it is not trivial and it is mediated by other confounding factors.

In the rest of this paper, I deal with the first problem, the measurement of EPL. At the end of this note, I briefly mention some aspects related to the relevant economic outcomes.

In 2003, I wrote a paper (co-authored with Maurizio Del Conte and Silvia Morelli) on the measurability of employment protection systems[215]. The paper analyses the OECD (1999) index of EPL. The OECD index is the latest stage in a long series of efforts to measure employment protection systems and the rigidity of the labour market legislation that regulate them[216]. The OECD index is based on 22 specific indicators that are first measured, in a scale from zero to 6, moving upwards to higher EPS rigidity, and successively aggregated in an overall EPL measure. The index introduces two major innovations. First, the number of indicators is extended to include, in addition to legislation on no-term contracts and fix-term contracts ("regular" and "temporary" employment, in the terminology adopted by the OECD), legislation on collective dismissals. Second, the index is cardinal, enabling the monitoring of EPL over time. Clearly, the OECD index also allows the ranking of countries according to relative labour market rigidity.

Our 2003 paper highlights a number of serious problems in the OECD (1999) measure of EPL. Here, I will just mention three of them. First, we highlight some methodological weaknesses related to the aggregation of partial indexes (the sum of partial indexes prevents the possibility of complementarities across labour market institutions) and the arbitrariness of the weighting scheme. Second, we find a number of errors and inaccuracies in the measure of partial indexes for Italy. Quantitatively, the most important error was the inclusion of the employment termination indemnities in the cost of dismissal. However, the index presents other important inaccuracies, discussed in the paper. Third, the OECD index does not take into account the plant dimension. For Italy, in particular, it only refers to the legislation applicable to employers with more than 15 workers (it is worth stressing that at that time over 30 per cent of Italian salaried workers were employed in enterprises with fewer than 16 employees).

[215] Maurizio Del Conte, Carlo Devillanova and Silvia Morelli (2004), L'indice OECD di rigidita' nel mercato del lavoro: una nota, Politica Economica, nr. 3, pp. 335-355.

[216] See, for instance, Bertola, G. (1990), Job Security, Employment and Wages, European Economic Review, n. 34; Emerson, M. (1988), Regulation or Deregulation of the Labour Market: Policy Regimes for the Recruitment and Dismissal of Employees in Industrialised Countries, European Economic Review, n. 32; Grubb, D. e Wells, W. (1993), Employment Regulation and Patterns of Work in EC Countries, OECD Economic Studies, n. 21.

In 2004, the OECD released a new version of the same index, providing information for 28 countries and three time periods (late 1980s, late 1990s and 2003). For Italy, the OECD (2004) now excludes the employment termination indemnities from the cost of dismissal. All the others inaccuracies have not be amended. Moreover, none of the above methodological weaknesses has been addressed. By now, the OECD (2004) index is the most widely used.

Suppose now that, however, the OECD (2004) index could correctly measure the Italian employment protection legislation. In particular, disregard all the methodological issues and the presence of large segments of the Italian labour market to which the legislation considered by the index does not apply. What picture of the Italian labour market do we get from it? I will consider below the three main items ("regular employment", "temporary employment" and "collective dismissals") separately.

As far as regular employment is concerned, Italy ranks 10th among the 28 countries considered in the study, with an EPL index equal to 1.8, below the country average. Notice that, abstracting from the US, whose index is 0.2, for all the other 8 more flexible countries the index is in range between 1.1 and 1.7; for five countries (Australia, Denmark, Ireland, Belgium and New Zealand) it is in the interval 1.5-1.7. In other words, the OECD index for regular employment reveals a fair "flexible" labour market in Italy.

Consider now temporary employment. The partial index for temporary employment is 2.1, a value higher than the one for regular employment. The value has dramatically decreased over time (it was 5.5 in late 1980s). Still, Italy ranges 20th in the international ranking, with a value of 17 per cent higher than the OECD average. In this case, the differences across countries are more pronounced with seven countries characterized by a partial index lower than 1.

My reading of these figures is that they contradict the conventional wisdom of the Italian labour market, widely represented in the media and in the scientific debate. The clichéd account of the Italian labour market is that of an extremely rigid regular employment, associated to a much more flexible market for temporary employment. Indeed, one main concern among labour economists is that this different legal provision generates a dual labour market, with one side of the market (regular employment) characterized by extremely well protected workers. It turns out that the OECD (2004) indicator does not allow for the realisation of this conclusion. In this sense, I suspect that there has been a pervasive misinterpretation of the index for Italy, meaning that the relative position of Italy in the international ranking of EPL has been involuntary attributed to the regular employment segment, believed to be the main source of rigidity of the Italian labour market.

Consider, finally, the EPL measure for collective dismissals. The OECD index is 4.9, the highest value among all the 28 countries. The value is stable over time between the two available time estimates (late 1990s and 2003). Three remarks follow.

First, according to the OECD index, the most rigid aspect of the Italian labour market appears to be the regulation of collective dismissals. It is worth stressing that collective dismissals schemes recap information pertaining to extremely heterogeneous institutions, such as the Ordinary Unemployment Benefits Fund (CIG) and the Extraordinary Unemployment Benefits Fund (CIGS), procedure for mobility and collective dismissals, all of which have little in common both in terms of legislation and in terms of scopes. It seems to me that, in fact, the system of collective dismissal offers a formidable and widely used instrument of flexibility to employers. The high value of the OECD index, which reads as a high rigidity of the Italian labour market, is motivated by the presence of strict administrative regulations and of contributions contingent on the effective recourse by companies to CIG and CIGS. From an economic viewpoint, these features of the legislation can be interpreted as important limits against probable moral hazard behaviours.

Second, the high rigidity associated to collective dismissals has no dramatic consequences on the Italian position in the overall ranking: Italy ranks 18th in the complete overall index, which includes collective dismissals; it would rank 15th without considering the latter. This is a direct consequence of the low weight (1/6) associated with collective dismissals.

Third, in the 1999 version, the index for collective dismissals was 4.1. In 2004, it was increased to 4.9 by the OECD, for both time periods (late 1990s and 2003). The increment from 4.1 to 4.9 is not justified by OECD (2004). If we consider the value of 4.1 instead, the Italian regulation of collective dismissals would result as the second most rigid, after Sweden and together with Poland and Belgium.

As already mentioned, once we have an (accurate) assessment of EPL, we need to identify and measure the relevant economic outcomes, in order to study if they are causally linked to the EPL. This is a longstanding issue, both in economic models and in empirical investigations. Historically, the focus has been on the unemployment rate. However, the relationship between the EPL and the unemployment rate turns out to be ambiguous in theoretical models and weak in empirical studies. Other studies have addressed the effect of EPL on job market flows, focusing on the interaction between institutions (i.e. EPL) and shocks[217]. The focus on flows is very important, as an increase in EPL would decrease labour reallocation and, by doing so, it would hamper economic efficiency. However, it must be noted that Italy hardly fits the theoretical picture. According to the calculations provided by Messina and Vallanti[218] for the time period 1992-2001, Italy has the highest job reallocation rate across the 14 European countries considered in their analysis. Recent strands of the literature are now focusing on the effects of labour market institutions on relative outcomes by categories of workers[219]. This area of research is surely promising, although more work is probably needed.

Interestingly, the effect of EPL on wages and on wage inequality has been a sort of taboo subject in the policy debate, which mostly focuses on the economic (in)efficiencies generated by EPL, in the form of sunk costs. Indeed, the absence of distributional effects is functional to the methodological distinction between economic efficiency and other values, which pervades the entire debate. But now, there is growing and convincing evidence that, in fact, labour market institutions have important effects of wage inequality[220]. For Italy, Rosolia and Torrini[221] document that the wage gap between younger and older workers widened in the 90s for all levels of educational attainment. They argue that these changes are probably the result of partial labour market reforms. My reading of the recent empirical literature on wage inequality is that changes in the EPL do generate distributional conflicts, posing serious challenges on the sharp distinction between equity and economic efficiency.

[217] See, for instance, Justin, Wolfers and Olivier, Blanchard. (2000) The Role of Shocks and Institutions in the Rise of European Unemployment: The Aggregate Evidence, Economic Journal. 11, pp.1-33.

[218] Julián Messina and Giovanna Vallanti (2007), Job Flows Dynamics and Firing Restrictions, The Economic Journal, vol. 117(521), pages 279-301.

[219] Giuseppe Bertola, Francine D. Blau and Lawrence M. Kahn (2007) "Labor Market Institutions and Demographic Employment Patterns", Journal of Population Economics 20, 833–867.

[220] See the review paper by Thomas Lemieux (2007), The Changing Nature of Wage Inequality, mimeo, University of British Columbia.

[221] Rosolia and Torrini (2008), The generation gap: Relative earnings of young and old workers in Italy, Banca d'Italia, Temi di Discussione, 693.

In conclusion, the measurement of (labour market) institutions is not a trivial task at all. It generates important methodological issues; moreover, the risk of measurement errors is very high. Keeping this in mind, it turns out that, according to the OECD (2004) index of EPL, the Italian labour market is characterized by a relatively flexible labour market for regular employment, a fairly rigid labour market for temporary employment and a remarkable element of rigidity caused by the normative aspects of collective dismissals.

It is very likely that changes in dismissal rules, and other labour market institutions, affect wages and wage differentials. Distributional effects are relevant from a methodological point of view, as their presence obscures the efficiency-equity dichotomy, pervading the debate on dismissal rules. Moreover, we know that distributional issues can be relevant in determining aggregate demand and ultimately, employment and unemployment. The recent macroeconomic literature has largely disregarded this aspect; perhaps the recent dramatic economic events will push toward a reassessment of this theoretical slip.

Re-evaluating Labour Law

by Andrea LASSANDARI[222]

1. Introduction

This brief paper gives fundamentally, an account, with personal additions and remarks, of the debate held at Workshop Number One. Here, even though the problems connected to dismissals were duly acknowledged, they were not the only point raised; also raised was the whole employment protection legislation (EPL), as a set of mandatory restrictions governing the dismissals and recruitments of workers, to be taken into consideration. The scope of this discussion was to elucidate the methods of implementation of the indicators, starting from the Employment Protection Legislation Index elaborated by the OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) to measure the strictness of the EPL in each country.

Beside these core considerations, on which the interventions of both Professor Liebman and Professor Villanova focused, the aspects and the function of the changes under discussion and referring to the ILO Convention No. 158/1982 -Termination of Employment- were explained by Dr. Casale, ILO (International Labour Organization) and Dr. Vargha, ILO: the standard indicators of the strictness of EPL are important to review the issue of employment protection in the light of this path of reforms.

2. The limitations in the evaluation of the legal systems: non-transparent references; aggregate consideration of the data; nonchalant interpretations

The observations on the implementation of the numerical indicators, starting from the Employment Protection Legislation Index elaborated by the OECD, have been mainly critical, highlighting a series of limits and errors, at times absolutely blatant.

In the preamble, from a perspective of Economics of Law, Professor Villanova addressed the analysis elaborated by the OECD, as 'an evaluation of a loss of economic efficiency derived from the satisfaction of other values': the intervention casted doubts on the very fulfilment of this scope; what was sought though, was not a tout-court relinquishment of the numerical system, considered anyhow an appropriate measure overall, but a more transparent and convincing method to elaborate the Index.

First of all, complaints were raised on the lack of clarity in regards both to the selection of the elements taken into consideration to compute the numeral values and to the methods applied for their relevant attribution: to this end, as far as the Italian case is concerned, several examples of inaccuracies or glaring errors were listed. A notorious and gross error is the one on the TFR ('*Trattamento di Fine Rapporto*' = Employment termination indemnities); considered by the OECD in 1999 as a cost of dismissal, TFR is instead a remuneration factor, a form of a deferred portion of retribution paid out at the termination of the labour relationship.

[222] Researcher in Employment Law at the University of Bologna (Italy).

More problems are also evident; for instance, in OECD analysis of dismissal without just cause: the decision to aggregate the 'rigidity' linked to the reinstatement of the worker in his post to the 'rigidity' arising from the payment of fifteen monthly wages is not correct, since those provisions are not cumulative measures, but two alternatives offered to the worker who, in fact, has the right to opt between the reinstatement or the fifteen monthly wages as a compensation substitutive of reinstatement. Going on, the consideration by the OECD of a peculiar Italian wage guarantee called "cassa integrazione guadagni" (CIG) is also highly debatable; this time CIG is considered a 'rigidity' factor: the CIG is an instrument of flexibility for the employers, allowing them to keep the same work-force when scaling back working hours; the costs of income support, though, are (mainly) publicly funded.

Apart from the above errors, a curious statement in the monitoring system of the World Bank, the so-called 'Doing business 2009', stands out. In the internet website of the organization (http://www.doingbusiness.org/Reformers/OECD2008.aspx), we read that "Italy made dismissing workers more difficult, increasing the mandatory notice period from 2 weeks to 2.5 months". This statement is totally false.

More in general then- and this is true also for the OECD- neither the information at the basis of the evaluation, nor the sources of this information are known, let alone divulged. The media emphasises judgements, in particular of international organizations, which 'reward' or 'reject' countries, Labour policies, legal systems: but it is not at all clear how these results are obtained.

On the other hand, it has been remarked that, the legal indicators used do not work singly as such, but within aggregates: these aggregates are given numerical values made of algebraic sums. The algebraic sum, however, removes any peculiarity and, at times, it eliminates even strong differences existing in the regulation of the different institutions and it does not give an account of their 'weight' in contributing to the final score.

A possible solution could be a separate evaluation of the specific indicators. This, however, would deny the 'striking' representation resulting from one numerical indicator.

Finally, the published data, reliable or not, might be the object of partial and instrumental consideration: in particular, common observations (by now true clichés due to the large and reiterated use) are continuously repeated even in contradiction with the same numerical values.

The existence in Italy of a dualism in the labour market, opposing protected and non-protected workers, has been underlined for a long time now. Taking a look at the OECD evaluations though, the importance of this issue should be diminished. In fact, once TFR was written off from the calculation of rigidity of the legislation on dismissals (but all the other inaccuracies are still to be born in mind), Italy had been assigned, in regards to no-term contracts, the score of 1.8, close or even lower than the numerical indicator assigned to many other western countries: i.e. Germany, 2.7; France, 2.3; Spain, 2.6, Denmark, 1.5; Great Britain, 1.1; Japan, 2.4; Unites States, 0.2.

On the other hand, the score assigned in regards to fixed-term contracts, 2.1, is higher than the one of other countries- with reference to the ones already mentioned: Germany, 1.8; France, 3.6; Spain, 3.5; Denmark, 1.4; Great Britain, 1.1; Japan, 1.3 and the United States, 0.3. This would mean that Italian workers with long-term contracts are as protected as (or less protected than) the ones in many other countries, whereas the Italian workers with fixed-term contracts are instead a little more protected. Thus, the dualism of the labour market is not an Italian peculiarity, being in fact present, in even greater forms, in other countries (i.e. Germany and Japan).

Remaining on this issue, in my opinion the dualism in the labour market between protected and non-protected (or less protected) workers, in Italy exists and is considerable (within the labour relationship, but also regarding the income support and the welfare system): this standing probably as a difference in comparison with other nations highly industrialized. It is therefore felt that the data elaborated by the OECD, even under this profile, are not entirely reliable.

However, it seems peculiar that many journalists, politicians and even scholars, already using and divulging the old OECD data, in particular before the already mentioned correction on the TFR, did not later make adjustments to the theses they supported; instead there are those who still prefer to quote the old OECD data, where TFR was considered a dismissal cost).

3. Follows: non-established causal links; uncertainty about consequences; threatened epistemological identities

Other critical remarks are instead more articulated. On the subject of the connection between the numerical indicators of rigidity and the implications from them extrapolated, limitations concerning both the causality link and the correct specification of the consequences have been pointed out.

As to the first aspect, Professor Villanova claims that, in the analysis of the economists, we are confronting an omission *tout-court*. That is, the economists would seem to normally connect the event which precedes (i.e. the legal system of protection of the workers) the one which follows (any element of some sort of economic inefficiency that might be found), without going into depth on the matter, thus ensuring that the one actually and necessarily derives from the other. That is a reasoning, well known for at least two millennia as a form of 'logic fault' (even) to jurists, which can be summarized in the 'brocardo' "*post hoc: ergo propter hoc*".

Among the economists, this approach does not seem to be doubted, because it shows consistency- from Prof Villanova's point of view- in the explicative models according to which the free market allows always the fulfilment of the maximum efficiency: from this standpoint, having to believe that any disrupting 'external' intervention, i.e. institutional or legal, generates inefficiencies. The above-mentioned approach is not the only one chosen by the economists: but it has certainly been the one prevailing in the last two decades.

It was then pointed out- as a corollary of what has been underlined- a tendency towards a highly nonchalant interpretation in the characterization of relapses connected to a reduction of rigidity. If we glance at the discipline and at the debate which addressed the so-called flexibility, Italy stands out to me as a clear example on this regard: for a long time in fact it was claimed that flexibility determined a positive reduction of the unemployment rate; however, starting from the first years of the 21st century, with explicit sanction within Art. 1, d. lgs. no. 276/2003, suddenly the aim of the reforms which were carried out were modified, becoming the increase of the employment rate.

For a long time, the dubiousness on the existence of causal connections between increases in flexibility and the reduction of unemployment rate had been internationally denounced.

That said, the relation between flexibility and the increase of the employment rate, more recently outlined, requires at least further verification. As an example, apparently contrasting with that assumption, it is pointed out that in Italy, the Emilia-Romagna region has already met the EU targets set out for male and female employment rates; however,

this process took place in a specific socio-cultural context, where labour standards and legislation are usually respected and unions have a long tradition and a strong presence (more than in other regions, where male and female employment rates, are incidentally, considerably lower).

In any case, even with evidence of such a relation, it would be necessary to weigh the drawbacks normally neglected. The objective, at different declared levels, is to have "*more and better jobs*". However, the majority of new job opportunities created in all the industrialized western countries by policies and economic cycles over the last decades, have not proved to be 'better', and this is in relation not only to treatment at work but also to required skills.

Lastly, an even more radically adverse approach, centred on criticism of the plausibility of the analyzed numerical evaluations of legal systems, has been developed: the one that casts doubts on the very same possibility of translating to a legal system, in all its complexity, into numerical indicators.

To this end, the observations suggested by Professor Liebman have been extremely clear. Prof Liebman provided a brief overview on the correct criterions which are pivotal to any comparative law study, but nonetheless difficult *per se*. Professor Lyon Caen also made an equally explanatory introduction, by pointing out that, under an harmonization perspective, a careful consideration and subsequent comprehension of the different points of view and of the pluralism of functions always attributable to rules are the very essence of legal systems. How could such a richness of elements -under the form of connected values, profiles involved, hermeneutical operations necessarily implied- be adequately represented through a number?

4. A dialogue to be revised

To the extent of considering the numerical indicators of rigidity of the labour systems unsuitable (by nature), this last observation can actually be considered conclusive.

However, we cannot, today, be easily satisfied with that. The considerations carried out by Dr. Casale on the reform hypothesis of ILO Convention No.158/1982 (Termination of Employment), based on two fundamental principles (prohibition of unjustified dismissal and formal procedures prior to or at the time of termination), prove this point. Work groups are currently reflecting on the flexibility elements to be introduced: this is a (another) consequence of the observations of the economists as well as of the criticism on the excessive rigidity of the legal systems (background of the evaluations elaborated by the OECD).

Dr. Vargha has singled out three preconditions at the base of the dialogue between economics and law: recognition of the grounds of law; consideration of all of the sources impacting the creation and application of the rules, going therefore far beyond the mere written text of the norms; analysis of the cost-benefit relation, not only on the side of the employers, but also of the workers and, more in general, of the society. These are observations, which can be shared and would certainly allow a constructive discussion between law and economics. In my opinion, it could be also extremely useful to outline a methodology, which allows the hypothesizing (*ex ante*) and verifying (*ex post*) of the real impacts resulting from the entry into force of the norms.

The preceding observations show, however, that we are still far away from approaches, which are respectful of the different peculiarities of the study of law and economics. As things are, we can say that jurists need to relate not only to the economic analysis, but also to the very same numerical (even though highly inadequate) evaluations; the relevance and authority attributed, mostly haphazard, to them call for a deeper

consideration; only a thorough consideration of all the points of view brings to surface errors and sometimes blatant oversimplifications.

However, even before this, something else comes into play: that is facing an element rooted deeply, affecting all the scientific debate (whether legal, economic or social) and guiding the economic perspective, where a clearly marked orientation prevails: I am referring to the enormous interests that, for about twenty years, have been ruling the dynamics labelled as global economic competition.

In the contemporary phase, where the most dramatic crisis of the model of economic development (and less clearly of its promoters) thought (enforced between the end of the 20th century and the beginning of the new century is being witnessed), what seem to call for proper attention, in view of an acceptable social equilibrium, are the contradictions of methods as well as the inefficiencies or damaging potential of the very same hypothesis of reform.

L’évaluation des salariés

par Antoine LYON-CAEN[223]

1. Introduction

Partout fleurit l’évaluation. Comme si toute activité s’y prêtait sans risque ni inconvénient. L’entreprise moderne en a fait un exercice obligé auquel elle soumet, selon un rythme donné et des procédures plus ou moins sophistiquées, chacun de ces salariés, sans qu’il soit aisé de dire si l’évaluation porte sur l’activité, les qualités professionnelles ou la personne même du salarié. La relative indétermination de l’objet évalué est, à elle seule, une raison de commenter le jugement, ici publié, rendu par le tribunal de grande instance de Nanterre le 5 septembre 2008 (sur lequel v. P. Adam, Dr. ouvr 2008-585).

Relevant l’intérêt et les limites des procédures qu’un employeur est tenu de suivre pour instaurer un système d’évaluation, il est surtout le premier, semble-t-il, qui ausculte, de manière directe, un tel système et, en particulier les critères utilisés. Ce n’est pas dire que, dans ses procédés, dans les paramètres utilisés, dans les mesures prises en considération de ses résultats, l’évaluation n’ait jamais suscité de discussions contentieuses. Mais jusqu’alors, elles paraissent n’avoir été qu’incidentes, engagées seulement dans le cours d’une action en justice dont l’objet principal consistait en la contestation d’une initiative patronale – licenciement, mutation, sélection lors d’une procédure de licenciement, attribution d’une augmentation de salaire ou d’une prime… –, prise en rapport plus ou moins étroit avec une évaluation.

Cette fois-ci, dans une grande entreprise d’édition professionnelle, filiale de droit français d’un groupe qui, ici et là, s’efforce d’enrichir la sensibilité de nos contemporains au droit; au droit social notamment, les instances et organisations représentatives du personnel, à l’unisson, demandent la paralysie d’un nouveau système d’évaluation, invoquant des irrégularités dans sa procédure d’instauration et dénonçant l’illicéité des critères d’évaluation envisagées. C’est bien sur, l’illicéité des critères qui éveille la curiosité. Non sans raison, car dans son jugement, le Tribunal «déclare illicite le mode d’évaluation des salariés». Ses motifs sont à la fois solides et prudents. Cette prudence invite à ne pas négliger les conditions d’instauration d’un système d’évaluation dans l’entreprise. C’est par là, en effet, que passe une certaine police de l’évaluation. Cette police procédurale est-elle connue? Evite-t-elle toute désinvolture? Le doute est permis que nourrit l’exemple soumis aux juges de Nanterre.

2. Les conditions d’instauration de l’évaluation

A. L’évaluation constitue un attribut du pouvoir de l’employeur. Telle est l’analyse que retient le jugement commenté à l’orée des développements consacrés à la licéité du système d’évaluation examiné. Il use de la formule même inscrite dans un arrêt de la Cour de cassation qui, quoique non publié, avait été signalé (Soc. 10 juillet 2002: Dr. ouvr. 2002.535 note V. Wauquier, RJS 10/02 n°1066 v. aussi S. Vernac, L’évaluation des salariés, D 2005 Chr 924): «l’employeur teint de son pouvoir de direction né du contrat de travail, le droit d’évaluer le travail des salariés».

[223] Professeur de droit du travail, l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (France).

Attribut du pouvoir, l'évaluation n'a donc point besoin d'être prévue par le contrat. Elle est une des composantes des prérogatives que tout employeur puise dans le contrat de travail. Aussi un salarié doit-il en principe s'y soumettre, si elle est – régulièrement – instituée.

La proposition qu'énonce le tribunal de Nanterre dans sa fidélité à la Cour de cassation, n'a pourtant pas encore livré tous ses secrets. Car, si elle célèbre le pouvoir, elle semble en circonscrire l'objet. Ni évaluation des qualités professionnelles, ni à fortiori évaluation des travailleurs, l'évaluation se voir désigner comme objet le travail et le travail seul.

Attribut du pouvoir, l'évaluation, dans son principe paraît être à la discrétion de l'employeur. Il peut donc s'en dispenser. Du moins le croît-on. Car plusieurs mouvements renforcent l'exigence d'évaluation, au point qu'il pourrait être fait reproché à un employeur de l'avoir négligée. Le premier mouvement suit l'évolution du droit à la formation professionnelle qui tend à créer un droit du salarié à des bilans professionnels réguliers. Ces bilans appellent nécessairement une évaluation. Un deuxième mouvement accompagne l'essor de l'obligation d'adaptation. Tenu d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois, mais aussi de veiller à leurs capacités d'occuper un emploi (v. Soc 23 octobre 2007: Dr. soc. 2008.126 obs. J. Savatier, RDT 2008 33 note A. Fabre, RJS 1/08 n°3, Dr. ouvr. 2008 298 note B. Lardy-Pélissier), l'employeur ne peut guère respecter son engagement sans avoir procédé à des évaluations réitérées. Enfin, l'évaluation a des raisons de devenir exigence qui se trouvent dans les conditions requises pour que ses décisions soient justifiées. (v.II.).

Attribut du pouvoir, attribut d'usage nécessaire puisque l'employeur devrait de plus en plus être jugé sur la générosité et la rigueur de cet usage, l'évaluation relève de dispositifs composites.

B. Riche, le jugement du 5 septembre 2008, fait état de trois dispositifs applicables à l'évaluation, non sans noter que l'employeur ne s'en est pas montré respectueux.

«La mise en œuvre… [de] moyens ou [de] techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés» doit être précédée d'une injonction et d'une consultation du comité d'entreprise (art. L 2322-32 C. trav.). Et, selon les règles générales qui déterminent l'intervention du comité d'entreprise, son avis ne peut-être exigé qu'une fois fournie une information complète et précise, ce que semble avoir en l'espèce oublié l'employeur.

Même si les textes qui ont trait à la santé au travail n'y font pas allusion, les règles destinées à prévenir les atteintes à la santé mentale des salariés sont applicables à l'instauration d'un système d'évaluation, dès lors qu'apparaît un risque, une menace pour leur équilibre psychique (v. Soc 28 novembre 2007, RDT 2008 108 obs. P. Adam et le rapport de J-M. Béraud, Dr. ouvr.2008 49). Aussi, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail doit être saisi (art. L 4612-8 C. trav.) et cet organe dispose de moyens d'étude et d'expertise que l'employeur ne peut contrarier. En l'espèce, le Tribunal de Nanterre ne se borne pas à contrôler, comme il y était invité, le respect de la procédure de consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, il érige le respect de la santé mentale des salariés en mesure de la licéité des critères d'évaluation. (v.II)

Enfin, la procédure de déclaration préalable, prévue pas la loi Informatique et Libertés est jugée applicable dès lors que le système d'évaluation constitue «un mode de notation sur support informatique qui permet le traitement automatisé de données à caractère personnel» (comp plus restrictif Soc. 28 novembre 2007 précit.). Toutefois, la déclaration à laquelle l'employeur est tenu revêt une forme simplifiée. (v. délib. CNIL n°2005-002 du 13 janvier 2005).

Ces dispositifs obligent l'employeur à s'expliquer sur ce qu'il entreprend, sans créer comme telle une obligation de négocier. Mais ils signalent certains points sensibles, susceptibles d'inspirer une enquête sur la licéité d'un système d'évaluation: la vigilance doit en effet être en éveil au moins en raison des menaces qui pèsent sur la santé mentale et la vie privée des salariés.

Un dernier dispositif n'est pas mentionné, faute d'actualité en l'espèce, dans le jugement commenté: il s'agit de l'information individuelle de tout salaire sur les techniques et méthodes d'évaluation qui doit précéder leur mise en œuvre à son égard (art. L1222-3 al. 1 C. trav.). L'exigence est loin d'être dérisoire, car elle invite à la loyauté. Il n'en est que plus surprenant que la Chambre sociale de la Cour de cassation ne veille pas mieux à dénier la régularité des décisions arrêtées en considération d'une évaluation qui n'a pas été présentée loyalement au salarié (V. Soc. 21 novembre 2006, Bull. V n°249, qui se borne à laisser ouverte la voie incertaine d'une réparation du dommage découlant de l'absence d'information préalable).

Techniques et méthodes: les mots de la loi sont d'une sècheresse de bon aloi. Derrière eux, se devinent entretiens avec guides, critères, formalisation des résultats, selon des expressions littéraires, et parfois, des notations. Se devinent aussi des tests. De ces rencontres et ces exercices, la loi se limite à dire qu'ils doivent être pertinents au regard de la finalité poursuivie (art. L 1222-3 al. 3 C. trav). Il revient donc aux juges, éventuellement saisis, de fortifier la police des techniques et méthodes, de s'inquiéter de l'organisation de l'entretien, du sort des propos tenus, du sens des observations portées sur le compte-rendu et de la signature qui pourrait y avoir été apposée, sans parler de la conception des tests, et de leur correction. Et dans leur appréciation, ces juges ne disposent que de références générales ou généreuses: pouvoir unilatéral, loyauté, cohérence, ou encore pertinence au regard de la finalité poursuivie.

Cette dernière expression est la seule qui, dans la loi, contribue, de façon directe, à circonscrire la licéité des critères d'évaluation.

3. La licéité des critères d'évaluation

Pour déterminer les critères admissibles dans une évaluation professionnelle, il est tentant de se fier à la double exigence formulée dans la loi (art. L 1222-2 et suivants C. trav), une exigence de finalité, celle-ci étant circonscrite à l'appréciation des aptitudes professionnelles, et une exigence d'adéquation exprimée dans la pertinence dont les critères doivent être dotés au regard de la finalité poursuivie. Dans le contentieux qui s'est noué devant le tribunal de Nanterre, cette double exigence n'a pas été envisagée de manière frontale. A lire son jugement, le tribunal fixe une condition générale que doit remplir tout critère. Il laisse plus ouverte la quête des limites, et n'en propose qu'une esquisse.

A. A plusieurs reprises, le jugement qualifie de flou ou de vague, ici les «critères mis en place», là «la plupart des composantes» de la notation ou relève encore «le risque de subjectivité d'une notation basée sur le comportement du salarié devant adhérer à des valeurs d'entreprise». Et d'énoncer de manière synthétique, que les «critères d'évaluation» doivent être «objectifs et transparents».

Cette proposition a un intérêt immédiat. Elle condamne ce qui échappe à une vérification. Mais son intérêt est plus ample. Car cette proposition a, pour elle, une logique: l'évaluation sert à fonder des inférences, permet à l'employeur de justifier, sur sa considération, certaines mesures ou certaines situations. L'évaluation doit ainsi répondre aux mêmes caractères ou conditions, que les mesures qu'elle rend possible et entend fonder ou justifier.

Mais quels sont donc les usages principaux de l'évaluation? Est-il bien vrai qu'ils se prêtent à une injonction d'objectivité?

Une première catégorie d'usages montre bien ce que recouvre toute évaluation à un jugement de conformité. Les usages correspondent aux références les plus banales, tel un licenciement, prise par un employeur en considération de l'inaptitude ou l'insuffisance professionnelle d'un salarié. Une telle mesure doit reposer, selon une formulation aujourd'hui banale, sur des éléments objectifs, et ce, que les normes qui servent à apprécier la conformité ou la non-conformité soient implicites (v. par exemple Soc 27 mai 1998, Bull. V n°283; 23 février 2005: Bull V n°66) ou qu'elles soient explicites et revêtent alors la forme d'objectifs (v. par exemple Soc 14 novembre 2000; Bull V n°367, Dr. soc 2001-99; 22 mai 2001: Bull. V n°180).

Une seconde catégorie d'usages recouvre s'ancre toujours dans un jugement de conformité accompagné d'une comparaison et dans son prolongement d'une différence établie entre deux personnes ou deux groupes. Il s'agit non de savoir si tel salarié singulier a démontré ou non dans son travail les qualités professionnelles attendues de lui, mais de justifier des différences entre salariés. Là encore, les éléments ou critères de comparaison ou de différenciation doivent être objectifs et contrôlables (v. par exemple Soc 15 mai 2007: Dr. soc 2007-896, D 2007 pan 3033 obs. A. Jeammaud; 20 février 2008, SSL n°1344 rapport Gosselin).

La congruence n'est pas fortuite: pour servir à des usages qui sont contrôlés au nom de l'objectivité, une évaluation professionnelle doit reposer sur des critères répondant à la même exigence. Le raisonnement des juges est simple, pragmatique et, à ce titre, convaincant.

B. La décision marque plus d'hésitation quand il s'agit non plus de déterminer les caractères que doivent revêtir les critères d'évaluation, mais de leur assigner des bornes; autrement dit de délimiter ce sur quoi l'évaluation peut porter. Cette hésitation est à l'honneur des juges, car cette délimitation ne se prête guère aux certitudes. Qui s'intéresse aux aptitudes et compétences sait vite combien variables et complexes sont les conventions sur la base desquelles elles sont fixées et évaluées. (v. F. Eymard-Duvernay et E. Marchal, Façons de recruter, Paris, Métaillé 1997). Rien ne sert d'autre part, d'afficher face à l'évaluation, une trop grande candeur. L'évaluation a toujours pour perspective l'intériorisation des contrôles.

Dans le jugement apparaissent toutefois avec une expression vigoureuse deux sources de limites. Et une troisième est esquissée. La première, mentionnée dans les ultimes motifs de la décision, traduit une forte et légitime préoccupation pour la santé mentale des personnes. L'illicéité des critères tient à leur multiplicité, à leur référence aux comportements détachés des réalités du travail, et à l'incertitude qui affecte les résultats prétendument jugés. De là, une insécurité préjudiciable à l'équilibre psychique des salariés. Evaluer, selon un juste propos, n'est ce pas aussi dévaluer? Le jugement s'inscrit ici dans un mouvement profond de soumission progressive de la gestion des organisations et des personnes à des canons destinés à assurer la protection de la santé mentale.

Une deuxième limite est édictée avec netteté. Elle concerne les journalistes employés par l'entreprise dont le système d'évaluation est mis en cause. Un critère tel que la satisfaction de la clientèle est, pour cette catégorie de salariés, illicite, car il méconnaît les exigences de leur métier. Le raisonnement suivi pourrait inspirer une puissante exigence de justification des critères d'évaluation dont il pourrait être demandé qu'ils soient cohérents avec les définitions des emplois, les conditions d'exercice des activités et, si elles existent, les impératifs déontologiques. La célérité ne sied pas au travailleur du transport qui doit veiller à la sécurité d'autrui et à la sienne, comme le conformisme ne sied pas au chercheur.

Enfin, la décision est traversée par une inquiétude créée par l'importance attribuée par l'entreprise à des critères exprimant l'adhésion à ses valeurs et aux comportements qui pourraient la révéler. Tour à tour sont signalés, par le jugement, le risque de subjectivité, la difficulté de les quantifier, les écarts avec l'impartialité… Cette inquiétude invite à un retour à la loi et à l'effort qu'elle traduit, quand circonvenu aux seules aptitudes professionnelles la sphère licite de l'évaluation, elle interdit son intrusion dans une sphère personnelle. Cette sphère reçoit des appellations juridiques plurielles, depuis la vie privée, jusqu'à la liberté personnelle, en passant par la notion, forgée par la Cour de cassation, de vie personnelle.

La fièvre de l'évaluation (v. Revue d'histoire moderne et contemporaine, 2008 supplément annuel n°4bis) exige une lucidité renforcée sur ce qu'elle apporte, ce qu'elle corrode, ce qu'elle détruit. Elle paraît favoriser une certaine réflexivité, mais, au service d'une idéologie de la performance, elle peut avoir l'effet contraire. Dans ce contexte (sur lequel, Evaluer l'évaluation, Espaces Temps Les Cahiers n°89/90.2005) le jugement du 5 septembre 2008 constitue un essai salutaire d'évaluation juridique de l'évaluation.

Evaluer le droit du travail

par Adalberto PERULLI [224]

Comme le mot droit, le mot efficacité, dans l'usage, couvre plusieurs choses différentes, toutes connectées à la notion d'effet. Je vous proposerai ici de préciser les sens où nous entendrons ce terme. Précautions préalables sans lequel il ne pourrait y avoir de discours rigoureux sur la connexion entre droit et efficacité. A partir de cela, j'essayerai de faire quelques considérations sur un sujet qui, je dois rappeler, a fait l'objet, il y a deux ans, d'un séminaire mémorable – au moins pour moi –, avec les doctorants de Nanterre.

Parmi les effets de la norme juridique, l'efficacité dans un premier sens juridico-formel – que j'appellerai dogmatique-axiologique, concernant à la fois le droit réel en puissance et le droit réel en acte – est concevable comme la qualité qui s'attache à la norme dont on reconnait, sur la base de divers critères, qu'elle a les effets juridiques que ses auteurs prétendent lui attribuer. On peut donc assimiler cette notion d'efficacité dogmatique du droit à la validité objectif de la norme: elle doit bien sûr sortir ses effets, elle doit être exécutée, mais cette qualité de ce qui est efficace concerne premièrement la valeur de la norme dans le système juridique, abstraction faite de sa réalisation factuelle. Et donc, éloignée des relations économiques et sociales auxquelles les normes sont supposées s'appliquer.

A cette efficacité sans effet réel correspond dans la sphère de la connaissance l'objet transcendantal qui constitue un *a priori* de l'expérience; chez les phénoménologues la conscience pure, c'est-à-dire dégagé de toute les données de l'expérience soit externe soit interne au sujet.

Eloignée, à cause d'un processus historique de dogmatisation des concepts juridiques, de l'idée fondatrice d'efficacité comme *production* des effets de la réalité – dans le sens qui vient de l'étiologie du mot *efficere*: faire, être –, la notion d'efficacité juridique désigne donc en premier lieu la validité formelle de la norme.

Même s'il est vrai – comme on dit dans le rapport de synthèse – que les juristes dogmatiques sont enclin à laisser de côté les jugements de valeur pour sen tenir à l'application du droit positif, il me semble très important de souligner tout d'abord dans une analyse que s'interroge sur le rapport entre droit et économie que l'efficacité comme valeur placée sur le plan du devoir être – du Sollen Kelsenian – est le premier rempart face à une tendance à la réduction du droit à la factualité matérielle, dépourvue de toute consistance axiologique. Ce qui ouvre la voie, comme on verra, au réductionnisme économiste et à l'appréciation de la norme juridique comme contrainte exogène à la rationalité du marché autorégulé et à son fonctionnement efficace. Rationalité fondée, selon la leçon de Foucoult, sur l'opacité et sur l'inconnaissable de l'ensemble du procès, dont la norme est facteur de perturbation, et dont l'intervention doit être soigneusement limitée – à tout concéder – à celle d'un intervenant en second rang, quand le marché ne peut remplir son office en totalité (externalité, coût de transaction) ou en partie (asymétrie d'information). A tout concéder, car du point de vue de l'analyse économique standard, l'institution du marché engendre un ordre spontané, «un ordre économique que, lui, sera à la fois l'effet et le principe de sa propre régulation» (Hayek).

Pourquoi un rempart? Parce qu'une fois abandonné, l'idéal du droit naturel moderne présenté comme un système pour fonder par déduction des vérités axiomatiques, et face à

[224] Professeur de droit du travail, Université Cà Foscari de Venise (Italie).

la crise du positivisme législatif typique de notre société avancée, l'épistémologie juridique s'ouvre à la possibilité d'une *fondation cognitive* de jugement des valeurs. Valeurs qui ne dépendent pas d'un acte de la pensée, qui ne sont pas de projection de l'esprit humain, mais qui représentent un objectif idéal, dont la modalité d'être n'est pas l'existence mais la possibilité et dont la poursuite peut être expliquée de façon rationnelle à l'intérieur d'un processus patient d'interprétation et sélection des attentes, des expectatives socialement partagées. De façon rationnelle, je souligne, nous pouvons affirmer et garder l'existence des valeurs car expliquer pourquoi les individus adhèrent à des valeurs signifie démontrer que ces valeurs ont pour eux un sens qu'on peut reconstruire et identifier rationnellement, avec une rationalité cognitive et interprétative qui contrairement à la rationalité économique est basée sur la force des argumentations plutôt que sur le calcul.

L'efficacité comme valeur autour duquel le système juridique s'est construit représente donc une garantie pour continuer à concevoir le droit (notamment du travail) comme système de valeur et pour concevoir sa propre fonction- typique dans le société complexe et plurielle, fondée sur le conflit – d'arbitrage et de mise en balance d'une constellation des intérêts en jeu, d'une pluralité de rationalité, d'une multitude de justifications, et donc pour affirmer la fonction du droit de coordonner la coexistence d'un fleuve de rationalité particulière que requièrent au système juridique son propre statuts normatif.

Le vrai objet de discussion sur l'efficacité comme valeur est donc la nécessité à la fois rationnelle et axiologique des valeurs. Je parle à propos d'une nécessité, pour éviter de précipiter dans le subjectivisme et dans le relativisme empirique des valeurs, soumise à une logique quantitative ou inscrite dans un horizon dominé par l'évaluation économique des données statistiques: là où, par exemple, comme l'a bien écrit Tania Sachs la notion d'emploi se trouve réduite à un stock exprimé par chiffre, dépourvue de toute dimension individuelle, un bien sans qualité.

L'efficacité comme valeur fondamentale garde donc au fond l'autonomie du droit, son aptitude à l'autorégulation réflexive, et aussi sa capacité de délimiter son domaine par rapport à la morale, à la politique, et à l'économie. Et en même temps, à compléter et nuancer la valeur du marché et son ordre qui diffèrent de la nature «destitutionalisée» telle que représentée dans la théorie économique standard. Autonomie du droit qui est partagée, seule pour faire des références bien connue à certaines tendances de la pensée juridique contemporaine, à la fois dans le courant systémique, préoccupé de ne pas dissoudre la limite entre le système juridique et son environnement, et dans le courant de la pensée critique – habermasienne notamment – qui fait résistance à l'instrumentalisation économique du medium droit et qui garde l'autonomie du droit, autonomie évidemment non systémique cette fois mais fondée sur une rationalité procédurale de type morale.

L'efficacité, dans une autre acception juridique, concerne l'aptitude de la norme à atteindre l'objectif poursuivi. Elle conduit à s'interroger sur la pertinence du moyen choisi par le législateur en vue d'atteindre l'objectif visé. Le champ d'évaluation se croise ici avec le domaine de la rationalité instrumentale et de la connexion moyen-fin, et mobilise la technique conçue comme la modalité plus adéquate – donc rationnelle – pour rejoindre ces finalités. L'évaluation concerne dans ce contexte une appréciation méthodique des effets prévisibles ou produit par la norme, pour mesurer en termes d'efficacité le choix des moyens, les effets imprévus contreproductifs, etc. L'exigence d'évaluation de l'efficacité de la norme est donc une exigence majeure du système juridique, qui appelle l'usage de certains mécanismes de contrôle bien connus aux juristes: notamment le principe de proportionnalité conduisant à s'interroger sur l'appropriation et la nécessité de la mesure discutée, de sorte qu'une mesure n'est constitutionnelle ou légale dans la mesure ou elle s'avère apte à atteindre les objectifs qu'elle poursuit.

Cette approche est loin d'être simple car souvent les buts poursuivis sont complexes, nébuleux, implicites, mais il s'agit néanmoins d'un mécanisme d'évaluation de l'efficacité juridique très important dans la mesure où est démontré la préoccupation du droit, en tant que système autonome, à mobiliser des mécanismes endogènes de monitorage. Sur ce point, je ne suis pas parfaitement d'accord avec l'apport de synthèse là où liquide le modèle de la rationalité instrumentale comme «version pauvre de la mise en balance d'une pluralité de justification». Car s'il est vrai que le contrôle de cette rationalité suppose qu'on vérifie que la norme est adaptée au but que l'auteur se propose d'atteindre, il est vrai aussi que cette preuve d'adaptation rationnelle comporte l'exigence d'une justification. Et par cette voie, on arrive à l'idée de rationalité argumentative, qui est liée a la démonstration de la validité ou de la légitimité de l'acte conformément à des critères posés par la loi ou déductibles du système juridique.

Dans une dernière acception, efficacité du droit désigne les conséquences économiques des stratégies juridiques. Au sens de la grammaire économique, la notion d'efficacité retrouve sa connotation originaire, liée à la production des effets de réalité, à tout détriment de la sémantique juridique. Marque d'un fort réductionnisme économiste, le destin du mot est de devenir le premier facteur d'*évaluation* extra ou métajuridique, de la norme. Le mot évaluation, emprunté au vocabulaire extra-juridique, des sciences sociales et de la politologie traduit dans ce contexte un élargissement de la notion d'efficacité. Car, à partir du moment où on évalue la loi, ce sont toute une série de notions qui sont mobilisé: à côté de l'efficacité, l'effectivité proprement dite, et l'efficience – c'est-à-dire l'efficacité au moindre coût. Le droit est la conformité des énoncés juridiques aux percepts des modèles de théorie économique: efficacité du droit par rapport au calcul économique d'agents optimisateurs qui se coordonnent sur un marché et, donc, efficacité-efficience du droit. Cette évaluation d'ordre marchand de la norme (mieux: des effet du droit dans la matérialité, donc du droit «réel en acte», second le cadre d'analyse de Kojeve) est généralement refusé par les juristes qui opposent une résistance à la réduction du droit dans des explications externes au système de valeur et à la dogmatique juridique et donc, inaptes à reconnaître la spécificité et la rationalité de la norme juridique.

Et pourtant, le risque de cette démarche est bien évident: premièrement, le risque de réduire le coût social de la règle à son seul coût économique.

Du coup, on renonce à une analyse élargie des effets de la règle et on limite l'évaluation à l'aide d'un seul critère économique et monétaire.

Ce réductionnisme économiste, ou bien si on préfère, cette appréciation juridique à la lumière des arguments économiques est bien présente dans le niveau de la régulation supranational.

Le droit communautaire qui est en principe un système orienté à l'économie nous donne des exemples frappants. Ne date pas d'aujourd'hui, l'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence et donc, la question du conflit/coexistence pacifique entre ces deux systèmes des valeurs; mais on n'avait pas encore assisté à la proclamation par la Cour de justice du principe selon lequel, le respect de la convention collective du pays d'accueil est empêché pour garantir l'avantage comparatif concurrentiel de l'entreprise qui détache ses salariés, dans une perspective tout à fait fonctionnelle à une vision purement économique de la libre circulation de service.

Mais cette justification du dumping social au nom de l'efficacité économique c'est-à-dire la négation de toute harmonisation supranationale en matière de droit du travail, est consacrée à l'échelle globale, là où la vision économique néo-classique impose l'harmonisation comme condition préalable à la libéralisation du commerce, reviendrait à affaiblir l'efficacité du système de libre échange. L'efficacité réside dans ce cas, dans la même préoccupation de garder la spécialisation de chaque pays dans des secteurs pour lesquels il dispose d'un avantage comparative, c'est dire dans ce qui lui convient le mieux.

Grâce à cette spécialisation, l'efficacité de l'économie planétaire se renforce entraînant une croissance de bien être social pour toutes les nations qui en sont partie prenantes.

Mais ce simple postulat doit être réinterrogé. Car si Ricardo insistait sur la préférence nationale dans le domaine de la technologie et du climat, aujourd'hui les différences climatiques sont souvent sociales et non physiques.

De la même manière qu'il n'y a aucune raison de demander si les différences de climat ou de ressource entre deux pays devrait influencer l'avantage comparatif, il n'y a aucune raison de s'interroger sur la légitimité des différences des normes.

Ce raisonnement est-il convaincant?

La question du standard social est donc posée. Rejeter l'injonction néo-classique contre l'harmonisation ne signifie pas autoriser n'importe quel niveau de normes. Plutôt, il s'agit d'engager un processus de coopération internationale orienté vers la découverte des critères normatifs acceptables sur les principes à l'échelle globale. Ce type de processus devrait accorder bien davantage de poids à l'égalité en tant que critère normatif premier, que nous ne trouvons pas dans la défense orthodoxe du libre échange fondé sur l'impératif de l'efficacité.

Dans les systèmes nationaux du droit du travail, dans une première étape, l'efficacité économique comme critère d'évaluation des effets de la réglementation est liée à l'idée de flexibiliser le droit du travail pour rendre son tissus normatif plus adéquate à l'exigence de la production. Dans les années 80, notamment, la rigidité du droit du travail a commencé à être remise en cause directement par l'idée d'une efficacité économique-organisationnelle (efficacité au sens du «bon fonctionnement» de grandeur industrielle, pour utiliser les catégories de Thevenot et Boltanski). Une efficacité qui requière adaptabilité et flexibilité du travail au nom des nécessités productives des entreprises. C'est le management de l'incertitude (mais aussi, écrivait Wolfgang Streeck, l'incertitude du manager) face à la turbulence des marchés qui requièrent flexibilité du travail. Depuis les années 90, ce sont la libéralisation des marchés, la financiarisation de l'économie, la compétitivité, la globalisation, les mots-clés mobilisés, non pas sans rhétorique, pour justifier cette démarche de valorisation de l'efficacité économique (au sens, cette fois, plutôt de grandeur marchande) de la règle du droit du travail, et de dévalorisation de l'efficacité dogmatique-axiologique du droit du travail. C'est la perspective que nous est offerte, dernièrement, par le Livre vert de la Commission européenne qui corresponde à l'objectif de «moderniser le droit du travail» en aidant «les entreprises à répondre de manière plus souple aux besoins d'une économie tournée vers l'innovation et aux changements apportés par les restructurations à l'environnement concurrentiel». Stratégie fondée sur l'idée de flexicurité dont je n'ai pas le temps d'argumenter ici.

Mais le débat qui a lieu actuellement dans le domaine du droit du travail est devenu progressivement plus complexe; car d'autres grandeurs peuvent être civiques (ou connectées directement avec la sphère sociale), et d'autres «biens publiques» ont été mobilisés et se sont ajoints pour justifier l'usage diffusif de cette catégorie d'efficacité qui est devenue, d'ailleurs, progressivement moins descriptive et plus prescriptive.

Selon des étapes du même continuum, l'efficacité de la règle est appelée tout d'abord pour contraster l'inefficace segmentation du marché du travail et permettre aux travailleurs intégrés (les insider) mais aussi aux exclus (les outsiders) d'effectuer avec succès les transitions entre différents statuts. Et ensuite, plus en général, pour chercher à appréhender le droit du travail en terme de régulation du marché du travail, c'est-à-dire à considérer la construction, l'orientation et l'application de ce droit comme l'un des moyens par lesquels les Etats ou les systèmes juridiques façonnent et orientent les modes de fonctionnement des marchés du travail.

Dans cette perspective, le droit du travail est mis en connexion avec la législation et la pratique relatives à la politique de l'emploi, c'est-à-dire avec l'aptitude moyennant l'activité normative à élever autant que possible le niveau de l'emploi. En un mot, à élever l'employabilité de la main d'œuvre actuelle ou potentielle. Confronté à cette mission, le droit du travail a dû subir la critique économique de son paradigme normatif, car il jouerait contre l'emploi mesuré au moindre taux d'occupation; critique très corrosive dans la mesure où elle est moins conduite sur le registre de l'efficacité économique pour des finalités économiques, que sur le registre de l'efficacité économique pour des finalités sociales.

Le décalage du terme efficacité est donc évident. Dans la perspective de l'employabilité, la loi tend à être conçue moins comme modèle de prescription pour l'action des parties (réglant les comportements des parties), que comme un programme normatif visant à certains objectifs, notamment celui de l'emploi. Parfois, la norme devient «manifeste», déclaration solennelle par laquelle un gouvernement expose son programme normatif et justifie sa position. C'est le cas en Italie, de la loi Biagi, qui stipule dans son premier article que «les dispositions de la loi se placent dans le champ des orientations communautaires en matière d'emploi et visent à augmenter le taux d'emploi».

L'évaluation de l'efficacité extra-juridique devient, de manière plus ou moins pertinente, la mesure de la rationalité de la loi, rationnelle – à la fois en valeur (la valeur étant la création d'emploi) et en finalité (selon la perspective de rationalité instrumentale) – dans la mesure on participe au processus de création d'emploi. Comme cet objectif requière plus de souplesse et de calculabilité, moins de rigidité d'indétermination, le jugement d'efficacité conduit nécessairement à un double processus, un processus important de modification et de réajustement du droit du travail.

Ce réajustement concerne plusieurs des éléments constitutifs de la réglementation du travail:

- Du côté structure formelle de la règle du droit du travail, avec la remise en cause notamment de la catégorie de l'impérativité ou de l'indérogeabilité: car la norme est plus efficace du point de vue économique si elle laisse les destinataires libres de se dégager de l'interdit.
- Du côté structure substantielle de la règle, avec la remise en cause de l'orientation vers des hauts niveaux de protection de salarié (diminution de droit des salariés au nom de l'emploi).
- Du côté fonctionnel, avec la remise en cause au nom de l'efficacité, des standards et des clauses générales (loyauté, bonne foi, juste cause, raison ou motif économiques etc.) qui appellent le contrôle du juge dans l'appréciation de la légitimité des actes du pouvoir de direction de l'employeur et du licenciement pour motif économique. Mais aussi leur substitution avec des mécanismes incitatifs fondés sur la rationalité calculatrice de l'homo economicus, bien illustré par la doctrine du firing cost qui est au fond, l'application au droit du travail de la règle majeure de l'analyse économique du droit; c'est-à-dire l'efficient breach of contract.
- Du côté champ d'application de la réglementation, avec la remise en cause de la référence exclusive aux salariats car, pour être efficace AU SENS ECONOMIQUE, le droit du travail doit mettre en concurrence les travailleurs, pas seulement le travailleur salarié mais AUSSI LES INDEPENDANTS.
- Du côté nature des sources, avec le développement de la soft law dans les différents domaines et dans les différentes acceptions (autoréglementation via code de conduite, new gouvernance, méthode ouverte de coordination); où se cache non pas l'impuissance de l'Europe à agir dans le domaine social mais plus profondément, l'instrumentalisations des politiques sociales au profit des objectifs structurels de réduction de la dépense publique, d'austérité salariale e de flexibilité dans le marché du travail.

La notion d'efficacité a donc changé de registre: il ne s'agit de mesurer, d'évaluer, que les résultats économiques du dispositif juridique. A ce propos, il nous semble que

parler d'efficacité du droit du travail et parler de flexibilité du travail, c'est au fond la même chose. En fait, dans les dernières années, nous avons bien rassemblé sous l'étiquette «flexibilité» les objectifs concernant, à la fois, la maximisation de l'efficacité économique – organisationnelle du droit du travail au nom de l'impératif de la compétitivité de l'entreprise et la maximisation de l'efficacité-économique – capacité de création d'emploi du marché du travail au nom de l'employabilité. Les deux perspectives finalement se sont croisées car le dernier est supposé être conditionné au renforcement de l'adaptabilité/flexibilité de la main d'œuvre.

Le droit du travail est donc l'ennemi du droit au travail? Il est légitime d'en douter. La comparaison démontre qu'il n'y a aucune corrélation entre indicateur de rigidité et résultat mesuré en taux d'emploi. Il y a, en Europe, des pays qui ont une rigidité très forte en matière de discipline des licenciements avec des taux d'occupation élevés et un degré élevé de turn over dans le marché du travail. L'Italie du Nord est un bon exemple, à la fois, du taux d'occupation (très proche à l'objective de Lisbonne) et de la mobilité du marché selon les plus récentes analyses conduites dans la région de la Lombardie et du Veneto (où est en vigueur le fameux art. 18, St. Lav qui conduit à la réintégration du salarié en cas de licenciement illicite). La durée moyenne du contrat de travail à durée déterminée est de 19 mois. La donnée se commente par elle-même.

Quelle est alors la critique de l'efficacité économique si non le récurent trimitique du droit du travail au nom de l'ordre spontané et harmonieux de coexistence des individus dans le champ sociale et économique théorisé par l'économie standard? En d'autres termes, au lieu de nommer le marché au nom d'un principe d'équité et de solidarité (ce qui pourrait se faire qu'au nom d'une finalité sociale spécifique du gouvernement, ce que l'analyse économique du droit généralement rejette), je disais, le dispositif de l'efficacité pourrait le normaliser c'est dire lui permettre de se régler lui-même conformément à sa nature de marché.

L'évaluation du droit du travail n'échappe donc pas à une critique de fond sur le projet inscrit dans cette grammaire économique de l'efficacité. C'est-à-dire, la construction d'un modèle d'intelligibilité économique qui définirait – pour rappeler la leçon foucoltienne sur la rationalité gouvernementale biopolitique – un «tribunal économique permanent» qui pourrait repérer les domaines qui ne fonctionnent pas conformément à ce qu'édite le modèle quant à la manière dont il doit fonctionner normalement, traduisent et trahissent un excès d'intervention, un «trop gouverner».

On est aux antipodes de l'idée d'un dialogue raisonnable entre droit et économie, un dialogue qui engage un processus d'apprentissage réciproque.

Il y a quelques années, Pierre Legendre écrivait dans son ouvrage sur la question dogmatique en Occident: «Parvenu au stade d'une instrumentalisation pure et simple, le droit se trouve écarté du champ de la pensée, pour n'être plus que technologie annexe au service de l'efficience ultramoderne, c'est-à-dire pour n'être plus, selon la formule des juristes-sociologues, que régulation sociale».

Le droit du travail doit-il se résigner à ce destin?

De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail. Quelques leçons d'un programme de recherche

par Joëlle AFFICHARD[225], Antoine LYON-CAEN[226], Stéphane VERNAC[227]

1. Les réductions imposées au droit du travail par l'analyse économique du droit

1.1. Vers des évaluations réalistes du droit du travail

L'intérêt pour l'analyse économique du droit du travail a été suscité, en France, par le tir groupé de plusieurs rapports d'économistes qui portaient, à partir des fondements de l'analyse économique du droit, un jugement critique sur l'efficacité du droit du travail français (Blanchard Tirole 2003) (Cahuc 2003) (Cahuc Kramarz 2004).

Simultanément, les travaux établissant des comparaisons internationales de performances au moyen d'indicateurs synthétiques d'efficacité économique connaissaient une large diffusion. Sous l'égide de la Banque mondiale ou de l'OCDE, ils visaient en particulier à rendre compte des effets macroéconomiques de la protection de l'emploi.

L'analyse économique du droit du travail a le mérite d'obliger les juristes à s'intéresser aux effets des dispositifs juridiques hors du système qu'ils délimitent. L'accent mis sur la performance ou l'efficacité convie à une évaluation qu'on dira volontiers externe, parce qu'elle prend appui sur des modes de raisonnement et des catégories analytiques exogènes au champ auquel elle est appliquée.

Mais les études françaises récentes d'analyse économique du droit du travail, de même que les comparaisons de performances des systèmes juridiques, sont peu explicites sur certaines étapes essentielles de l'évaluation à laquelle elles procèdent. Appuyées sur un outillage méthodologique supposé garantir leur neutralité, médiatisées pour les conclusions souvent iconoclastes auxquelles elles aboutissent, elles sont peu explicites quant à leurs hypothèses concernant la place qu'elles assignent au droit dans les modélisations.

Si l'on ne doit pas refuser a priori toute réduction de situations complexes dans les catégories de l'analyse économique, encore faut-il étudier comment s'opère cette réduction, quelles conséquences elle a sur la compréhension des dispositifs juridiques et de leur fonctionnement, et par suite quelles sont les limites des recommandations qui peuvent en être tirées.

À l'initiative des responsables de l'Institut International Pour les Études Comparatives[228], un programme de recherche a donc pris comme orientation centrale la

[225] Administrateur à l'Institut National de la Statistique et des Études Économiques, Directrice de l'Institut International Pour les Études Comparatives (France).

[226] Professeur de droit du travail, l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (France).

[227] Doctorant, Université Paris Ouest Nanterre La Défense (France).

[228] V. encadré.

question de l'évaluation du droit du travail[229]. Cette question ouvre à des interrogations sur le champ de l'évaluation, sur les buts assignés au droit du travail, sur les voies par lesquelles s'opère sa réalisation, sur les modes d'identification des acteurs qui y sont impliqués, sur les mesures auxquelles il peut donner lieu.

Le programme de recherche s'est fixé comme objectifs:

- de mettre en lumière les prémisses et les outils avec lesquels l'analyse économique procède à une évaluation du droit du travail;
- de montrer en quoi cette évaluation économique manque toute une série de dimensions du droit du travail;
- de tracer des pistes pour des modes d'évaluation qui évitent de trop forts réductionnismes et affichent un meilleur réalisme.

Du rapport de synthèse (IIPEC 2008-1) et des nombreuses contributions auxquelles le programme a donné lieu (IIPEC 2008-2), plusieurs lectures sont possibles. En particulier, les chercheurs engagés dans le programme ont proposé, dans le prolongement de leurs travaux respectifs, des cadres conceptuels divers pour approfondir la compréhension des relations entre droit et économie[230]. Le propos du présent article est plus limité. Il consiste, à partir d'une élucidation des prémisses de l'analyse économique appliquée au droit du travail (Partie I), à tracer des pistes vers des évaluations réalistes du droit du travail (Partie II).

1.2. Les réductions imposées au droit du travail par l'analyse économique du droit

Le programme s'est attaché à clarifier les hypothèses et les méthodes sur lesquelles reposent les études économiques qui attribuent aux règles du marché du travail des effets sur les performances économiques, et à faire apparaître leurs conséquences pour l'évaluation à laquelle elles prétendent.

Les travaux qui mettent en cause les règles du droit du travail français puisent à deux sources principales: des modélisations microéconomiques du marché du travail, et les comparaisons internationales des législations de protection de l'emploi. Les conceptions, implicites ou explicites, des règles et de leur efficacité dans les analyses micro- et macroéconomiques sont au cœur du sujet.

1.3. Des modèles pour un marché du travail flexible

L'analyse économique du droit du travail prend appui sur les modélisations du marché du travail développées dans les années soixante-dix par Mortensen et Pissarides (Mortensen Pissarides 1999) (Pissarides 2000).

Ces modèles dynamiques qui retracent les appariements entre offre et demande d'emploi ont renouvelé l'analyse économique du marché du travail dans un contexte de

[229] Ce programme a été élaboré en réponse à l'appel à projets lancé en 2005 par la DARES (Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques du ministère chargé de l'Emploi.

[230] Un ouvrage collectif présentant la pluralité de ces cadres d'analyse est en préparation: *L'évaluation du droit du travail: la pluralité des cadres d'analyse*, Affichard J. et Lyon-Caen A., eds., Dalloz, 2009. Certains articles ont déjà été publiés dans (Lyon-Caen Perulli 2008).

progrès technologique (IIPEC 2008-1)[231]. Ce sont les modèles de l'ère de la flexibilité. Ils la décrivent, la promeuvent et en font finalement la clef unique de la résorption du chômage.

Le marché du travail n'est pas traité comme un marché concurrentiel; le taux de salaire relève d'une autre logique que celle des prix ajustant l'offre et la demande d'emploi. Le chômage ne s'explique plus par un déséquilibre entre l'offre et la demande, mais par l'insuffisance de la création d'emplois[232], par le temps que mettent les chômeurs à trouver un emploi, et par le temps que mettent les entreprises à pourvoir les emplois vacants. Le taux de chômage devrait tendre vers zéro si des obstacles ne s'élevaient à la concurrence et à l'innovation qui déterminent la création d'emploi, et si les réglementations ne ralentissaient la prise d'emploi par les chômeurs et ne décourageaient les employeurs de recruter.

Dans cette formalisation, des «fonctions de valeurs» modélisent les comportements des acteurs suivant des hypothèses conformes à la théorie micro-économique dans un univers concurrentiel, avec prise en compte des anticipations: les comportements résultent d'optimisations inter temporelles de zéro à l'infini avec égalisation de tous les rendements.

Les préconisations des auteurs qui se réfèrent à ces modèles ne peuvent que prendre la forme d'incitations monétaires qui internaliseront les externalités négatives et rétabliront la situation optimale qu'aurait produite le fonctionnement efficace du marché. Articulées sur la structure des modèles, elles ne sont que de deux types: celles qui visent à accroître le volume des flux de passage vers l'emploi, et celles qui visent à réduire le temps nécessaire pour trouver ou pourvoir un emploi[233].

Le fait que des limitations à la concurrence et une forte protection de l'emploi jouent à l'encontre de ces deux objectifs fait partie des hypothèses des modèles: la condition de libre entrée sur le marché du travail est nécessaire aux calculs d'optimisation des travailleurs, l'indemnisation du chômage intervient dans la fonction de valeur associée au fait d'être au chômage, les coûts anticipés des licenciements sont intégrés dans les décisions de recrutement des employeurs (1.4). Des indicateurs pour des systèmes juridiques en concurrence.

Si les travaux théoriques n'établissent pas les effets de la protection de l'emploi sur le solde net des flux, et donc sur le volume du chômage, la démonstration en est attendue des comparaisons internationales de performances des systèmes juridiques. Sont mobilisés les indicateurs élaborés dans le cadre du programme Doing Business de la Banque mondiale,

[231] Les observations qui suivent sont fondées sur une contribution orale d'O. Favereau au programme.

[232] La destruction d'emplois résulte de chocs de productivité externes. Les politiques de protection de l'emploi peuvent retarder les suppressions d'emplois auxquelles procéderaient les entreprises en cas de baisse de productivité, et donc diminuer les flux de sortie vers le chômage. Mais en freinant les capacités d'adaptation des entreprises, elles sont supposées indirectement ralentir les créations d'emploi.

[233] Les travaux de Mortensen et Pissarides sont cités dans (Blanchard Tirole 2003) et (Cahuc 2003). Cahuc et Kramarz ne mentionnent pas leurs sources théoriques, mais il est intéressant de relever que les trois chapitres de propositions visant à mettre en place une «sécurité sociale professionnelle» correspondent exactement aux trois variables explicatives du chômage dans ces modèles: favoriser les créations d'emplois (en supprimant les barrières à l'entrée que constituent les réglementations des professions, chap. 3), inciter les chômeurs à prendre un emploi (en réformant le service public de l'emploi, chap. 2), inciter les employeurs à recruter (en créant un contrat unique, chap. 4) (Cahuc Kramarz 2004).

qui s'intéressent aux effets macroéconomiques de la protection de l'emploi salarié, et ceux de l'ODCE, qui mettent en relation la réglementation relative à la protection de l'emploi avec la performance du marché du travail mesurée par le taux de chômage ou le taux d'emploi (Kirat 2005) (Botero Djankov La Porta Lopez-De-Silanes Shleifer 2004) (OCDE 1999, 2002, 2004).

Les mauvais résultats obtenus par la France dans ces classements sont généralement invoqués comme l'une des principales «évidences empiriques» fondant les critiques de la rigidité de notre réglementation[234]. Sans se soucier des problèmes conceptuels et méthodologiques que soulèvent ces comparaisons, les économistes qui les invoquent «pensent cependant que la classification des pays par ces indices reflète en gros la réalité» (Blanchard Tirole 2003).

Nous montrerons plus loin que le caractère global des indicateurs construits pour appréhender la réglementation du marché du travail ne dispense pas d'une réflexion critique sur les conceptions implicites de l'efficacité des règles sur lesquelles ils reposent.

Nous nous attacherons donc maintenant à élucider les conceptions des agents, des emplois et des règles incluses dans les modélisations et les indicateurs qui viennent d'être présentés, conceptions qui tracent les limites des ambitions évaluatives de l'économie du droit du travail.

1.4. Des agents optimisateurs omniscients

La figuration des agents, travailleurs, chômeurs ou employeurs, comme des individus dotés d'une rationalité parfaite et d'une durée de vie infinie qu'ils transforment en trajectoires optimales de maximisation de leur utilité, a plusieurs conséquences.

Tout d'abord, les modèles postulent une symétrie parfaite entre l'individu-entreprise et l'individu-salarié. Ils occultent le fait que le droit du travail n'a de sens que dans un univers marqué par une asymétrie fondamentale entre le salarié et l'employeur, le contrat de travail faisant naître un rapport de subordination juridique.

L'action collective, dimension inhérente à l'organisation des rapports professionnels, est envisagée au regard d'un arbitrage individuel et intéressé de chacun des salariés.

L'entreprise, considérée comme un individu rationnel n'est pas envisagée comme un ensemble de contrats tel qu'il apparaît dans d'autres parties de la littérature économique orthodoxe, moins encore comme un mode de coordination dont l'efficacité propre pourrait être évaluée.

L'hypothèse selon laquelle les acteurs sont des agents rationnels opérant des optimisations inter temporelles a une autre conséquence. Pour faciliter les comportements optimisateurs des agents – individus comme entrepreneurs –, il est nécessaire de stabiliser le cadre de leurs choix parmi des plans optionnels. Ceci suppose, comme on le développera

[234] Plus récemment, l'OCDE a publié une étude sur la croissance et les inégalités (OCDE 2008). Dans un contexte général d'aggravation des inégalités de revenus et de la pauvreté, la France est l'un des cinq pays de l'OCDE où les inégalités de revenus et la pauvreté ont baissé durant les vingt dernières années, surprenant résultat que l'étude impute «aux changements du marché du travail».

ci-dessous, que l'énoncé d'une règle ne soulève aucune question d'interprétation. Ainsi le souci de «sécurité juridique» est-il inclus dans les hypothèses du modèle.[235]

1.5. Un «emploi sans qualités»

L'assimilation de l'objectif d'emploi à un objectif numérique exprimé en terme de taux de chômage, taux d'activité ou taux d'emploi, connu à un moment donné, est cohérente avec la modélisation qui vient d'être décrite, dans laquelle l'emploi est réduit à un seul poste de travail[236].

L'évaluation de l'efficacité d'une mesure à partir d'un tel indicateur est depuis longtemps sujette à critique, par exemple lorsqu'il s'agit de piloter les dispositifs de formation (Viney 1983) (Affichard 1985). S'agissant plus particulièrement du régime de l'emploi tel qu'il est façonné par la législation du travail et les conventions collectives, ce type d'indicateur laisse de côté des qualités essentielles de l'emploi qui devraient être prises en compte par l'évaluation (Martelloni Sachs 2008).

Cette grave omission concerne d'abord le statut de l'emploi. L'histoire du droit du travail en faisant émerger la notion de statut a permis de détacher l'emploi du travail. Une liaison a été ainsi établie entre la protection accordée au travailleur mis à l'écart de la brutalité du marché, et l'état de subordination dans lequel le place le contrat de travail.

Certes, cette liaison a été maintes fois remise en cause à l'occasion de réformes menées au nom de l'exigence de flexibilité. Le droit du travail accorde aujourd'hui une place non négligeable à des formes particulières d'emploi ou à des formes de mise au travail concurrentes. Mais les propositions actuelles de réforme du droit du travail s'attaquent au contrat de travail de droit commun. En paraissant ne mettre en question que les conditions du licenciement, c'est une interrogation sur le statut, le contenu ou la «qualité» de l'emploi que soulèvent les programmes d'évaluation. Le statut de l'emploi est un paramètre d'évaluation du droit du travail qui ne saurait être négligé, notamment lors de l'appréciation des termes de l'échange promis à se réaliser (Centre d'Études de l'Emploi 2006) (Sachs 2008).

Au delà du statut, d'autres éléments concourant à spécifier la qualité de l'emploi ne sont pas retenus comme pertinents pour l'évaluation. Pourtant, il faut rappeler que la flexicurité, dans sa conception complète et plus ambitieuse, vise à réduire la segmentation et promouvoir des emplois de meilleure qualité, ce qui inclut d'autres dimensions telles que le niveau de rémunération, la classification, les conditions de travail, etc.

On objectera que dans les critiques adressées au droit du travail, les auteurs ne se privent pas de dénoncer les effets «dualistes» supposés des régimes de protection de l'emploi. Ils préconisent la suppression d'un grand nombre de réglementations qui constituent en effet des barrières à l'entrée dans certaines professions, au motif que leurs effets en termes de protection des consommateurs ne sont pas établis. Les effets possibles de cette déréglementation sont appréciés en termes de création indifférenciée d'emplois (un emploi créé égale un chômeur en moins) et de baisse des prix, sans que jamais retour ne soit fait sur les qualités desdits emplois.

---

[235] En revanche, le modèle intègre l'incertitude relative aux conséquences des «chocs de productivité» générateurs de destructions d'emplois.

[236] Si on lève cette hypothèse, on le fait de telle sorte que la gestion de l'entreprise reste décentralisable au niveau de chaque poste de travail.

1.6. Une conception mécaniste des effets de la règle de droit

Plus obscure peut-être encore, parce que tapie au cœur des prémisses de l'analyse économique, est la conception de la règle de droit sur laquelle sont bâtis les raisonnements. L'un des apports du programme est de mettre en lumière les simplifications opérées par cette conception.

1.7. Des règles réduites à un ensemble de prix

Dans les modèles du marché du travail, les règles de droit n'apparaissent pas en tant que telles; elles sont figurées à travers des (modifications de) prix ou coûts. Si une règle ne modifie aucun prix ni aucun coût, elle est inintelligible. Ainsi la discipline économique, dans sa version standard, force-t-elle le droit pour l'attirer dans sa sphère d'intelligibilité.

Il n'est certainement pas complètement erroné de faire transiter l'effet des règles de droit par les modifications de prix relatifs, mais encore faudrait-il ne pas se limiter à ce seul canal. Si l'on s'en tient à cette réduction, l'action correctrice ne peut que prendre la forme d'incitations monétaires destinées à internaliser les externalités négatives et à rétablir la situation optimale qu'aurait produit le fonctionnement efficace du marché. Un système de prix et de coûts présente de surcroît l'avantage de réduire les incertitudes, en particulier celles qui découlent de l'intervention d'un juge, et de faciliter les calculs d'optimisation.

Sous ces hypothèses, la protection de l'emploi est nécessairement plus efficace si elle est assurée sous forme monétaire, par la distribution d'allocations de chômage et la taxation des licenciements, plutôt que par l'obligation de reclassement ou le contrôle, judiciaire ou administratif, de la justification du licenciement pour motif économique.

1.8. Les règles comme de pures contraintes s'imposant aux agents

Les analyses économiques du droit du travail opposent volontiers le procédé de l'incitation à la «régulation juridique» qui impose le respect des obligations fixées par les normes[237]. Cette conception de la régulation juridique suppose de réduire le système de droit positif à un ensemble de prescriptions ou interdictions d'adopter telle ou telle conduite, qualifiant les actions humaines selon le mode binaire du licite et de l'illicite. Elle conduit à qualifier de «contournement» de la règle tout comportement non conforme au but présumé de la règle.

Cette représentation déontique et «impérativité» du droit, dominante en économie standard et courante dans la pensée juridique, omet plusieurs aspects essentiels dans une perspective d'évaluation. On reviendra, ci-après, sur ce qui touche à l'interprétation des règles – notamment par le juge – et aux voies de l'effectivité du droit. Relevons déjà ici que concevoir le droit comme un ensemble de contraintes méconnaît le fait que les règles offrent aux acteurs des facultés d'agir.

Selon une théorisation «réaliste», la normativité juridique a vocation à servir de référence pour déterminer comment les choses doivent être du point de vue du système de droit en vigueur et pour en tirer des conséquences dans l'ordre de la décision ou du

[237] Cette opposition est d'autant moins fondée que tout dispositif incitatif est nécessairement agencé par des règles légales, réglementaires ou conventionnelles.

règlement de différends. C'est dans cette fonction de «modèles» que les significations des énoncés juridiques réputés normatifs et les règles imputées à la jurisprudence composent des dispositifs juridiques et, au-delà, constituent un cadre pour les actions. Ce cadre offre des ressources pour l'action en même temps qu'il l'oriente (Jeammaud 1990).

1.9. Des règles sans apprentissage

Si la modélisation économique intègre, dans sa représentation du monde, une part d'incertitude, il n'en est que plus remarquable de noter qu'elle est sans apprentissage.

Les économistes institutionnalistes ou conventionnalistes qui ont participé au programme mettent en lumière le fait que le droit est une technique d'apprentissage collectif dans un monde incertain. O. Favereau s'est ainsi livré à une exploration systématique de la conception de la règle de droit dans les théories économiques standards et non standards (Favereau 2008).

Il montre que les jugements d'efficacité diffèrent radicalement selon que l'on place la règle dans un environnement où sont pris en compte des phénomènes d'apprentissage collectif, ou dans un environnement où l'on n'en tient pas compte. Dans des environnements à apprentissage collectif, les capacités d'adaptation des entreprises sont autorisées, voire favorisées par des mesures de protection de l'emploi qui peuvent devenir des stimulants à la négociation et à l'innovation.

1.10. Des règles sans lien avec d'autres règles

La modélisation microéconomique traque les effets de structure et poursuit sa quête des «effets purs» des variables explicatives. Dans cette lignée, l'analyse économique du droit vise à mesurer les effets purs d'une règle, supposée isolable de son contexte et notamment de tout lien avec d'autres règles, à l'opposé d'une compréhension systémique des effets des règles.

Parmi les travaux du programme qui se sont particulièrement attachés à cette question, on citera l'analyse du «modèle danois» présentée par K. Nielsen (Nielsen 2008). Elle montre que l'évaluation de l'efficacité de la réglementation danoise en matière de licenciement ne peut ignorer le dispositif de formation continue, dispositif très articulé, très coûteux et fortement développé ces dernières années sous la pression des organisations syndicales.

Quant aux indicateurs d'efficacité de la réglementation mobilisés pour les comparaisons internationales, ils ont bien l'ambition de fournir une vision globale des performances de systèmes juridiques et affichent une ambition synthétique de mesure d'effets combinés. Mais l'application d'une méthode uniforme à des systèmes juridiques de traditions différentes est génératrice de biais. En l'absence de travail monographique approfondi visant à définir les acteurs, les institutions et les étapes procédurales pertinents, il est extrêmement délicat de délimiter les frontières du champ de la comparaison, par exemple lorsqu'il s'agit de décrire et évaluer les règles relatives à la rupture du contrat de travail (Dalmasso 2008).

Comparant les modes d'évaluation des politiques sociales dans plusieurs pays, L. Thévenot adopte une perspective différente, intégrant la diversité des constructions politiques des communautés, des biens communs qui y sont mis en valeur et des capacités qu'y engagent les acteurs. Il montre ainsi les limites des évaluations externes qui ne prêtent pas une attention suffisante aux dispositifs dans lesquels sont mises en œuvre les politiques sociales, et qui s'éloignent trop des évaluations auxquelles procèdent les acteurs eux-mêmes (Thévenot 2008-2).

1.11. Des règles au but unique

Question canonique pour les spécialistes de l'évaluation, l'explicitation des objectifs des dispositifs sur lesquels va porter le jugement est en principe un préalable à la définition des indicateurs permettant d'apprécier les résultats.

En droit, la question connaît une particulière acuité, déployée dans l'argumentation des juges appelés à se prononcer sur la rationalité d'une mesure, c'est-à-dire à apprécier l'adéquation des moyens mis en œuvre au regard du but visé (v. à propos du contrôle de constitutionalité Dahan 2008).

Peu soucieuse de cette complexité, l'analyse économique du droit du travail est réductrice à cet égard. Dans sa visée évaluative, elle opère le plus souvent une simplification abusive des buts du droit. Ainsi dans (Cahuc Kramarz 2004) l'objectif du droit du travail est-il ramené à un «rôle de protection des personnes les plus fragiles»[238]. Il suffit ensuite de montrer que cet objectif supposé n'est pas atteint pour démontrer l'ineffectivité – plutôt que l'inefficacité – de la règle.

1.12. Des règles sans juges

À tout droit substantiel correspond en principe un droit d'accès aux tribunaux. Pourtant, l'analyse économique du droit au mieux ignore les juges, au pis les met en accusation.

La mise à l'écart des juges repose tout d'abord sur une représentation particulière du droit, vu comme un complexe d'énoncés. Cette réduction se conjugue avec une conception performative du droit qui ne laisse aucune place au contentieux dans la réalisation du droit.

Ainsi l'indicateur synthétique de protection de l'emploi (LPE) de l'OCDE est-il élaboré à partir de données purement textuelles, en considération de sources formelles et dans l'indifférence à la contribution des tribunaux à la réalisation effective de la protection de l'emploi: on suppose que ce qui est écrit est ce qui est mis en œuvre (Kirat 2006). Quant aux indicateurs du programme Doing Business de la Banque mondiale, ils excluent les juges d'une façon différente bien que non moins radicale, puisqu'ils sont établis en référence à une situation de règlement des différends par «un tiers arbitre, non professionnel du droit, à coût nul et sans formalisation juridique» (IIPEC 2008-1).

C'est aussi une forte aversion pour l'insécurité que ferait peser l'immixtion judiciaire dans les choix des agents et de leur aptitude anticipatrice qui explique le procès régulièrement fait aux juges. En France, cette mise en accusation a trouvé un écho, de courte durée, dans les dispositions du Contrat nouvelles embauches (CNE) destinées à faciliter la rupture du contrat de travail dans les petites entreprises, qui instauraient une période longue pendant laquelle l'employeur pouvait licencier sans fournir de motifs du licenciement (Pasquier 2008).

Pourtant, en faisant le silence sur les règles qui encadrent la rupture du contrat de travail, la loi a laissé s'appliquer à cette rupture les règles générales du droit des contrats, laissant une large marge d'interprétation aux juges (Guiomard Serverin 2007). Ainsi le

[238] Quand ne lui sont pas prêtés des objectifs inavouables: «Dans les faits, les règles très contraignantes en matière de restriction des emplois à durée limitée, de licenciements économiques et de licenciements collectifs sont très peu appliquées. En réalité, *tout se passe comme si* l'ensemble du système de protection de l'emploi était organisé pour qu'il en soit ainsi.» (Cahuc Kramarz 2004).

contentieux du CNE aurait-il pu marquer «le renouveau du contentieux de la rupture, le grand retour du juge sur la scène du contrat» (IIPEC 2008-1).

La dévalorisation de l'activité des juges dans l'analyse économique, voire sa mise en accusation, ne tiennent pas seulement aux marges d'interprétation qu'ouvrent les textes. Si les économistes invoquent le contentieux comme source principale d'instabilité et d'insécurité, c'est qu'ils postulent que les juges n'agissent pas de façon conforme à la rationalité supposée des acteurs économiques, et plus particulièrement des employeurs. Dans les contrôles qu'ils exercent sur les motifs de licenciement, les juges ne seraient pas aptes à évaluer les choix économiques des employeurs, la pertinence, la raisonnabilité de ses décisions. Leur immixtion dans les décisions des employeurs conduirait ainsi à des situations sous-optimales. C'est donc la possibilité même de donner un sens à l'action en justice dans les modèles économiques qui est en question (Sachs 2005).

Pourtant, le droit du travail n'est pas hermétique dans ses propres catégories aux justifications économiques (Perulli 2008). Il est d'ailleurs notable qu'en dehors du droit du travail, la prise en compte de l'emploi est, bien qu'encore timidement, encouragée par le droit commercial, notamment par le biais de règles procédurales invitant les organes sociaux à délibérer sur les conséquences sociales de leurs décisions (Vernac 2008).

La discussion contentieuse est un espace d'appréciation de la qualité d'une décision susceptible d'intégrer une pluralité de justifications (Leader 2004) (Leader 2005) (Perulli 2006) (Lyon-Caen 2006). La jurisprudence de la Cour de cassation relative au contrôle du motif économique de licenciement témoigne de la qualité de ces débats. La protection de l'emploi est ainsi intégrée dans l'espace pluraliste des justifications d'une décision de licenciement.

La capacité des juges à comprendre le raisonnement microéconomique sans s'y laisser enfermer est parfaitement illustrée pas un arrêt de la Cour d'appel de Paris. Celle-ci dans un même mouvement fait écho à l'incertitude des résultats des modèles économiques, en considérant que «dans la lutte contre le chômage, la protection des salariés dans leur emploi semble être un moyen au moins aussi pertinent que les facilités données aux employeurs pour les licencier»[239], et formule une critique que nous faisons nôtre en ajoutant «qu'il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements»[240].

2. Vers des évaluations réalistes du droit du travail

Trois pistes méritent d'être empruntées, qui loin de s'exclure se combinent.

2.1. Les visées du droit du travail

Au lieu d'une quête, en général vaine, de la finalité unique d'une règle ou d'un dispositif, il y a lieu d'introduire la pluralité de leurs visées. Ainsi, comme le montre sans peine l'étude des dispositifs antidiscriminatoires, s'y conjuguent plusieurs visées. À un autre haut degré de généralité, se mêlent une protection des agents contre leurs propres préjugés et une protection de la dignité de la personne: efficacité du marché et garantie des droits fondamentaux se croisent (Lyon-Caen et Lokiec 2004) (De Schutter 2006). Quand,

[239] Les modèles sont ambigus en ce qui concerne les effets des mesures de protection de l'emploi sur les destructions d'emplois.

[240] CA Paris, 6 juillet 2007, n°06/04806.

poursuivant plus minutieusement l'examen des dispositifs antidiscriminatoires, on en vient à envisager la lutte contre les discriminations indirectes, ou si l'on préfère la surveillance des mesures qui ont un effet discriminatoire, on y découvre une composition complexe entre la promotion de l'égalité entre les personnes et la préoccupation de préserver l'efficacité des organisations productives.

Quand bien même on pourrait imaginer que telle ou telle règle a une ambition singulière, le seul fait qu'elle s'insère dans un contexte normatif plus ample rend illusoire une prétention de l'évaluer, de manière isolée, en considération de sa seule ambition singulière.

Pluralités des visées: l'expression n'est pas sans évoquer d'autres formules qui ont cours dans des travaux d'historiens ou de juristes du travail, qui font état de l'ambivalence du droit, ou de la pluralité de ses finalités, ou encore de la diversité de ses fonctions. L'expression retenue a comme avantage d'éviter de prêter trop facilement au jurislateur (Parlement, gouvernement, juges) une rationalité instrumentale et d'éviter les réductions fonctionnalistes que suggèrent les termes de finalité et de fonction.

Si pluralité de visées il y a, elles se combinent dans les dispositifs, et les combinaisons peuvent être plus ou moins stables et robustes. Sans doute faut-il rechercher dans la solidité de certaines compositions entre visées les raisons d'une litigiosité faible. En tout cas, comme y invitent certains travaux du programme, l'hypothèse vaudrait d'être élaborée puis testée d'un lien entre solidité des conjugaisons de visées et litigiosité.

2.2. L'outillage des règles

Pour évaluer le droit du travail, et le droit en général, il faut prendre congé d'une représentation des règles comme des contraintes. Les règles ne sont pas nécessairement des commandements (Jeammaud 1993), des prescriptions de conduite. Parfois, elles reconnaissent une capacité d'action, habilitent donc à entreprendre, confèrent une faculté. Parfois, elles désignent, définissent, qualifient. Ainsi en va-t-il d'une règle qui viendrait à définir ce qu'est le travail salarié ou encore ce qu'est la subordination, dans laquelle on se plait à trouver, en général, le critère du travail salarié.

Regarder une règle juridique comme une contrainte, c'est encore supposer qu'elle produit des effets par sa seule existence. Or, l'expérience l'atteste, une règle juridique ne produit rien par elle-même. Les voies de réalisation du droit requièrent une attention particulière, comme on le verra un peu plus loin.

Ces observations sur l'objet divers des règles, sur la nécessité de s'éloigner d'une vision trop impérativiste des règles, invitent en fin de compte à prendre au sérieux la variété technologique du droit.

C'est à ce prix seulement que peuvent être conçus les termes d'une comparaison. Comme le montrent certains travaux du programme, les comparaisons portant sur les contestations des licenciements ne peuvent être entreprises sans que soient pris en compte la diversité des procédures qui y conduisent (Dalmasso 2008) ou encore les engagements qui les précèdent à charge des employeurs ou qui les suivent. La variété technologique du droit doit constamment guider la comparaison et l'évaluation, car elle signale bien l'interdépendance entre les règles et les dispositifs, condition même pour accéder à l'intelligibilité des actions qui se déploient dans leur ombre.

2.3. Les voies de réalisation

Si une règle est un modèle pour l'action (Jeammaud 1990), comment le modèle normatif se concrétise-t-il? C'est cette question essentielle que certains travaux du programme ont cherché à éclairer.

L'analyse économique du droit, dans sa version la plus diffusée, rejoint une forme de dogmatisme répandue chez les juristes en retenant une conception performative du droit. L'énonciation se suffirait à elle-même. La violation de la règle serait synonyme de son inefficacité. Pourtant, la possibilité de l'enfreindre constitue un élément même de la juridicité d'une règle. L'altérité qui marque le rapport du droit au monde – si on accepte ce raccourci – est une condition pour que le droit soit concevable et conçu (Stavo-Debauge 2008) (Porta 2008).

Il faut donc considérer cette altérité comme une exigence et non comme un problème dramatique. Pour dire les choses dans une langue courante, l'écart entre le droit et le fait ne doit pas décontenancer; il doit être compris. Pour ce faire, il faut se déprendre de la présentation classique de la réalisation du droit comme une opération d'application, opération simple, inscrite dans le jeu de la contrainte. La réalisation passe par des dispositifs aptes à traduire, dans les actions mêmes, les exigences normatives.

Par là, apparaît l'importance des procédures, des mécanismes, des moyens qui préparent les personnes à l'observation des règles (Thévenot 2008). Ainsi en va-t-il de l'exercice d'un droit, aurait-il pour consistance une liberté de choix, une aire d'autonomie. Les droits fondamentaux sont terrain d'élection de ces dispositifs destinés à en assurer la jouissance (Lyon-Caen Lockiec 2004). Le droit antidiscriminatoire est sans doute le domaine où se repèrent aujourd'hui avec une grande richesse des procédures et mécanismes de vigilance permanente et de promotion de la réflexivité des personnes (Stavo-Debauge 2008) (Vernac 2008).

Une interrogation demeure néanmoins. Si la contestation en justice d'un droit constitue un élément de son identification, quelle place faut-il reconnaître aux actions en justice dans la réalisation du droit du travail? Une place cardinale ou une place parmi une gamme de médiations? Les travaux de ce programme présentent à ce sujet des points de vue nuancés.

Bibliographie

AFFICHARD, J.: *«La fonction de l'enquête statistique dans l'évaluation du dispositif de formation des jeunes de 16 à 18 ans»*, (Formation Emploi, 1985), n° 9.

BLANCHARD, O., TIROLE, J.: *«Protection de l'emploi et procédures de licenciement»* (Rapport du Conseil d'Analyse Économique, La Documentation française, Paris, 2003).

BOTERO, J., DJANKOV, S., LA PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F., SHLEIFER, A.: *«The Regulation of Labor»* (Quarterly Journal of Economics, 2004), vol. 119, n° 4.

CAHUC, P.: *«Pour une meilleure protection de l'emploi»* (Publication du Centre d'Observation Économique de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, coll. Documents de travail, Juin 2003), n° 63.

CAHUC, P., KRAMARZ, F.: «*De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*» (Rapport au Ministre d'État, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, déc. 2004).

Centre d'Études de l'Emploi: *«La qualité de l'emploi*» (La Découverte, coll. Repères, 2006).

DAHAN, C.: *«La recherche du but d'une mesure par le juge»* in Efficacia e diritto del lavoro, a cura di Antoine Lyon-Caen e Adalberto Perulli (Cedam, 2008).

DALMASSO, R.: *«Les procédures de licenciement en droit comparé (Royaume-Uni, Italie, France). Contribution à une comparaison procédurale des litiges relatifs aux licenciements»*, programme de recherche DARES *L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes* (IIPEC 2008), vol. 2.

DE SCHUTTER, O.: *«Three models of Equality and European Anti-discrimination Law»* (Northern Ireland Legal Quarterly, 2006), vol. 57, n° 1.

FAVEREAU, O.: *«Critères d'efficacité économique du droit du travail: un essai de classification raisonnée»* in Efficacia e diritto del lavoro, a cura di Antoine Lyon-Caen e Adalberto Perulli (Cedam, 2008) & in Affichard J., Lyon-Caen, A., (eds), *L'évaluation du droit du travail: la pluralité des cadres d'analyse* (Dalloz, 2008).

GUIOMARD, F., SERVERIN E.: *«Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal»* (RDT, 2007), n° 9, 502.

IIPEC: «*L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes*» (Rapport final, Rapport de synthèse, 2008), vol. I. Responsabilité scientifique: LYON-CAEN, A., Coordination du programme: AFFICHARD, J..

IIPEC: «*L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes»* (Rapport final, Travaux réalisés dans le cadre du projet, 2008), vol. 2.

JEAMMAUD, A.: *«La règle de droit comme modèle»* (Recueil Dalloz, Chroniques, 1990), p.199.

JEAMMAUD, A.: *«Les règles juridiques et l'action»* (Recueil Dalloz, Chroniques, 1993), p.207.

JOLY, L., SWEENEY, M.: *«La lutte contre les discriminations: un champ de renouvellement de la réflexion du droit sur sa propre réalisation»*, in Efficacia e diritto del lavoro, a cura di Antoine Lyon-Caen e Adalberto Perulli (Cedam, 2008).

KIRAT, T.: «*Systèmes juridiques et performances économiques. Un survol de la littérature»* Programme de recherche DARES *L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes* (IIPEC, 23-24 novembre 2005).

KIRAT, T.: *«Les indicateurs de protection de l'emploi: la mesure du droit du travail en question?»*, in *La protection de l'emploi en question: vers la fin du droit du travail? (*Economie et institutions, 2006), n° 9.

LEADER, S.: *«Deux façons d'ajuster les droits en conflit en droit du travail»*, in Lyon-Caen Lokiec (2004).

LEADER, S.: *«Inflating Consent, Inflating Function, and Inserting Human Rights»*, in Dine J., Fagan A., (eds.), *Capitalism and Human Rights* (Edward Elgar Publishing, 2005).

LYON-CAEN, A., LOKIEC, P.: (ss la dir. de) Droits fondamentaux et droit social (Dalloz, 2004).

LYON-CAEN, A.: «*Juger la gestion*», in Lyon-Caen A., Urban Q., (ss la dir. de), Le juge et la décision de gestion, (Dalloz, Actes, 2006).

LYON-CAEN, A., PERULLI, A. (a cura di): *«Evaluer le droit du travail»* in *Efficacia e diritto del lavoro* (Cedam, 2008) & in Affichard J., Lyon-Caen, A., (eds), *L'évaluation du droit du travail: la pluralité des cadres d'analyse* (Dalloz, 2008).

MARTELLONI, F., SACHS, T.: *«Le droit de l'emploi en quête de mesure»*, in Efficacia e diritto del lavoro, a cura di Antoine Lyon-Caen e Adalberto Perulli (Cedam, 2008).

MORTENSEN, D., PISSARIDES, C.: *«Job reallocation, employment fluctuations and unemployment»*, in WOODFORD, M. & TAYLOR, J. (eds.), (Handbook of Macroeconomics, Elsevier, 1999).

NIELSEN, K.: *«Preconditions and Challenges of 'Flexicurity'. Economic and Institutional Aspects of the Danish Labour Market Model»*, programme de recherche DARES *L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes* (IIPEC 2008), vol. 2

OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 1999.

OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2002.

OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2004.

OCDE, *Croissance et inégalités. Distribution des revenus et pauvreté dans les pays de l'OCDE*, 2008.

PASQUIER, T.: *«Le Contrat 'Nouvelles Embauches' ou l'ambition illusoire d'un droit du licenciement sans intervention judiciaire»*, in Efficacia e diritto del lavoro, a cura di Antoine Lyon-Caen e Adalberto Perulli (Cedam, 2008).

PERULLI, A.: *«Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur»* Revue de droit du travail (2006), n° 2.

PERULLI, A., LYON-CAEN, A. (a cura di): *«Evaluer le droit du travail»* in *Efficacia e diritto del lavoro* (Cedam, 2008) & in Affichard J., Lyon-Caen, A., (eds), *L'évaluation du droit du travail: la pluralité des cadres d'analyse* (Dalloz, 2008).

PISSARIDES, C.: *"Equilibrium unemployment theory"* (MIT Press, 2nd edition, 2000).

PORTA, J.: *«La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité»* (LGDJ, Fondation Varenne, 2008).

SACHS, T.: *«Droit du travail et rhétorique libérale : la règle de droit à l'épreuve du jugement d'efficacité»*, in Lyon-Caen A., Perulli A., (a cura di.), Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro (Cedam, 2008).

SACHS, T.: *«L'emploi à la croisée des discours juridique et économique»*, in Efficacia e diritto del lavoro, a cura di Antoine Lyon-Caen e Adalberto Perulli (Cedam, 2008).

SERVERIN, E.: *«Le traitement des litiges du travail en droit français et britannique: deux modèles d'intégration des procédés amiables»* (RDT, 2007), n° 2.

STAVO-DEBAUGE, J.: *«Le droit et la pensée de la réalisation du droit»*, in Efficacia e diritto del lavoro, a cura di Antoine Lyon-Caen e Adalberto Perulli (Cedam, 2008), vol. 2.

STAVO-DEBAUGE, J.: *«Faut-il s'en remettre aux pouvoirs de la statistique pour agir contre les discriminations et réaliser le droit? La catégorisation ethnique et raciale en question au Royaume Uni et en France»*, in Efficacia e diritto del lavoro, a cura di Antoine Lyon-Caen e Adalberto Perulli (Cedam, 2008), vol. 2.

THEVENOT, L.: *«Les sciences économiques et sociales et le droit : quels bien reconnus pour quelles évaluations?»*, in Efficacia e diritto del lavoro, a cura di Antoine Lyon-Caen e Adalberto Perulli (Cedam, 2008), vol. 1.

THEVENOT, L.: *«Les politiques sociales à l'épreuve du libéralisme. Pour quelle égalité?»* Document de travail (CREST-INSEE, 2008).

THIBIERGE, C.: *«Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit»* (Revue du droit du travail, Civ., 2003), p.599.

VERNAC, S.: *«Emploi et contrôle des décisions de gestion en droit des sociétés»* in Efficacia e diritto del lavoro, a cura di Antoine Lyon-Caen e Adalberto Perulli (Cedam, 2008).

VINEY, X.: *«L'insertion des jeunes sur le marché du travail: les pièges d'une analyse statique et quelques réponses fournies par l'étude des cheminements professionnels»* (Formation Emploi, 1993), n° 4.

L'Institut International Pour les Études Comparatives (IIPEC)

L'IIPEC (anciennement Institut International de Paris La Défense) a été créé en 1992 par le ministère chargé de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, le CNRS, l'Établissement Public pour l'Aménagement de La Défense (EPAD), le Conseil Général des Hauts-de-Seine, l'Université de Paris X-Nanterre et le Commissariat Général du Plan.

Sa mission initiale est le développement des études et recherches comparatives et internationales dans le champ des sciences sociales. L'IIPEC a conduit à ce titre de nombreux projets associant des chercheurs français et étrangers (principalement européens et américains), portant notamment sur les transformations de l'action publique et la gouvernance des services publics.

Depuis 1998, parallèlement à la poursuite des activités d'étude et de recherche, l'Institut s'est engagé dans des actions de coopération internationale, d'abord en Russie, puis dans les Balkans, en Afrique et en Afghanistan. Financées par la Commission européenne, ces actions prennent place dans des programmes de renforcement de l'état de droit et de soutien à la société civile.

L'IIPEC est une association de la loi de 1901, gouvernée par un Conseil d'Administration de neuf membres enseignants-chercheurs (juristes, économistes, sociologues, politologue).

http://www.iipec.eu/fr/

Droit du travail et protection de la concurrence: quelques notes sur une relation conflictuelle

par Adoración Guamán Hernández [241]

Introduction

L'interaction entre le droit du travail et la protection de la concurrence dans le marché des biens et des services se met en évidence aujourd'hui à travers deux phénomènes juridiques clairement liés. D'un côté, au niveau communautaire et depuis la fin des années 80, la Cour de Justice des Communautés Européennes a évaluée à de nombreuses occasions, les normes nationales du travail, en comprenant les conventions collectives, à la lumière du droit de la concurrence et des libertés de circulation économiques. D'un autre, au niveau étatique, cette liaison conflictuelle entre la régulation du marché et le droit du travail s'est manifestée en deux étapes. En premier lieu, les différents organismes administratives et prétoriens chargées du contrôle de la concurrence au niveau étatique ont appliqué les normes de la concurrence aux syndicats et conventions collectives. Tandis qu'en France ou en Allemagne ce phénomène date des années 90, l'Espagne est un exemple particulièrement récent de cette action puisque la Commission Nationale de la Concurrence espagnole a décidé de soumettre à une révision toutes les conventions collectives pour évaluer sa compatibilité avec la Loi de Protection de la Concurrence (Loi 15/2007). À ce moment là, cet organisme administratif a qualifié diverses conventions collectives comme des ententes, en imposant sanctions économiques aux syndicats (v. gr. Résolution Expt. 607/06, soins à domicile). Donc, une nouvelle voie de contrôle pour les actions des syndicats est bien ouverte dans l'État espagnol.

En deuxième lieu, et dérivé du phénomène antérieur, dans quelques pays, comme la Suède, le Danemark ou la Finlande, les normes de la concurrence ont introduit des dispositions diverses pour articuler la relation entre les conventions collectives et la protection de la concurrence dans le marché des biens et services. Dans ce «modèle nordique», on trouve des exceptions qui limitent l'application des normes de la concurrence à des accords entre employeurs et travailleurs qui règlent les salaires ou les conditions du travail. Ces deux phénomènes illustrent une réalité aussi vieille que le droit du travail; celle de sa relation conflictuelle et permanentente avec la protection de la concurrence dans le marché des biens et des services. Donc, il est évident que l'interaction observée, cette couple problématique, représente un exemple clair d'unes des questions les plus débattues à partir de la naissance même du droit du travail, celle des rapports de l'économique et du social. Dans le plan juridique, ces rapports montrent l'interférence entre des droits spécialisés. D'un coté, on trouve les normes dirigées à la protection de la concurrence dans le marché des biens et des services, en comprenant le droit antitrust stricto sensu et les libertés de circulation. Il faut remarquer que ce concept de «protection de la concurrence», comme notion qui possède aujourd'hui un caractère ambivalent et large, à mi-chemin entre la vaste notion de «droit du marché» et celle très étroite de «droit de la concurrence», est particulièrement utile pour l'étude des rapports mentionnés.

L'autre part du binôme est composée par des normes qui règlent le marché du travail, d'origine légale ou conventionnelle, mais spécialement ces dernières. En effet, réalisant une étude jurisprudentielle comparée, on infère très rapidement que l'action collective et plus particulièrement les conventions collectives sont par excellence le lieu d'interaction

[241] Professeur de droit du travail, l'Université de Valence (Espagne).

entre le droit du travail et la régulation du marché. Car, même si la fonction de la grève et de la négociation collective s'éloigne de la volonté de contrôler le marché des biens et services, les conventions collectives sont un accord passé entre plusieurs acteurs économiques et syndicats. Accord qui élimine la possibilité d'utiliser les conditions de travail comme facteur compétitif.

Avec ces précisions et en ciblant cette contribution sur une question très concrète, jusqu'où la protection de la concurrence et des libertés économiques dans le marché peut imposer des changements dans la régulation des relations du travail, ces pages sont une contribution à la réflexion plus générale des rapports entre l'économie et du social.

1. La relation entre les deux branches du droit: de la tradition juridique américaine à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes

L'exemple américain nous offre un lieu privilégie pour observer la naissance de cette liaison conflictuelle entre la protection de la concurrence et les actions syndicales, en comprenant les conventions collectives. Aux États-Unis, les premières applications claires des normes de la concurrence, la Sherman Act de 1890, aux conventions collectives et aux actions syndicales se sont produites depuis la naissance même de la réglementation antitrust. Au même temps, la tradition juridique américaine contienne l'articulation normative la plus ancienne entre les normes de la concurrence et l'action syndicale. Cette expérience américaine est l'exemple parfait pour comprendre l'état de la question dans le domaine du droit communautaire. Dans la Communauté Européenne, comme aux États-Unis, la création du droit du marché a précédé tant le développement d'un droit du travail commun pour tous les États membres comme la reconnaissance, dans le Traité, des droits fondamentaux à la liberté syndicale et à la négociation collective. Deux objectifs qui sont, aujourd'hui, encore inachevés.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice en application de ces deux piliers du marché intérieur, ce «Droit constitutionnel économique communautaire», montre comment les frictions se produisent en deux sphères: d'un coté, entre la régulation du marché des biens et des services (voir, libertés de circulation et droit de la concurrence) et normes étatiques qui règlent les relations du travail; de l'autre, un affrontement se produit entre «Droit constitutionnel économique communautaire» et l'action syndicale et les conventions collectives. Dans le premier cas, il y a une opposition entre l'exercice de la compétence normative national en matière sociale et la construction du marché intérieur. La jurisprudence de la Cour prouve comment la marge d'appréciation dont les États membres disposent en matière de politique sociale n'arrive pas à constituer une exception sociale capable d'éviter que la réalisation des libertés de circulation économiques provoque soit l'élimination soit l'inapplication de certaines normes nationales du droit du travail.

Pendant des années, à la lumière des libertés de circulation, la Cour de Justice a évalué diverses normes nationales de régulation du travail. Entre autres, l'interdiction de travailler le dimanche, présent dans le code du travail belge ou français (CJE, Conforama, 28 février 1991, aff. C 312/89; CJE, Marchandise, 28 février 1991, aff. C-332/89); la loi belge de réglementation des activités de placement de travailleurs. (CJE Van Wesemael, 18 de janvier 1979, aff.110 et 111/78); plusieurs normes nationales sur les entreprises de travail temporaire (v. gr. CJE Webb, 17 décembre 1984, aff. 279/80; CJE Commission des Communautés Européennes contre République Fédérale d'Allemagne, de 25 octobre 2001, aff. C-493/99M; CJE Commission des Communautés Européennes contre République Italienne, de 7 février 2002, aff. C-279/00, CJE ITC, de 11 janvier 2007, aff. C-208/05) ou, la loi grecque qui imposait la relation du travail pour la réalisation d'une certaine activité (CJE Syndesmos, de 5 juin 1997, C-398/95).

Toutes ces réglementations furent l'expression de la compétence nationale en matière sociale mais, sauf la réglementation des horaires, elles ont toutes été modifiées à cause de leur incompatibilité avec la création du marché intérieur.

En outre, la réalisation de la liberté de prestation des services a remis en question l'application des normes du travail aux travailleurs détachés pendant une prestation transnationale des services. En effet, l'application de cette liberté a transformé la diversité existante entre les législations nationales du travail. *CJE en une question très problématique. (v. gr. CJE Seco, de 3 février 1982, aff. C-62/81 y C-63/81; CJE Arblade, de 23 novembre 1999, aff. C-369/96 et C-376/96; CJE Mazzoleni, de 15 mars 2001, aff. C-165/98; CJE Portugaia, de 24 de janvier de 2003, aff. C-164/99; CJE Wolff & Müller, de 12 octobre 2004, aff. C-60/03; CJE Commission des Communautés Européennes contre République Fédérale d'Allemagne, de 14 avril 2005, aff. C-341/02; CJE Rüffert, de 3 avril 2008, aff., C 346/06).*

Au long de sa jurisprudence, la Cour de Justice a admis, en quelques occasions, des restrictions aux libertés de circulation produites par des normes nationales du travail justifiées dans la «protection des conditions de travail ou des travailleurs». Cependant, les conditions pour que la restriction soit admise sont strictes et, il y a d'autres questions fondamentales, le maintien de la paix sociale, qui n'ont pas été évaluées comme exigences impératives.

D'autre coté, en appliquant le droit de la concurrence, la Cour a englobé dans la définition d'entreprise certaines institutions liées au phénomène du travail, comme les services publics d'emploi et quelques organismes publics de gestion des régimes d'assurance complémentaires. La protection de ces activités par le droit du travail n'a pas constitué un obstacle pour sa soumission à la tutelle communautaire. *(CJE Höfner, de 23 avril 1991, aff. C-41/90; CJE Job Centre, de 11 décembre 1997, aff. C-55/96; CJE Carra, de 8 juin 2000, aff. C-258/98; CJE Monnier et altri., de 19 juin 2001, aff. C-9/01 a C-12/01).*

En dehors ces frictions, il existe une deuxième sphère d'interaction, particulièrement d'actualité, issue de l'évaluation de l'action collective des travailleurs par le droit constitutionnel économique communautaire. Dans ces cas, l'extension prétorienne des obligations qui se dérivent des libertés de circulation, comme le devoir des États de contrôler les activités des acteurs privés, a ouvert la porte à une remise en question des actions syndicales.

Deux affaires, qui ont été confirmés par des résolutions similaires ultérieures, ont marqué l'avenir du contrôle communautaire de l'action collective: l'affaire Laval et l'affaire Viking (CJE, Viking de 11 décembre 2007, aff. C-438/05; CJE Laval, de 18 décembre 2007, aff. C-341/05. Dans ces deux cas, diverses activités syndicales, des grèves et des boycottes qui avaient comme but le maintien des conditions du travail accordées de manière collective, ont été questionnés par la libre circulation des services et la liberté d'établissement.

Dans le domaine du droit de la concurrence le problème a dérivé de la volonté de considérer les conventions collectives comme des ententes. La Cour de Justice s'est prononcée en plusieurs occasions sur la question, en affirmant que, en droit communautaire, les conventions collectives échappent, par leur nature et leur objet au champ d'application de la norme concurrentielle. *(v. gr. CJE Albany, de 21 septembre 1999, C-67/96).*

Cette formule vague ne fait pas référence aux conditions d'applicabilité du droit de la concurrence. En effet, jusqu'à aujourd'hui, la Cour a évité de se prononcer sur la considération des syndicats comme entreprises et de construire ainsi l'exemption liée au domaine subjectif de l'article 81 du Traité. Au contraire, elle a utilisé comme argument la

nécessité d'une harmonisation de la politique sociale du Traité et celle de la concurrence. Malheureusement, l'imprécision de la rédaction ne nous permet pas d'affirmer que les conventions collectives sont hors du champ d'application du droit de la concurrence. Seulement certaines conventions collectives, portant sur les sujets «traditionnels», sont exclues.

Quel que soit l'ordre juridique étudié, deux questions se dégagent de cette affirmation. La première, il est possible d'affirmer l'existence d'un mouvement d'expansion des contenus et des espaces de la négociation collective, quels sont aujourd'hui ces sujets «traditionnels»? La deuxième, en tout cas, qui peut décider si une convention contient des clauses en dehors de ses sujets, les organismes de protection de la concurrence ou les juridictions sociales?

Au niveau communautaire, la solution à ces questions n'a pas encore été esquissée. Cependant, devant toutes les manifestations commentées, les autorités communautaires ont manifesté une certaine volonté de limiter l'extension du champ d'application des normes qui règlent le marché intérieur. Ainsi, le Règlement sur la libre circulation des marchandises reconnaît le respect nécessaire du droit de grève; la très connue Directive de détachement de travailleurs (96/71/CE) qui a essayé, malgré toutes ses faiblesses, d'établir un climat de concurrence loyale au moyen de la garantie du respect des droits des travailleurs déplacés; la Directive relative aux services dans le marché intérieur (2006/123/CE) que a établi comme limite à son domaine d'application le droit du travail national avec une mention spéciale à l'action syndicale et, enfin, l'exposition de motifs du Règlement 1/2003, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, a situé le respect des droits et des principes reconnus dans la Charte de Droits Fondamentaux de l'Union Européenne comme limite de l'application des articles 81 et 82 du Traité.

Malgré tous ces efforts dans le droit dérivé, il n'est pas possible d'affirmer une modification significative dans la jurisprudence de la Cour de Justice qui place les droits sociaux protégés par les normes de travail nationales au même niveau que les libertés économiques. L'interprétation expansive de ces libertés continue à être le principal centre des frictions, particulièrement après des arrêts Viking, Laval et Rüffert.

2. Le cas espagnol: l'application de la Loi de la Concurrence aux conventions collectives[242]

L'exercice de ces droits sociaux, en particulier l'action syndicale et la négociation collective, est également menacé par l'application de la protection de la concurrence dans le cadre national, ou les questions sont aussi puissantes que complexes. Un regard à l'expérience normative comparée suffit à montrer comment parmi d'autres systèmes juridiques européens on rencontre des exceptions sociales introduites dans les différentes normes de la concurrence. Cependant, en dehors de ce «model nordique» une majorité de systèmes juridiques européens n'ont pas articulé une exemption explicite. Donc, quel que soit le système adopté, avec ou sans exception, les frictions commencent à être de plus en plus fréquentes, particulièrement dans la réalité juridique espagnole.

L'analyse de l'interaction entre la protection de la concurrence et le droit du travail dans le cas espagnol doit se construire à partir d'une réalité constitutionnelle très différente de la réalité communautaire. En Espagne, la protection de la concurrence dérive d'un droit constitutionnel, car elle constitue l'aspect objectif de la liberté d'entreprise de l'article 38

[242] Sur cette question v. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Aranzadi, 2008.

de la Constitution Espagnole. Néanmoins, à la différence de la négociation collective et de la liberté syndicale, la protection de la concurrence n'a pas, en elle-même, une reconnaissance dans la Norme Fondamentale.

Dans la législation espagnole, la seule référence explicite sur la relation entre la protection de la concurrence dans le marché et le droit du travail se trouve, pour les relations individuelles du travail, dans l'article 21.1 du Statut des Travailleurs. En revanche, il n'existe aucune disposition relative à la relation entre les actions collectives et la protection de la concurrence. Cette absence rend plus difficile la solution à une question aujourd'hui indéniable: les actions collectives et, fondamentalement, la négociation, provoquent des situations qui sont habituellement situées sous le contrôle des normes de protection de la concurrence.

Ainsi, il est possible de trouver des conventions collectives qui règlent, de manière directe ou indirecte, les relations des entreprises signataires avec des tiers. Il est également possible qu'une convention affecte particulièrement un ou plusieurs acteurs économiques dans son champ d'application. De plus, il est habituel de trouver dans les conventions des accords qui règlent les relations marchandes entre les entreprises signataires.

Dès que les situations précédentes influencent les conditions de concurrence sur le marché, pourraient elles être contrôlées par les normes de la concurrence? Cette interrogation peut se diviser en quatre questions :

Première question: Est-ce que les conventions collectives entrent dans le champ d'application de la Loi de Protection de la Concurrence? La nature des parties qui concluent l'accord, c'est-à-dire, la participation des syndicats devrait empêcher, per se, le jugement antitrust. Néanmoins, l'ampleur du champ subjectif maintenue par la doctrine, par la jurisprudence et dans la Loi de Protection de la concurrence elle-même, ne soutienne pas cette exception *ab initio* par la voie des sujets. En conséquence, il faut répondre affirmativement à cette première question fondamentale. Mais, clairement, cette affirmation n'implique pas des actions individuelles des syndicats car dès le moment où les organisations des travailleurs ne sont pas des entreprises, ses actions doivent échapper au droit de la concurrence. C'est l'ordre social qui doit les contrôler.

Deuxième question: Est-il possible d'appliquer une exception de la Loi de Protection de la Concurrence aux conventions collectives? Même si elle n'a jamais été appliquée dans ce cadre, l'analyse de cette loi indique qu'il y a une exception, l'exemption légale de l'article 4, qui peut être activée pour couvrir les conventions collectives. Cette exemption montre les limites du droit de la concurrence face à d'autres dispositions légales dont les effets s'imposeraient à lui. En considérant le Statut des travailleurs et l'obligation de négocier imposée dans son article 89.1 comme norme de couverture, on peut soutenir que les conventions collectives qui remplissent les conditions imposées par les normes du travail sont, ex. article 4 de la Loi de Protection de la Concurrence, exclues de son champ d'application. Évidemment, cette affirmation n'empêche pas l'application du droit communautaire si les effets de la convention dépassent le cadre national.

Troisième question: Qui a la compétence pour appliquer la Loi de Protection de la Concurrence à des conventions collectives? Le Tribunal de Protection de la Concurrence espagnol (prédécesseur de la actuelle Commission Nationale de la Concurrence) a affirmé sa compétence. Cependant à la lumière des normes de la procédure et de la Jurisprudence du Tribunal Suprême espagnol il faut remettre en question que cet organisme administratif ait une compétence qui est à part entière dans l'ordre juridictionnel social.

Quatrième question: Par conséquence, est-il possible d'utiliser la Loi de Protection de la Concurrence dans le contrôle des conventions collectives prévu dans la Loi de Procédure du Travail (Loi 2/1995)? Étant donné que ce contrôle doit se faire à la lumière de la totalité du système normatif, son application semble possible. En outre il faut remarquer que cet

examen par l’ordre social s’est manifesté comme une voie parfaitement valide pour le contrôle des effets anticoncurrentiels des conventions collectives, même sans appliquer la Loi de Protection de la Concurrence. En tout cas, il faut le rappeler: l’application de cette Loi doit commencer par l’évaluation de l’exemption légale.

En somme, l’analyse réalisée démontre comment le déroulement des normes qui articulent la protection de la concurrence remet en question les limites imposées traditionnellement à la discipline du marché par le droit du travail. Ce droit est actuellement soumis à une évaluation constante effectuée à la lumière du Droit du marché, tant communautaire que national. Dans le cadre communautaire, plus précisément dans le droit dérivé et dans quelques arrêts, il est possible de déceler une limite au mouvement d’expansion de la protection de la concurrence. Néanmoins, la cohérence et le bon fonctionnement des systèmes juridiques, nationaux et communautaires, requièrent une articulation des valeurs fondamentales reconnues dans le Traité, en incluant les droits sociaux au même niveau que les droits économiques. Dans le cadre étatique, toute tentative d’appliquer les normes de protection de la concurrence à des actions collectives, en incluant les conventions, doit partir de la reconnaissance constitutionnelle de ces droits et de la constitutionnalisation d'une liberté d'entreprise, clairement limitée par la fonction sociale.

Ces deux paramètres n'impliquent pas, bien sûr, l’immunité absolue. De ce fait, il faut être très conscient que la capacité des conventions à servir d’instrument régulateur de la concurrence peut être utilisée par les employeurs au-delà des limites marquées par les normes du travail. Cependant, le contrôle des conventions appartient à l’ordre social, et cette affirmation est incontournable.

La réalité étudiée nous montre comment aujourd’hui, l’interrelation analysée n’est pas une interaction entre deux ensembles de règles autonomes et juridiquement du même rang. L’égalisation et l’équilibre entre la protection de la concurrence et le droit du travail, qui est exigé par la Constitution Espagnole, n’arrivera pas si les institutions en charge d’appliquer le droit de la concurrence continuent à exercer, sans légitimité, des compétences sociales.

Le droit de l'emploi à l'épreuve de l'évaluation[243]

par Federico MARTELLONI[244] - Tatiana SACHS[245]

Introduction

La lutte contre le chômage est affichée par l'ensemble des gouvernements nationaux et des autorités communautaires comme une priorité absolue. De sorte que leurs interventions prennent le plus souvent la forme de programme orienté vers la préservation et la création d'emploi. Ce caractère programmatique des dispositifs légaux requiert une attention croissante sur la manière dont le droit atteint les objectifs qui lui sont assignés, sur la manière dont il se réalise: le droit tient-il ses promesses? Cette question constitue un appel à l'évaluation des dispositifs juridiques. Se sont ainsi succédés des rapports d'économistes, qui évaluent le droit du travail au regard de ses performances en terme d'emploi [voir la liste en fin d'article]. La création et la préservation de l'emploi deviennent l'étalon d'évaluation de l'efficacité des dispositifs juridiques et plus particulièrement des règles de droit du travail. L'intérêt porté sur ces performances, autrement dit sur les effets de la réglementation de droit du travail, inscrit d'emblée l'évaluation dans un registre bien particulier: celui de l'efficacité. Juger de l'efficacité d'un dispositif juridique consiste à comparer les objectifs de la règle et les résultats obtenus. Le jugement d'efficacité repose sur une mise en relation entre deux termes: des objectifs assignés au droit du travail et les résultats de cette législation.

Rapporté à l'objectif d'emploi, l'exigence d'efficacité alimente l'éclosion d'une régulation sociale articulée autour du droit à l'emploi. Dans un même mouvement, au gré des propositions de réformes et des nouveaux dispositifs juridiques, l'objectif d'emploi se trouve débarrassé de certaines qualités. De sorte que l'élévation de l'emploi au rang d'objectif de politiques sociales, et plus précisément des dispositifs juridiques, passe par une remise en question de la catégorie d'emploi (Partie I). Par ailleurs, le développement d'une régulation finalisée vers l'objectif de préservation et de création d'emploi réclame une évaluation des dispositifs juridiques, une évaluation de leur aptitude à obtenir des résultats conformes aux objectifs fixés. Une difficulté surgit alors: comment établir une relation entre un phénomène social et/ou économique observé et le dispositif juridique? Attribuer à l'application de la règle l'existence d'un fait social pose un certain nombre de difficultés. La manière dont les économistes ont surmonté, pour ne pas dire parfois ignoré, ces difficultés, mérite examen. D'elle dépend en effet la pertinence tant scientifique que politiques des diagnostics et des préconisations faîtes (Partie 2).

[243] Cet article est une version réactualisée d'une contribution parue dans Efficacia e diritto del lavoro (A. Lyon-Caen et A. Perulli 2008). Son contenu doit beaucoup aux échanges que les auteurs ont eus avec O. Favereau, S. Deakin, R. Dalmasso, S. Marcuzzo, F. Martelloni, T. Pasquier, T. Sachs. Qu'ils en soient remerciés.

[244] Professeur, Université Cà Foscari de Venise (Italie).

[245] Doctorante à l'Université Paris X-Nanterre (France).

1. L'emploi un objectif en perte de qualités

C'est principalement à l'aune des objectifs de préservation et de protection de l'emploi que l'efficacité du droit du travail est aujourd'hui évaluée. L'emploi constitue l'étalon d'évaluation dont les dispositifs de droit du travail font l'objet, sans que la notion d'emploi n'y soit véritablement explicitée. Alors que les sciences sociales et juridiques ont contribué à forger une catégorie d'emploi aux facettes multiples, celle-ci connaît aujourd'hui un appauvrissement (1). Les répercussions de cet appauvrissement se font sentir au cœur même du droit du travail, au préjudice de la protection des travailleurs (2).

1.1. Quel emploi au nom de l'emploi?

«Quel emploi au nom de l'emploi?». Cette question paradoxale ne relève pas de la seule boutade; elle tend à porter l'attention sur un angle mort du débat public: quel est donc cet emploi qui justifie les métamorphoses du statut salarié? Un bref détour historique s'avère éclairant.

La terminologie d'emploi est apparue vers la fin du 19ème siècle. Dans les premières lois sociales, les patrons «emploient» des travailleurs, c'est-à-dire concrètement qu'ils font usage de leur force de travail. Au fil des transformations juridiques et sociales, l'emploi est devenu critère de distinction entre la situation du simple ouvrier et celle de l'employé. Alors que le premier peut être remercié sans considération, le second ne peut l'être sans préavis ni indemnités. La catégorie d'emploi sert alors à classer les travailleurs. Il faut attendre le courant du 20ème siècle pour que l'emploi devienne une notion juridique, déterminant l'application d'un régime de droit. La catégorie juridique d'emploi s'est consolidée autour d'un droit, plus ou moins étendu, à la poursuite d'un contrat successif. Cette évolution est intimement liée à la «grande transformation» décrite par K. Polanyi [1972]. Soustrait au modèle du marché autorégulé, le travail est un «bien» d'un type particulier qui ne peut être échangé sans contrainte sur le marché du travail. Sont ainsi contrôlées les conditions de formation du contrat de travail ainsi que les motifs de sa rupture. Parallèlement à cette régulation, l'État met en place des dispositifs assuranciels – tels que l'assurance chômage – qui tendent à garantir le salarié contre les risques liés la perte de son emploi. Ce double mouvement a conduit à faire du contrat de travail à durée indéterminée l'archétype de la relation d'emploi. Le maintien du rapport contractuel de travail détermine l'horizon de la protection accordée par le droit du travail. De cette histoire procède la métamorphose du travail en «emploi», c'est-à-dire le passage d'un travail encadré par le droit civil et commercial à un travail ordonné et protégé par le droit social.

Au cours de la deuxième moitié du 20ème siècle, une seconde acception de l'emploi est apparue. On en trouve trace par exemple dans les dispositions relatives à la participation des travailleurs aux décisions de gestion de l'employeur par l'intermédiaire de leur représentant. L'emploi y désigne alors une situation quantitative et collective liée aux effectifs de l'entreprise. A titre d'exemple, l'article L. 432-4-2 du Code du travail français prévoit que, dans les entreprises de moins de 300 salariés, le comité d'entreprise doit être annuellement informé de «l'évolution de l'emploi».

Au sein du droit du travail cohabitent donc deux dimensions de l'emploi: l'une individuelle, qui renvoie à un ensemble de droits et protections que le salarié peut faire valoir à l'encontre de son employeur [T. Pasquier (2008)]; l'autre collective, qui désigne la masse globale des emplois au sein de l'entreprise. Ces deux acceptions ont longtemps cohabité de manière harmonieuse. Cependant aujourd'hui, certainement sous l'influence de divers rapports économiques [V. les références en fin d'article], à cette logique d'harmonie succède une pensée de l'opposition: la protection individuelle de l'emploi serait la cause de la faiblesse du taux d'emploi.

C'est tout d'abord au sein des énoncés législatifs que la catégorie d'emploi est mise à l'épreuve, rabattue sur celle de travail. Les mesures législatives, notamment les dispositifs d'insertion affichent pour objectif d'assurer à chacun, non pas un emploi satisfaisant à certaines exigences, notamment de stabilité, mais un travail, un simple contrat de travail. L'exemple du contrat d'insertion italien instauré par la loi Biaggi de 2003 est à cet égard emblématique. Dans le cadre de ce dispositif, les employeurs peuvent embaucher en contrat à durée déterminée d'une durée normalement inférieure à 18 mois (art. 57 Décret législatif n°267/2003); pour des sujets dont l'âge est compris entre 18 et 29 ans, chômeurs de moyenne ou longue durée ou autre sujets reconnus comme faible sur le marché du travail. Ils bénéficient ainsi d'une économie notable d'un point de vue des charges sociales et de la rémunération: avec un tel contrat, l'entreprise peut embaucher le travailleur à un niveau de rémunération correspondant à deux niveaux inférieurs dans la classification de celui auquel les fonctions effectives correspondent (art. 59, al. 1), jouissant ainsi de facilités contributives consistantes. Une seule obligation s'impose à l'employeur pour bénéficier de cette forme de contrat: assurer «un projet individuel d'adaptation des compétences du salarié à contexte de travail déterminé» (Art. 54 co. 1). Cette contrepartie suffit-elle à compenser la précarisation subie par le salarié? Cette question a divisé la doctrine italienne qui a, en grande partie, critiqué cette institution, en indiquant que «le Décret législatif de 2003 déplace l'équilibre normatif précédent à l'avantage de l'employeur et au désavantage du salarié en usant du chantage du chômage» [L. Minghini 2004, p. 305]. Plus largement, l'interrogation centrale porte sur l'utilité de la précarisation: la lutte contre le chômage peut-elle justifier la déperdition des qualités de l'emploi? La Cour constitutionnelle italienne a donné à cette question une résonance toute particulière en justifiant l'atteinte au statut collectif des travailleurs par «l'urgence d'augmenter le taux d'emploi» [C. Cost. 12 aprile 1989, n. 181, in Dir. Lav., 1989, II, p. 211 ss.]. Avec cette décision, qui fait référence à l'absence de prise en compte des apprentis dans le calcul du dépassement des limites numériques conditionnant l'applicabilité de la discipline limitative des licenciements –valable aujourd'hui pour le contrat d'insertion-, la Cour a cependant, précisé, que ce «sacrifice de mécanisme de protection pour causes plus importantes», s'il pouvait être retenu légitime en vertu de son caractère nécessaire et urgent, n'était pour autant pas susceptible de «justifier l'inertie dans la recherche d'autres instruments n'ayant pas une telle incidence». Il semble que cette dernière réserve de la Cour ait été substantiellement levée ces dernières années car une «urgence permanente d'emploi», réelle ou présumée, a le plus souvent déterminé les choix du législateur italien jusqu'à la dernière réforme de 2003. A l'origine politique et économique, la rhétorique de protection de l'emploi comme obstacle de l'accès au travail pénètre le discours juridique. Elle a pour effet de débarrasser la catégorie d'emploi de ses vertus protectrices du salarié. Les exigences de stabilité et de protection qui lui étaient généralement attachées se trouvent progressivement abandonnées.

Imperceptiblement, parce qu'il perd sa consistance statutaire, l'emploi se trouve réduit à un bien sans qualité [R. Sennet, 2004; Centre d'Etudes de l'Emploi 2006]. Conformément aux théories économiques néoclassiques, ce bien circule sur un marché. D'ailleurs, selon certains économistes, le niveau de chômage est conçu comme un stock résultant d'un flux d'entrée et d'un flux de sortie de l'emploi [C. Pissarides 2000]. Ce type de représentation du marché du travail repose sur une conception purement quantitative de l'emploi. Le peu d'intérêt porté à la qualité de l'emploi heurte le droit du travail qui contribue à faire du travail un bien d'un type particulier, assorti de qualités non-négociables. Se trouve ainsi insensiblement insuffler le retour de la réification du travail qui était à l'œuvre dans des théories libérales du 19ème siècle, ce qui participe à la déconsidération d'une valeur fondamentale du système juridique: celle de la personne, que garantit tant la stabilité de l'emploi que l'insertion du salarié dans une collectivité de travail.

1.2. Le droit du travail à l'épreuve de l'objectif d'emploi

L'appauvrissement de la catégorie d'emploi n'est pas sans affecter la règle de droit du travail. La référence à l'emploi modifie la philosophie qui préside à l'adoption de la règle de droit. Elle l'influence d'abord lorsqu'un objectif d'emploi est utilisé pour justifier l'adoption du dispositif juridique. Tel est le cas lorsque la préservation et la création d'emploi, sans être expressément visées par la législation, ont été invoquées dans les travaux préparatoires de celle-ci. Elle l'influence ensuite, et surtout, lorsqu'un objectif en terme d'emploi se trouve inscrit dans l'énoncé de la règle. Par exemple, selon l'article 1er de la loi Biaggi «les dispositions [de la loi] se placent dans le champ des orientations communautaires en matière d'emploi et sont finalisés à augmenter les taux d'emploi et à promouvoir la qualité et la stabilité du travail, même à travers les contrats à contenu de formation et les contrats à horaire modulé compatible avec les exigences des entreprises et les aspirations des travailleurs».

L'insertion d'un tel objectif confère au dispositif juridique une coloration particulière. La loi tend à être désormais conçue moins comme un modèle déontique réglant les comportements sociaux que comme une forme de programme normatif, projetant la réalisation de certains objectifs [Sur cette mutation de la règle de droit, v. J. Porta 2007]. Cette forme programmatique pourrait même avoir une influence sur les raisonnements juridiques. En effet, si la valeur juridique de l'objectif économique demeure discutée, il est certain que son inscription dans le corps même de l'énoncé de la règle produit un effet de rayonnement sur l'ensemble du dispositif normatif: l'objectif tel qu'il est formulé sert de guide d'interprétation de l'ensemble des énoncés.

Aussi la manière dont l'objectif est formulé a-t-elle son importance. C'est débarrassé de ses spécifications que l'emploi apparaît dans les énoncés. Souvent, par manque de précision l'emploi fait l'objet d'une simple référence. Transparaît alors l'idée d'un emploi comme simple quantité, comme un taux dont l'accroissement est seul souhaitable et suffisant. La référence à l'emploi s'avère alors porteuse d'ambiguïté, à tout le moins pour le droit des salariés.

Une telle ambiguïté prévaut également dans la mise en œuvre des règles, par exemple celles du droit du licenciement français. C'est en tous cas ce que suggèrent un arrêt de la Cour d'appel de Dijon [Semaine sociale Lamy, 2006, n° 1244, pp. 10-11] et deux arrêts de la Cour de cassation française sur le licenciement économique [Cass. soc. 11 janvier 2006, Recueil Dalloz 2006, Jur. p. 1013, note J. Pélissier; Cass. soc. 31 mai 2006, pourvoi n 04-47376, Revue du Travail, 2006, p. 102, obs. P. Waquet]. Dans ces arrêts, les juges apprécient la légitimité d'un licenciement économique au regard du coût en emplois d'une réorganisation qui serait intervenue ultérieurement. La Cour d'appel de Dijon, dont le raisonnement n'a pas été censuré par la Cour de cassation, a ainsi estimé que la «réorganisation qui a été décidée à un moment opportun, s'est révélée bénéfique pour l'emploi» compte tenu du faible nombre de licenciements. A suivre un tel raisonnement, que la Cour de cassation semble appuyer dans l'avis publié en même temps que l'arrêt, le droit à l'emploi, qui constitue une des fondations du droit du licenciement, arbore un visage particulier. Loin d'être seulement l'expression d'un intérêt à faire valoir la nécessité «d'assurer au mieux le droit de chacun d'obtenir un emploi» [Déc. n°2001-455 DC, J.O. 18/01/2002, p. 244], il invite à la préservation d'un certain niveau des effectifs dans l'entreprise. De sorte qu'une telle conception du droit à l'emploi n'est pas sans avoir de parenté avec une vision économique qui correspond à la probabilité pour un agent de conserver ou de retrouver un emploi. Du «droit de chacun à obtenir un emploi» à la «probabilité pour un agent de conserver ou de retrouver un emploi»: bien que timide, ce glissement autorise pourtant un usage renouvelé du droit à l'emploi. Formulé en des termes quantitatifs, sa fonction n'est plus tant d'être un contrepoids à la liberté d'entreprendre,

mais d'assurer l'articulation du niveau individuel («le droit de chacun...») et de l'objectif collectif d'emploi.

L'ambiguïté dont est porteuse la référence à l'emploi révèle les limites de l'usage programmatique du droit. Ces limites tiennent au risque qui préside à la réduction des finalités du droit du travail à certains objectifs, notamment celui d'emploi. Elles tiennent également à la dilution de ces finalités dans le monde, apparemment neutre, des chiffres. Ceux-ci sont ensuite utilisés pour évaluer l'aptitude des dispositifs juridiques à garantir l'emploi. Ce travail d'évaluation est crucial dans la mesure la légitimité de ces dispositifs repose sur leur efficacité. Aussi convient-il de s'interroger sur les méthodes d'évaluation employées.

2. Quel effet sur l'emploi?

Traditionnellement, il faut distinguer deux formes d'évaluation du droit. Tout d'abord celle de l'effectivité qui consiste à mesurer l'aptitude du droit à obtenir des comportements conformes à la règle. Ce résultat normatif doit être distingué des résultats sociaux et économiques d'un dispositif juridique. C'est à ces derniers que l'observateur du droit s'intéresse lorsqu'il évalue l'efficacité du droit du travail. Ce second registre, qui constitue l'apanage des économistes, prévaut aujourd'hui sur le premier, que ce soit dans le débat public [M. de Virville 2004] ou dans le discours juridique [G. Canivet, M.-A. Frison-Roche 2005]. L'aura des travaux d'économistes s'explique notamment par leur usage d'indicateurs chiffrés qui autorisent et facilitent la comparaison internationale. La force argumentative du chiffre ne doit cependant pas occulter la méthode scientifique utilisée pour construire les indicateurs d'efficacité du droit du travail (1). Celle-ci conduit à se désintéresser totalement du comportement des acteurs. Le jugement d'efficacité se trouve ainsi déconnecté de toute pensée du rapport entre l'action et la norme. Cette déperdition hypothèque grandement la pertinence de ces évaluations en termes d'efficacité, et de leur aptitude à se soucier des qualités de l'emploi (2).

2.1. La technique des indicateurs: questions de mesure

Les rapports d'économistes [v. la bibliographie en fin d'article] concluent à l'inefficacité des règles de droit du travail françaises, italiennes, et plus généralement des règles qui instituent des contraintes pour les employeurs. Pour asseoir leur verdict d'inefficacité du droit, les économistes s'appuient sur des indicateurs, et plus spécifiquement des indicateurs de rigueur. A chaque dispositif juridique relatif à la protection de l'emploi, par exemple l'indemnité de licenciement, les conditions définissant le licenciement abusif, ou encore les conditions de recours au contrat à durée déterminée, est associé un coefficient de rigidité. Ainsi, en 1999, l'OCDE attribue à la réglementation du licenciement individuel français un taux de rigueur de 2,8. Deux utilisations sont faites de ces coefficients. La première consiste à établir des comparaisons internationales. Dans tous les rapports, les taux de rigueur des réglementations nationales sont classés [v., par exemple, P. Cahuc, Pour une meilleure Protection de l'emploi, p. 15]. La seconde, qui lui est souvent associée, tend à mettre en regard ces coefficients de rigueur et les performances du marché du travail. Une règle rigoureuse serait défavorable en termes d'emploi. D'emblée, ce diagnostic n'a rien de surprenant: il est conforme aux enseignements traditionnels de l'économie libérale. En vérité, l'impact de ce diagnostic dans le débat public s'explique moins par sa teneur propre que par le cheminement scientifique dont il est l'aboutissement: simple observation de la réalité diront ses promoteurs. Mais quelle est donc cette réalité observée?

A suivre les rapports susvisés, il s'agit de la rigueur de la règle telle qu'elle s'exhibe par sa simple énonciation. A titre d'exemple, une règle dont l'énoncé établit une liste

limitative des raisons économiques pour lesquelles un employeur peut licencier sera considérée comme plus rigoureuse qu'une règle dont l'énoncé établi une liste ouverte. Les effets de la règle sur le marché du travail sont donc déduits, sans médiation aucune, de la lecture des énoncés. L'objet observé est l'énoncé, les effets présumés de la règle, procédant d'une déduction construite à partir de modèles économiques du marché du travail.

Pareille méthode se heurte à de réelles difficultés [Sur la construction des indicateurs, v. T. Kirat 2006; E. Serverin, T. Kirat, J. Valentin, R. Dalmasso, D. Sauze 2008; R. Dalmasso et T. Kirat 2009; S. Deakin et P. Sarkar 2008]. Une première difficulté surgit lorsque la règle de droit du travail est mal interprétée. Tel a été le cas dans le rapport de l'OCDE de 1999 [Perspectives de l'emploi, Paris, 1999]. Les auteurs du rapport ont intégré dans l'indicateur de rigidité des règles du licenciement économique italiennes le «Trattamento di Fine Rapporto» que l'employeur doit verser au terme de tout contrat de travail «inogni caso di cessazione del rapporto di lavoro suborfdinato» [art. 2120 c.c.]. Cette indemnité participerait au coût du licenciement. Or, la communauté des juristes italiens, dans son ensemble, considère cette indemnité comme une rémunération différée, et non pas comme un coût attaché à la décision de licencier. D'ailleurs, cette indemnité doit être versée, quel que soit le mode de rupture du contrat (démission, rupture amiable...). Dans les rapports des années suivantes, l'OCDE a corrigé son erreur, ce qui a conduit à une baisse significative du taux de rigidité du marché du travail italien.

Quoique extrême, cet exemple est révélateur des écueils qui président à la construction des indicateurs à partir de la seule lecture des énoncés juridiques. Une telle méthode est tributaire de l'indétermination propre à l'interprétation des énoncés juridiques. Tout énoncé juridique ayant plusieurs significations [H. Kelsen 1999, p. 335 et s.; M. Troper 2003], l'incorporation d'une d'entre elle dans les indicateurs relève d'un choix, et non pas d'une simple description d'une réalité objective. Si ce choix obéit à certaines contraintes discursives et juridiques [M. Troper, V. Champeils-Desplats et C. Grzegorczyk 2005], d'autres facteurs exercent également une influence, comme par exemple les théories du marché du travail auxquelles adhèrent les auteurs des différents rapports. Ainsi, l'appellation même des indicateurs, dits «de rigueur», est tributaire d'une vision néoclassique du marché du travail où les règles constituent des contraintes perturbatrices du bon fonctionnement de ce marché. De la sorte, la prétention à la neutralité des indicateurs résiste mal à l'examen: ceux-ci intègrent des choix axiologiques et normatifs.

Ces choix ne portent pas seulement sur la signification des énoncés juridiques, mais également sur la fonction assignée aux règles de droit du travail. Ici encore, un exemple peut illustrer le propos. Dans l'ensemble des rapports, les règles du licenciement économique sont décrites comme des règles protectrices de l'emploi. A priori anodine, cette opération conduit à ignorer les autres fonctions du droit du licenciement économique: organiser le processus de décision dans l'entreprise, rendre la décision acceptable aux yeux des salariés, en exigeant de l'employeur la justification de sa décision. Bref, un choix est opéré sans qu'il ne soit explicité, et encore moins discuté. La justesse des indicateurs s'en trouve affectée.

Un troisième biais hypothèque l'exactitude de ces indicateurs. L'objet de l'évaluation étant l'énoncé juridique, la règle observée se trouve totalement isolée des autres dispositifs de droit du travail avec lesquels elle est pourtant en relation. Comment évaluer les règles sur le licenciement économique sans porter un regard sur les règles de prise en charge des chômeurs, ou encore sur les dispositifs de formation? Une telle démarche conduit à ignorer la manière dont les règles s'agencent entre elles pour constituer un système, certes plus ou moins cohérent, mais dont la logique ne peut qu'être saisie par leur mise en relation. C'est ce travail de (re)construction qu'omet le choix de la règle comme unité de mesure de l'efficacité.

L'attention exclusive portée sur l'énoncé de la règle de droit condamne donc l'évaluateur à avoir une vision partielle et partiale du droit du travail. L'exactitude scientifique du diagnostic proposé par les auteurs se trouve ainsi remise en cause. Ce diagnostic s'avère en outre inutile. Inutile parce que les évaluateurs ont omis de s'intéresser à la manière dont les agents utilisent la règle de droit: difficile dans ces conditions de tirer des enseignements de ce diagnostic. Il faut redonner une boussole à l'évaluation, ce qui nécessite d'interroger la notion d'effet.

2.2. La détermination des effets causés par la règle en question

Un tel désintérêt pour l'utilisation de la règle jette un trouble: comment prétendre s'intéresser à la réalisation du droit tout en limitant l'objet d'analyse au seul énoncé juridique? Comment l'étude du droit formel peut-elle fonder une mesure de l'efficacité du droit qui, rappelons-le, s'entend de l'aptitude du droit à obtenir des résultats économiques et sociaux conformes aux objectifs assignés à la règle?

Cette démarche, d'apparence paradoxale, s'articule autour d'une conception mécaniste des effets de la règle de droit (J. Porta 2007, p. 453). Il y aurait un rapport de causalité directe entre la règle et le comportement de la règle: l'énonciation d'une règle valide produirait, de manière mécanique, des comportements conformes à l'énoncé de la règle. Dans cette perspective, la lecture de l'énoncé linguistique suffit à connaître le comportement des acteurs. Cette déduction est au cœur de la construction d'indicateurs macroéconomiques. A partir de l'énoncé de la règle est connu le comportement microéconomique des agents. Supposant que tous les agents sont identiques, les économistes agrègent ensuite l'ensemble des comportements microéconomiques. La construction des indicateurs d'efficacité se trouve ainsi déconnectée de toute prise en compte du comportement effectif des agents.

Cette déconnexion est complète lorsque les économistes, aidés des économètres, établissent, en traitant les données chiffrées, des liens de corrélation entre les indicateurs de rigueur associés aux règles de protection de l'emploi et le taux d'emploi. Est de la sorte évalué le rapport entre l'énoncé linguistique, à partir duquel sont construit l'indicateur de rigueur et le taux de chômage. L'établissement de ce lien de corrélation économétrique ne requiert pas de s'intéresser aux effets proprement dits de la règle. Dans cette optique, nul besoin de s'appesantir sur les rapports entre un dispositif juridique et le comportement des acteurs. Pourtant, la pertinence de ces modèles demeure sujette à critique, dès lors que ne sont pas posées les conditions dans lesquelles les dispositifs juridiques étudiés produisent des effets dans l'ordre social. Or, toute la difficulté tient à l'impossibilité d'observer simplement les effets de la règle: il faut un moment se donner un critère pour distinguer ce qui est imputable à la règle de ce qui lui est concomitant. Comment en effet être certain que ces corrélations entre taux de rigueur et taux de chômage ne procèdent pas que de biais d'observation? Correspondance n'est pas causalité.

Outre les erreurs dont elle est porteuse, la méthode employée fait subir au concept d'efficacité une véritable mutation. Le jugement d'efficacité reposant sur une mise en relation entre un énoncé et un fait social, le taux d'emploi, nulle attention est portée à la réalisation même du droit. Celle-ci est comme présupposée au regard de l'énoncé linguistique. Cette hypothèse conduit les économistes à une conclusion radicale: c'est l'application de la règle «classique» qui est source d'inefficacité. Car la règle constitue une contrainte déterminant l'action, et plus spécifiquement pour l'action économiquement rationnelle de l'employeur. De la sorte, la règle gêne les mécanismes naturels de régulation du marché. De contraintes, les règles deviennent des obstacles, des obstacles au fonctionnement du marché qui constitue le mécanisme le plus efficace d'allocations des ressources [Pour une conception hétérodoxe de l'efficacité économique, cf. O. Favereau 2008, p. 99]. Dans cette perspective, le jugement d'(in)efficacité conduit à une critique

frontale de la substance de la règle, à une critique de son caractère impératif. Son prolongement est la promotion de nouvelles formes de normativité qui tendent à épouser la rationalité des acteurs économiques. Tel est le cas des mécanismes incitatifs ou des mécanismes de taxation dont l'efficacité repose sur la rationalité calculatrice des agents économiques. La loi italienne du 12 mars 1999 est, à cet égard, emblématique. Intitulée «norme pour le droit du travail des personnes ayant un handicap», elle introduit une mutation profonde de la perspective d'individualisation de solutions efficaces au problème d'emploi des faibles. Le législateur propose, en effet, de dépasser le système inefficace de type «assistentialiste et coercitif», préférant de nouveaux instruments: des contrats incitatifs qui offrent aux opérateurs du marché un avantage important en terme de flexilibité et d'économie. La convention, que l'entreprise a la possibilité de conclure avec la province, représente pour elle levier économique. Le législateur délaisse ainsi le système d'insertion obligatoire peu efficace et le mécanismme traditionnel de sanction pour inexecution qui lui est associé. Celui-ci a, aujourd'hui, un rôle auxiliaire et secondaire par rapport au mécanisme d'incitation et de défiscalisation des charges sociales.

S'appuyant sur l'idée qu'un agent rationnel est plus à même de suivre une règle qu'il s'est donnée, le développement de la soft law (code de bonne conduite, corporate gouvernance, ...) participe du même mouvement d'abandon de règles contraignantes. Peuvent enfin être mentionnés des dispositifs juridiques qui visent à indexer le ratio legis sur les anticipations des agents, notamment des employeurs, de manière à sécuriser ces dernières. Ce procédé permet de garantir à la fois la prédictibilité de la règle et son adaptation au aux exigences économiques. La création de la rupture conventionnelle, introduite par la loi du 25 juin 2008 (Loi n° 2008-596) obéit à cette logique. Conformément à ce nouveau dispositif, les parties peuvent décider d'un commun accord de la rupture de contrat, de sa date, de ses conséquences financières. En fondant la rupture sur un accord, en encadrant strictement son contenu, en instaurant une prescription dérogatoire de droit commun de 12 mois, et en soumettant sa validité à une homologation administrative, ce dispositif entend maintenir le juge à distance. (Sur la rupture conventionnelle, v. F. Favennec-Héry 2008; G. Couturier 2008). A la lumière du mécanisme instauré dans les contrats nouveaux embauches, supprimé par la loi du 25 juin 2008, la suppression du contrôle du juge sur le motif de la rupture du contrat vise à ne pas contrarier les anticipations auxquelles proccèdent l'employeur au moment de l'embauche. La prédictibilité de la règle conditionne ainsi le déploiement de la rationalité calculatrice.

Quoique différents, tous ces mécanismes ont une ambition commune: ne pas entraver le fonctionnement du marché. Ils partagent également un terreau commun: une représentation implicite du comportement des acteurs comme agents rationnels qui maximisent leur utilité. Difficilement compatible avec les caractères de la relation de travail et surtout avec l'idée même du Droit, cette représentation des rapports sociaux fait naître un doute: les dispositifs en question sont-ils véritablement aptes, comme le prétendent leurs promoteurs, à prendre en charge les objectifs de protection des travailleurs?

En définitive, l'exigence d'efficacité au regard de l'emploi qui pèse sur le droit du travail conduit à sa remise en cause sous l'effet d'un double appauvrissement: déperdition de la catégorie d'emploi d'abord, déperdition du concept d'efficacité ensuite. L'appauvrissement de la catégorie d'emploi permet de justifier la diminution des droits des salariés au nom de l'emploi. Quant à la mutation subie par le concept d'efficacité, elle autorise la confiscation du jugement d'efficacité par les faiseurs de modèles économiques et les économètres. A les suivre, le jugement d'efficacité porte moins sur la réalisation du droit que sur la conformité des énoncés juridiques aux préceptes des modèles de théorie économique. La prégnance du concept d'efficacité entendu de la sorte constitue ainsi l'assise de l'impérialisme d'une discipline, la science économique, et d'un courant, le courant néoclassique dominant. Cet impérialisme scientifique se pare des apprêts de la neutralité axiologique, laissant dans l'ombre les normativités implicites des travaux

d’évaluation menés. Leur mise à nue est la condition d’une ouverture d’un débat sur les qualités de l’emploi. Pourquoi, alors même qu’il existe aujourd’hui des normes de qualités pour les marchandises et les services, le travail humain ferait-il exception?

Liste des rapports d'économistes

Banque mondiale, Doing Business 2007. How to reform. V. également les rapports des années précédentes.

Blanchard, O. et Tirole, J.: Protection de l'emploi et procédures de licenciement, Rapport du C.A.E, La Documentation française, Paris, 2003.

Cahuc, P.: Pour une meilleure protection de l'emploi, Publication du centre d'observation économique de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, coll. Documents de travail, n°63, juin 2003.

Cahuc, P., Kramarz, F.: De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle, Rapport au Ministre d'Etat, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au Ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, Déc. 2004.

OCDE, Perspectives de l'emploi, Paris, 1999. Voir également les années suivantes, notamment l'année 2004.

Bibliographie

Artoni, R., D'Antoni, M., Del Conte, M., Liebman, S.: "*Regimi di protezione del lavoro e modelli di stato sociale: una prospettiva comparata*", in Working Paper No. 17, Università Bocconi, Centre for Research on the Public Sector (Milano, 2006), pp. 8 e 9.

Biagi M.: Disabili e diritto al lavoro, Giustizia e lavoro (1999), 9, p. 12.

D'Armant Francois: La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie, in Massimario Giurisprudenze del lavoro (2000), p. 722.

Canivet, G., Frison-Roche, M.-A., Klein, M. (ss la dir.): «*Mesurer l'efficacité économique du droit*». (L.G.D.J, coll. Droit et économie, Paris, 2005).

Centre d'Etudes de l'Emploi: *«La qualité de l'emploi»* La découverte (coll. Repères, Paris, 2006).

Couturier, G.: *«Les ruptures d'un commun accord»* (Droit social, 2008), p. 915.

Dalmasso, R. et Kirat, T.: *«Comparer, mesurer, classer: l'art périlleux de la leximétrie du licenciement»* (Travail et Emploi, 2009).

Deakin, S., Sarkar, P.: *"Assessing the long-run economic impact of labour law systems: a theoretical reappraisal and analysis of new time series data"* (Centre for Business Research, University of Cambridge, June 2008), Working paper n° 367. http://www.cbr.cam.ac.uk/publications/index.htm.

Del Conte, M., Devillanova, C., Morelli, S.: "*L'indice OECD di rigidità del mercato del lavoro: una nota, in Politica economica"* (2004), n. 3, p. 335.

Del Conte, M., Liebman, S.: "*I regimi di protezione dell'impiego nelle sintesi econometriche: tre domande per avviare un dibattito, in Politica economica*" (2004), n. 3, p. 389.

Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sullo stato di attuazione della disciplina in materia di diritto del lavoro delle persone disabili.

European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. The Social Situation in Member States of the European Union: The Relevance of Quantitative Indicators in Social Policy Analysis, Dublin, 1998.

Favennec-Héry, F.: *«Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail»* (Droit social, 2008), p. 660.

Favereau, O.: *«Critères d'efficacité économique du droit du travail: un essai de classification raisonnée»*, Efficacia e diritto del lavoro, A. Lyon-Caen- A. Perulli (Cedam, Padova, 2008), p. 99.

Ghezzi, G. (a cura di): *«Il lavoro tra progresso e mercificazione»* (Ediesse, Roma, 2004).

Ichino, A., Ichino, P.: *«A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale della inderogabilità delle norme giuridiche»* (in RIDL, I, 1994), p. 460.

Ichino, P.: *«La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza»* (in RIDL, 2005), p. 7.

Kelsen, H.: *«Théorie pure du droit»* Trad. C. Eisenmenn, L.G.D.J.-Bruylant (coll. La pensée juridique, Paris, 1999).

Kirat, T.: *«Les indicateurs de protection de l'emploi: la mesure du droit du travail en question»*, (Economie et Institutions, 2006), n°9.

Lyon-Caen, A., Affichard, J.: *«Des normes juridiques aux normes statistiques: les politiques de l'emploi a l'épreuve de la coordination»* (in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, vol. II, Cedam, Padova, 2005), p. 1071.

Lyon-Caen, A., Perulli, A. (a cura di): *«Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro»* (Cedam, Padova, 2004).

Lyon-Caen, A., Perulli, A. (a cura di): «*Efficcacia e diritto del lavoro»* (Cedam, Padova, 2008).

Maresca, A.: *"Rapporto di lavoro dei disabili ed assetto dell'impresa, in Annuario di diritto del lavoro"* (1999), pag. 659 ss.

Minghini, L.: *"Il contratto di inserimento"*, in Ghezzi G. (a cura di), Il lavoro tra progresso e mercificazione (Ediesse, Roma, 2004).

Pasquier, T.: *«L'économie du contrat de travail»*, Thèse dirigée par A. Lyon-Caen (Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2008).

Pissarides, C.: *"Equilibrium unemployment theory"* (2ème ed., MIT Press, USA, 2000).

Polanyi, K.: *«La Grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps»*, Trad. C. Malamoud (Gallimard, coll. Bibliothèque des Sciences humaines, 1972).

Porta, J.: *«La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité»* (LGDJ-Fondation Varenne, Paris, 2007).

Sapir, A.: *"Globalization and the Reform of European Social Models"*, Informal Meeting di ECOFIN, (Manchester, 9 September 2005).

Sennet, R.: *«Le travail sans qualité»* (10/18, coll. Essai, Paris, 2004).

Serverin, E., Kirat, T., Valentin, J., Dalmasso, R., Sauze, D.: *«Evaluer le droit du licenciement. Comparaison des droits et des procédures, mesure des actions»* (Revue de l'OFCE, oct. 2008).

Troper, M.: *«Interprétation»*, Dictionnaire de la culture juridique, ss. la dir. D. Allans et S. Rials, (P.U.F., coll. Quadrige Dicos Poche, Paris, 2003).

Troper, M.: Champeils-Desplats, V. et Grzegorczyk, C.,: «*Théories des contraintes juridiques»* (L.G.D.J.-Bruylant, coll. La pensée juridique, Paris, 2005).

Virville (de), M.: *«Pour un Code du travail plus efficace»* (Rapport au ministère des affaires sociales du travail et de la solidarité, La Documentation française, 2004).

Evaluer le droit du travail: les paradoxes d'une idée

par Oronzo MAZZOTTA[246]

1. Le thème de la conférence est d'autant plus intéressant qu'il requiert une gymnastique mentale pour qui entend y réfléchir.

En affrontant de tels arguments, il convient d'éviter deux comportements extrêmes: d'une part, celui trop naïf, emprunt d'un conservatisme de manière, qui consisterait à s'opposer aux idées nouvelles et à ériger, comme l'a justement écrit Adalberto Perulli, des «barrières communicatives», et d'autre part, celui d'accueillir sans aucun sens critique le nouveau.

Atteindre une réelle conscience des termes du problème est sans doute déjà un bon résultat. Il s'agit d'un résultat que les travaux de la conférence et de la recherche, qui en constitue l'ossature, ont déjà poursuivi. Par conséquent, face à de si importants acquis, ce qui suit ne prétend pas à plus que de simples réflexions d'ordre méthodologique.

A toutes les recherches qui croisent divers savoirs et cultures se posent, de prime abord, des problèmes d'ordre linguistique, qui doivent être résolus afin de consentir un véritable dialogue.

Dans notre cas, l'expression «efficacité» au sens du droit du travail, est évoqué dans une acception bien différente de celle habituellement entendue par le juriste. Elle ne renferme pas la question des rapports de causalité et d'effet juridique, ni évoque la contraposition entre l'être et le devoir être. Il s'agit plus simplement de la possibilité que le système juridique – celui du droit du travail en l'espèce – puisse être l'objet d'évaluation.

L'opération d'«évaluation» du droit du travail présuppose l'existence d'une entité externe au droit du travail et à ses complexes équilibres, qui en soupèse les coûts et bénéfices.

Il est, en effet, inévitable qu'un jugement d'efficacité suppose qu'au droit du travail l'on assigne des objectifs et l'on en juge les résultats (v. sur ce point les intéressantes réflexions de Martelloni et Sachs).

Une telle évaluation est évidemment confiée à l'économie (aux économistes) et/ou à la statistique (aux statisticiens).

Dans ma profonde ignorance sur les thèmes économiques, je me représente l'opération évaluative comme se l'augure l'homme sans qualité de Musil. Ulrich espère que, dans les «choses de l'âme», s'affirme la même exactitude qui est utilisée lorsque sont affrontées les choses de la science: «on pensait, en ces temps. que peut-être on aurait pu vivre «exactement» ... On répétera que ceci est une utopie », se demandait Ulrich «Oui, bien sur » on répondait «Une utopie, c'est à peu près l'équivalent d'une possibilité; qu'une possibilité ne soit pas réalité signifie simplement que les circonstances dans lesquelles elle se trouve provisoirement impliquée l'en empêchent, car autrement, elle ne serait qu'une impossibilité; qu'on la détache maintenant de son contexte et qu'on la développe, elle devient une utopie».

[246] Professeur titulaire au département de droit privé U. Natoli (Italie).

Le paradoxe de Musil consiste dans le fait que, bien que l'adoption de système scientifique pour mesurer les sentiments soit une utopie, cette dernière est présentée de manière positive comme une simple variation quantitative de la réalité.

Au-delà des paradoxes, le minimum que l'on puisse faire est de noter que la complexité de l'opération consiste dans la nécessité d'identifier avec exactitude en quoi consiste l'objet de la mesure.

A cet égard, la question devient ardue lorsque l'objet en question est une norme. Dans notre cas, on prétend encore plus: que l'objet de la mesure soit un système juridique. On entend ainsi établir un certain lien entre un phénomène socio-économique et (non un, mais) une série de dispositifs juridiques.

L'opération de réduction du système juridique à des dispositifs suppose évidement une longue série de simplifications.

2. Le Droit est un phénomène dynamique qui vit à travers l'interprétation: l'interprétation n'est pas une donnée statique, acquise une fois pour toutes, mais – particulièrement en ce qui concerne des dispositifs qui contiennent des clauses générales ou des normes ouvertes – c'est une opération complexe. A travers elle, le législateur renvoie au juge, non seulement, le pouvoir d'adapter le dispositif abstrait au cas concret, mais aussi très souvent, celui d'accorder la norme à la réalité sociale; réalité qui se meut dans le temps et l'espace. Ce pouvoir d'adaptation peut, en substance, aller jusqu'à construire la norme concrètement applicable.

Sous cet angle, l'opération d'évaluation relative à un sous-système juridique, ce qui présuppose au moins, une réduction de la complexité, qui est à son tour, lorsqu'elle est dirigée vers une réalité dynamique, une simplification de l'articulation interprétative et une imposition implicite des limites au pouvoir du juge.

3. Le droit du travail vit aussi dans une dimension collective, qui est une variable de l'ordre juridique dans lequel se réalise la dimension de l'«effectivité».

Il est un secret pour personne que l'effectivité, est différente de l'efficacité. Elle peut être considérée – comme le ferait Kelsen – la conséquence d'un système juridique efficace, qui cesse avec la fin de l'efficacité de l'ordre, au point que l'on retient que le principe de légitimité se réduit au simple principe d'efficacité.

Le paradigme de l'effectivité, dans notre matière, renvoie, plus généralement, à la création et au respect des règles par les protagonistes du conflit industriel, c'est-à-dire à l'existence d'un ordre juridique (celui intersyndicale), basé et centré autour du principe de typicité, qui fonde le caractère juridique sur le plan des rapports sociaux.

Il est clair que chaque choix, qui se propose de soumettre à l'évaluation le système des relations industrielles, sous-entend aussi une compréhension implicite du pouvoir des syndicats.

L'affaire de l'abolition des systèmes de mise à jour automatique des salaires («scale mobili anomale») dans le droit italien apporte un important élément à notre discussion sur les rapports entre économie et droit du travail. En l'espèce, la Cour Constitutionnelle (v. la décision n. 124 du 1991) prit une position rigoureuse sur le pouvoir normatif des associations syndicales en matière de négociation des conditions de travail.

Elle rappela que la négociation collective «a été reconnue..., dans le secteur privé, puis dans le secteur public, la fonction de source de réglementation des modes d'application des garanties constitutionnelles du salaire minimum», en soulignant que la «stricte connexion de l'art. 36 avec l'art. 39, 1er alinéa, selon lequel les limites légales de

la liberté de choisir entre des systèmes barémiques des salaires et des négociations périodiques des adaptations aux variations du coût de la vie sont importants aussi dans le cadre de l'article 36».

Certainement, la Cour a pensé que «l'autonomie collective n'est pas sans limite légale. Le législateur peut établir des critères directifs, comme les principes d'uniformité du système d'indexation pour les différentes catégories et de limitation de ce dernier à une partie de la rétribution, ou lien de compatibilité avec les objectifs généraux de politique économique, identifiés dans le cadre des programmes et contrôles prévus par l'art. 41, alinéa 3 de la Constitution. Mais, entre les lignes directrices tracées par la loi, les partenaires sociaux doivent être libres de déterminer la mesure de l'indexation et des éléments de rétribution sur lesquels ils influent. Les restrictions légales de cette liberté, dans la forme des maximales prévues par la négociation collective, sont justifiables seulement dans des situations exceptionnelles, pour sauvegarder des intérêts supérieurs généraux, et donc avec un caractère transitoire, sans pour autant que la durée de la mesure doive nécessairement être prédéterminée sur l'indication d'un délai précis. La fin de l'urgence qui le légitime, la conservation de la mesure se pose en contraste non seulement avec l'art. 39 Const. ..., mais aussi avec l'art. 36, en vertu duquel la négociation collective, selon une interprétation constitutionnelle consolidée, est l'instrument de mise en application».

Ainsi, pour la Cour, il existe – bien que dans certaines limites – un pouvoir normatif des partenaires sociaux. Ce pouvoir ne peut pas être limité de manière absolue et indéterminée, mais seulement en fonction de situation conjoncturelles particulière.

Il en découle que chaque technique qui vise à mesurer l'efficacité du droit syndicale se prête à des prévarications furtives des sources autonomes de production des règles du travail.

4. La mesure d'un système normatif donné suppose encore, qu'il soit possible d'identifier un ratio unitaire qui restitue une image de ce système qui ne puisse être objet de discussion. Mais comment faire pour connoter de façon unitaire le système du droit du travail?

Le processus d'évaluation du droit du travail croise la question de la rationalité.

On sait que la norme de droit du travail renferme une idée de mise en équilibre d'intérêts opposés.

De telles normes ne sont pas orientées de manière univoque à la protection de la partie faible du rapport; mais très souvent elles constituent une réglementation de compromis entre les raisons de l'entreprise et celle du travail (emblématique est la norme sur les qualifications) ou, au moins, revêtent une multiplicité de fonctions.

Dans cette logique, le contrôle en termes d'efficience tendrait donc à se superposer à une mise en équilibre déjà préfiguré par le système juridique.

5. Si l'on s'intéresse de plus près à l'idée selon laquelle le droit du travail peut être objet d'une contemplation évaluative, on constate qu'elle n'est autre que le présupposé pour avaliser des opérations de démantèlement du système, à partir des nœuds fondamentaux: a) l'indérogabilité de la discipline, qui est à la base de la rigidité du contrat et b) la stabilité du rapport de travail.

Au sujet de la première, il serait trop facile de répliquer qu'une atténuation du caractère indérogable de la discipline signerait un retour à la liberté du contrat d'inspiration du XIXe siècle.

La seconde, relative à la stabilité, requiert un discours plus articulé. A son égard, un consensus existe, dès lors qu'il s'agit d'un principe non directement constitutionnalisé dans notre ordre juridique, sur le fait qu'elle pourrait être substituée par une protection de type économique, ou du moins, en prenant en compte les licenciements dans l'intérêt de l'entreprise.

En outre, aussi dans les propositions bien connues qui prétende se baser sur des formules mathématiques pour déterminer «le coût de la perte estimée» pour l'entrepreneur, on laisse pour le travailleur la possibilité de prouver le caractère discriminatoire de la rupture du contrat.

Cette interprétation crée un court-circuit évident du raisonnement. Il est bien connu en effet, que, jurisprudence à l'appui, le contrôle sur l'existence du motif de la rupture du contrat a fonctionné en termes d'effectivité, comme l'unique remède de la décision discriminatoire. En substance, l'expérience jurisprudentielle nous a enseigné que le contrôle des choix des entrepreneurs à travers le critère de la rationalité productive n'est autre que l'unique direction contre la discrimination et l'arbitraire. Le droit part de l'idée selon laquelle la poursuite de l'utile peut aussi passer par l'arbitraire: la faillite des politiques antidiscriminatoires le démontre.

Il en dérive que la réduction du contrôle sur la liberté de licencier, conduite seulement en fonction du coût économique escompterait nécessairement le «prix» de la discrimination.

6. L'idée selon laquelle le droit du travail peut être librement et impunément évalué selon les principes de la science économiques suppose une contraposition (de manière) entre une science économique aseptique, qui (s'impose ou) pose des limites à un droit du travail plein de valeurs.

En réalité, les termes effectifs de la contraposition se posent entre les valeurs de l'économie (efficience, compétition) et les valeurs que porte le travail (solidarité, justice distributive): le conflit est donc celui éternel entre efficience et solidarité, entre économie et Etat providence.

Il s'agit, à l'évidence, de choix politique qu'il ne me revient pas de contester en tant que tels.

Pour insinuer quelques doutes sur leur fondement, je rappelle une autre citation: «Nos marchands et nos patrons se lamentent beaucoup les effets négatifs des hauts salaires sur l'augmentation des prix de leurs produits et donc de la diminution des ventes sur le marché national et international, mais ils ne disent rien des effets négatifs des hauts profits. Ils taisent les effets pernicieux de leurs propres gains et se lamentent seulement des gains d'autrui».

L'auteur de ces lignes n'est pas un dangereux bolchévique, mais personne d'autre que le philosophe qui a inventé la science économique, Adam Smith, à qui l'on doit la «main invisible» du marché.

Ce grand économiste insinue des doutes sur la primauté de la science économique et sur l'irréprochabilité du comportement de l'homo oeconomicus et conduit à amplifier la conviction selon laquelle un ordre juridique bien huilé pose en son centre les règles et donc le Droit comme source d'ordre et de médiation sociale, là où l'analyse économique du droit invertie les termes de l'alternative en mettant au centre l'économie.

Quelle conclusion sinon celle-ci: le Droit – et en particulier le droit du travail – a depuis longtemps acquis la conscience du caractère non neutre des propos énoncés.

L’économie et la statistique ont-elles acquise la même conscience?

Comme l’ont amplement démontré les travaux de la conférence, il me semble que certaines raisons permettent d’en douter.

L'efficacité du droit du travail et l'autonomie privée collective*

par Roberto Pessi[247]

1. Efficacité axiologique, pratique, économique du droit du travail

Notre système est désormais caractérisé par une succession continuelle et toujours plus accrue de réformes de tous les ordres régulateurs. L'objectif de ces interventions est systématiquement de gagner en efficience, entendue comme cohérence entre les finalités de la régulation et son efficacité pratique. Cependant, il n'est pas toujours possible de s'accorder sur le présupposé axiologique de l'action réformatrice.

Pour en rester aux exemples, il y a convergence là où l'efficience concurrentielle a pour objectif la défense des consommateurs oppressés par la dictature des oligopoles; de même, les divergences se limitent à l'efficacité pratique lorsqu'on intervient sur le processus civil, de valeur et de légitimité, pour en récupérer des temps raisonnables de durée. Il en va déjà différemment pour les réformes en matière de faillites, venant perturber un équilibre des intérêts qui semble préférer les raisons de l'économie à celles des créanciers.

Toutefois, en aucun autre domaine du droit, la succession accélérée de réformes et de contre-réformes n'a alimenté autant d'oppositions et de conflits que dans le Droit du travail. Les raisons sont probablement à chercher, comme il a été nettement souligné, dans la superposition au principe classique de l'efficacité pratique, destiné à la vérification de la cohérence de l'ordre régulateur à l'efficacité axiologique, identifiée dans la défense de l'employé subordonné, d'un paramètre valutatif différent, rapporté à l'efficacité économique, qui semble correspondre aussi à une relecture du juste équilibre des valeurs constitutionnelles concernées par le phénomène travail[248].

---

* Ce travail reproduit la communication faite au Congrès international d'Etudes de Venise, «Valutare il Diritto del lavoro» («Evaluer le droit du travail») organisé par le Département de Sciences Juridiques de l'Université Cà Foscari de Venise (en collaboration avec l'Université de Paris X-Nanterre, l'IIPEC et l'ILO) le 26-27 septembre 2008; ainsi que l'intervention, en partie modifiée, au séminaire «Francesco Santoro Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo» («Francesco Santoro Passarelli et l'autonomie collective. Avant et après»), organisé le 26 mai 2008 par le Département de Sciences Juridiques de l'Université La Sapienza de Rome. Dans cette étude, je renvoie à l'introduction écrite par Severino Caprioli «Interpretazione di Francesco Santoro Passarelli» («Interprétations de Francesco Santoro Passarelli») au moyen de citations, les actes étant en cours de publication.

[247] Doyen de la Faculté de droit de l'Université Luiss Guido Carli (Italie).

[248] A. PERULLI, *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, in A. LYON-CAEN – A. PERULLI, *Efficacia e diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2008, 9 ss., qui, avec son mordant habituel, en déclinant le concept d'efficacité du droit du travail, réalise un travail préliminaire de clarification sémantique, dans les limites desquelles il rappelle le passage de l'acception d'une notion, propre aux théories «juspositivistes» (*giuspositivistiche*) du modèle normatif, qui réside dans le devoir être normativo-idéal, à une notion dans laquelle «l'efficacité désigne l'aptitude de la règle à rejoindre le but normatif achevé» («*l'efficacia designa l'attitudine della regola a raggiungere lo scopo normativo contemplato»)* ainsi qu'encore à une notion ultérieure pour laquelle le paramètre d'appréciation est rapporté aux «effets purement économiques de la règlementation» *(«effetti puramente economici della regolamentazione»).*

Que cela ait eu lieu principalement pour notre question est, du reste, presque naturel, comme le met en évidence une doctrine attentive aux pressions dialectiques induites par les variables économiques[249]. Par ailleurs, ces pressions se trouvent accentuées par le déclin de la souveraineté nationale, ce que suggère l'image de la «démocratie inachevée» («*democrazia dimidiata*»)[250] et par l'affirmation de la *lex mercatoria*[251], dont les règles uniformes emportent tout apparat protecteur indexé à la citoyenneté, et encore en vertu de la dématérialisation et de la délocalisation des processus productifs[252].

En vérité, les tensions sur notre Droit du travail sont aussi (ou peut-être exclusivement) induites par le fait que la règlementation est presque intégralement soustraite à l'autonomie privée, là où l'inéluctabilité de la régulation est accentuée par la constitutionnalisation de la *tassatività* («détermination suffisante») du type, combinée à l'incorporation dans le statut protectif de la subordination[253].

---

[249] R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, in P. ICHINO (dir.), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, 311-312, qui souligne qu'«un recours si envahissant de l'économie n'est pas, par ailleurs, privé de problématicité» (*«un ricorso così invasivo dell'economia non è, peraltro, privo di problematicità»).* A ce sujet, cependant, DEL PUNTA retient que ce caractère problématique est relatif au «type d'économie à laquelle on se réfère». Ces complexités sont mises en avant à propos de l'«économie néo-classique» dont s'inspire «certainement» P. ICHINO (*Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 2004; *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, ADL, 2006, 454; mais aussi A. ICHINO – P. ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, Ridl, 1994, I, 454), qui l'utilise constamment pour vérifier l'efficience économique de l'instrumentation régulatrice. Différemment faut-il remarquer selon qu'on prenne pour référence une science économique déclinée au «pluriel» (DEL PUNTA dans son essai *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, 2001, 3 ss; ainsi que M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie, valori e tecniche del diritto del lavoro*, Padova, 2006, 113; R. PESSI, *Economia e diritto del lavoro*, ADL, 2006, 433; U. ROMAGNOLI, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, LD, 2005, 527, où cette perspective offre «des occasions ultérieures de dialogue, et peut-être aussi de complémentarité, entre droit du travail et économie» («*ulteriori occasioni di dialogo, e forse anche di complementarietà, fra diritto del lavoro e economia*»)

[250] Je rapporte ici l'expression incisive de NORBERTO BOBBIO, qui souligne comment cet effet est produit par la circonstance que les grandes décisions sont prises non pas par les pouvoirs publics, mais par des pouvoirs privés, lesquels sont le plus souvent des pouvoirs transnationaux. N. BOBBIO, *La regola della maggioranza: limiti e aporie*, in N. BOBBIO, C. OFFE, S. LOMBARDINI, *Democrazia, maggioranza e minoranza*, Bologna, 1981, 63.

[251] F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2003; Id., *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Note di analisi economica del diritto dei contratti internazionali*, in *Sociologia del diritto*, 2005, 249 ss.

[252] F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Il Mulino, Bologna, 2007, 223-224, «*Il rapporto fra Stato e mercato si è invertito: è il mercato la fonte che giudica i titoli del debito pubblico emesso dagli Stati e condiziona la politica finanziaria di questi ultimi». Dans un monde toujours plus économique le déclin de la puissance des Etats «porta con sé fatalmente il declino della democrazia politica»; «il principio di maggioranza, a cui Locke e Rousseau avevano assegnato la funzione di far coincidere governati e governanti, può essere conservato, forse, solo «come regola interna» delle province della società globale*».

[253] E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto*, RLRI, 2006, n. 109, 1 ss., qui 21, qui observe que «*in virtù della dimensione assiologica che la colloca al centro del sistema garantista, la subordinazione-situazione prevale sulla subordinazione-obbligazione*»; et cette prédomination «*importa che il giudizio sulla qualificazione del rapporto sia fortemente condizionato dall'esigenza di garantire l'applicazione dello statuto protettivo del lavoratore come persona e come contraente debole*».

D'autre part, ce n'est pas fortuitement que le Droit communautaire réagit à l'effectivité croissante de la *lex mercatoria* par un usage accru de la *soft law*[254]; et il n'est pas non plus fortuit que des doctrines, même plutôt attentives au juste équilibre des valeurs, craignent le conflit potentiel de cette méthode de régulation avec la rationalité axiologique des règlementations nationales, jusqu'à entrevoir la possibilité que la méthode puisse conduire «sur le plan intérieur à une destruction de l'appareil de garantie et sur le plan supranational à une dilution progressive des droits sociaux» («sul piano interno ad una destrutturazione dell'apparato garantista e sul piano sopranazionale ad una progressiva diluizione dei diritti sociali»)[255].

A première vue, il peut apparaître singulier que les tensions qui traversent le Droit du travail, et qui investissent son être et son devoir être, ne touchent guère, si non seulement de manière marginale, l'ordre régulateur produit par l'autonomie collective, y compris dans sa projection concertative; au point que les réflexions se limitent à évaluer la nécessité d'opérations de manutention autoréformatrices, ou l'opportunité d'interventions d'efficience régulative de la concurrence représentative.

La réalité est que, de la Libération au siècle nouveau, l'autonomie collective a démontré pouvoir représenter une technique régulative capable de produire la synthèse vertueuse d'intérêts opposés, non seulement dans les termes évolutifs de la rationalité axiologique du Droit du travail, mais aussi dans l'ensemble des équilibres des valeurs constitutionnelles, conjuguant dans son efficacité pratique la défense de la personne et la réalité de l'entreprise (sources d'emploi et de bien-être social).

Mais cette singularité s'explique par la circonstance que «dans le vide législatif laissé par l'inactualisation de l'art. 39 Const.» («nel vuoto legislativo lasciato dalla inattuazione dell'art. 39 Cost.»), Francesco Santoro Passatelli avait créé l'institution du contrat collectif de «droit commun», fondé «sur la notion d'autonomie (privée) collective»[256]. Aujourd'hui, cette doctrine, à soixante ans de l'entrée en vigueur de la Charte constitutionnelle, et grâce aux précisions et aux ajustements de son Ecole, a fait que le même législateur considère «la négociation collective comme l'instrument le plus idoine pour la poursuite d'un meilleur équilibre des intérêts contraires qui caractérisent la production» («la contrattazione collettiva come lo strumento più idoneo per il perseguimento del miglior bilanciamento degli interessi contrapposti che caratterizzano la produzione»)[257].

---

[254] A. PERULLI, *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, cit., 34, parle d'«économisation» (*economicizzazione*) du droit du travail à l'intérieur du système juridique communautaire lorsque le droit social «se trouve structuré, enraciné et encastré au sein d'une logique mercantile» («*si trova strutturato, radicato e incastrato entro una logica mercantile*»).

[255] A. PERULLI, *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, cit., 28-29, qui craint que le vocable soft de la science politique appliqué au droit puisse être fonctionnel à «l'instrumentalisation des politiques sociales» et, ainsi, «au profit des objectifs structurels de réduction des charges publiques, d'austérité salariale et de flexibilité du marché du travail» («*a profitto di obiettivi strutturali di riduzione della spesa pubblica, di austerità salariale e di flessibilità del mercato del lavoro*»).

[256] P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla Liberazione alla legge sui licenziamenti*, in ID. (dir.), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione al nuovo secolo*, cit., qui 21.

[257] M. PERSIANI, *Ancora sull'autonomia privata collettiva*, ADL, 2008, qui 763, qui montre encore que l'action syndicale est désormais caractérisée «non plus seulement par la prédominance de l'autonomie collective sur celle individuelle, mais encore de là, en raison de la fonction que le système lui assigne, qu'elle a fini par constituer une composante de note système juridique» («*non più soltanto dalla prevalenza dell'autonomia collettiva su quella individuale, ma da ciò che, a ragione della funzione che l'ordinamento le assegna, ha finito per costituire una componente del nostro sistema giuridico*»).

2. Efficacité d'une théorie: l'autonomie privée collective

Il est intéressant de noter, comme il résulte de la reconstruction attentive du développement de la doctrine de Francesco Santoro Passarelli, que «l'explication privatiste» de l'efficacité *ultra partes* du contrat collectif a déjà été proposée en 1934[258], bien que son auteur lui-même retenait qu'elle ne pouvait peut-être pas être rapportée à l'organisation syndicale de l'ordre corporatif[259], comme preuve d'une pensée forte et fondatrice, inspirée d'«une grande foi, partagée avec l'organisation, en la liberté de l'homme, avec tous les inconvéninents, avec tous les prix qu'il faut payer pour la liberté» («*una grande fede condivisa con l'ordinamento, nella libertà dell'uomo, con tutti gli inconvenienti, con tutti i prezzi che si devono pagare per la libertà*»)[260].

C'est justement ce rappel constant à la liberté, présent dans toute son Ecole[261], qui explique comment la reconduite de l'autonomie collective à l'autonomie privée ait lieu à travers la théorie du mandat, en raison duquel l'association syndicale est légitime à stipuler un contrat collectif de droit commun en représentation des travailleurs; mandat qui, selon l'affinement successif de son élève (auquel on doit aussi une première contribution significative dans la détermination de l'efficacité normative du contrat collectif) se concrétisait dans l'adhésion du travailleur au syndicat signataire[262].

Il ne manque pas, toutefois, dans une pensée aussi solide, la perception de l'évolution constante du système. Dans cette perspective, la science juridique est conçue comme un travail de «construction de concepts et de catégories pour une interprétation exhaustive du système» («*costruzione di concetti e di categorie per un'esaustiva interpretazione dell'ordinamento*»), rendu toujours plus complexe entre autres par la «superposition d'un

[258] S. CAPRIOLI, «*Interpretazione di Francesco Santoro-Passarelli*», p. 1 du dactylographié, se référant aux leçons tenues à Padoue en 1934 à la Faculté de Sciences Politiques («Corso di coltura per funzionari sindacali»), puis recueillies dans le volume «Legislazione del lavoro. Lezioni raccolte dal dott. G. Benettin», Padova, 1936.

[259] Così F. SANTORO-PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti fra i sindacati e lo Stato*, 1956, in ID., *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 5, 143.

[260] F. SANTORO-PASSARELLI, *Senso di un insegnamento*, RDL, 1972, 421, et encore dans ID., *Libertà e autorità del diritto civile*, Padova, 1977, 1, avec la mise au point ultérieure que le travail de juriste est la reconstruction du système, inspirée de certaines valeurs, «des valeurs, cependant, à l'unisson avec le système, et non des valeurs personnelles, parce que le juriste ne peut (…) imposer son échelle de valeurs si elle ne coïncide pas avec celle acceptée par le système» («*valori, però, sentiti all'unisono con l'ordinamento, non valori sentiti personalmente, perché il giurista non può (…) imporre una sua scala di valori, se non coincide con quella accettata dall'ordinamento*»).

[261] M. DELL'OLIO, *Francesco Santoro-Passarelli e il diritto del lavoro*, ADL, 1997, n. 4, 18 ss., qui rappelle que «le principe unitaire du droit du travail» («*il principio unitario del diritto del lavoro*») est son «recours dans un but unique, la sauvegarde de la liberté, voire même de la personnalité du travailleur» *(«in un unico fine, la salvezza della libertà, anzi della stessa personalità del lavoratore»).*

[262] C'est la thèse de A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, 545. L'adhésion de F. Santoro Passarelli est prouvée par la comparaison entre la 17° et la 18° édition des «*Nozioni di diritto del lavoro*», Napoli, respectivement en 1965 et 1966. La récente reproposition de la thèse de la part de l'auteur (*Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro: uno sguardo al passato e qualche considerazione sul presente*, in *Diritto e libertà*, *Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, 230 ss., nonché in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 61) a déterminé une réplique affectueuse mais ferme de M. PERSIANI, *Ancora sull'autonomia privata collettiva*, ADL, 2008, 759.

système matériel à celui formel» («*sovrapposizione di un ordinamento materiale a quello formale*»)[263].

A ce travail succède la réflexion synthétique de 1975: «nos syndicats, précisément par manque d'une discipline efficace, ont pu développé leur action d'institut, c'est-à-dire la défense des intérêts professionnels, mais aussi étendre leur action, et de manière progressive, ils continuent à l'étendre, en participant à la réalisation des intérêts de toute la collectivité» («*i nostri sindacati proprio per la mancanza di una disciplina specifica, hanno potuto svolgere la loro azione di istituto, cioè la tutela di interessi professionali, ma anche estendere la loro azione, e in maniera progressiva continuano ad estenderla, partecipando alla realizzazione degli interessi di tutta la collettività*») parce que la poursuite de ces derniers condtionne «la poursuite et la satisfaction des intérêts professionnels» («*il perseguimento e la soddisfazione degli interessi professionali*»)[264].

De sa pensée se fait aujourd'hui l'écho le travail de Mattia Persiani qui conclut, la rendant autosuffisante, l'ensemble de la construction de l'autonomie privée collective[265]; celle-ci est ainsi qualifiée de privée collective, parce que c'est là l'expression d'un pouvoir originaire conféré dans le milieu du droit commun à des groupes sociaux spécifiques pour la satisfaction d'un intérêt collectif, qui est toujours un intérêt privé, parce qu'il ne se réfère pas à une collectivité institutionnelle (comme l'intérêt publique général pour la société civile qui insiste sur l'organisation globale), mais à une collectivité d'intérêts constitués sur des bases volontaires (au moyen de l'affiliation à l'association singulière dans un régime de pluralisme d'organisation)[266].

Ce pouvoir originaire du sujet syndical ne peut être confondu avec les pouvoirs dont est titulaire chaque inscrit, en tant qu'ils leur sont attribués pour la satisfaction de leurs intérêts, et par conséquent comptables à l'autonomie privée individuelle. Pour ces motifs, l'inscription au syndicat, si elle a pour but de définir le milieu de l'application subjective du contrat collectif de droit commun, ne revêt, en revanche, aucune importance quand elle

[263] F. SANTORO PASSARELLI, *Quid ius?*, in *Sodalitas*, Napoli, 1982, in *Ordinamento e diritto civile, Ultimi saggi*, Napoli, 1988, 25.

[264] F. SANTORO PASSARELLI, *Relazione al colloquio Italo-Polacco su «Problemi giuridici dell'impresa»*, 24-25 novembre 1975, Roma, in Accademia dei Lincei, Atti, XXII, Roma, 1976, 19, et in ID., *Libertà e autonomia nel diritto civile*, cit., 263.

[265] M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972, 92 ss; ce travail explique aussi la parenthèse dans l'essai de P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla Liberazione ai licenziamenti*, cit., dont on rend indirectement compte à la note 56, se référant au complément à la théorie de l'autonomie collective de M. PERSIANI (ainsi que les apports de R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale e efficacia del contratto collettivo*, RDL, 1971, 140), et à la pensée de C. ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana* (in *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova, 1954 et in *Rapporti tra Stato e sindacati*. Relazioni e discussioni, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 1956, 37-45) qui identifiait les fondements de l'autonomie collective dans l'art. 39 de la Constitution.

[266] Dans sa relecture de la doctrine de la période, R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., 109, signale, par ailleurs, que «la monographie fondamentale de Mattia Persiani de 1972, et l'essai, le précédant de peu, de Renato Scognamiglio» («*la fondamentale monografia di Mattia Persiani del 1972, e il saggio, di poco precedente, di Renato Scognamiglio*») furent perçus en «disconitnuité avec les positions traditionnelles» de P. ICHINO, *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali e nell'ordinamento sindacale*, RGL, 1975, I, 457 ss.

doit identifier les pouvoirs dans l'exercice desquels le contrat collectif est stipulé et en expliquer l'attribution relative[267].

Grâce à cette reconstruction théorique, qui insère le contrat collectif parmi les contrats nominaux (en raison de ce que prévoit l'art. 39 Const.) et qui dote le contrat collectif d'une «force» nominative que ne connaissent pas les actes d'autonomie privée individuelle (lequel, en raison de cette connotation, contient ainsi, comme la loi, des propositions hypothétiques), l'autonomie privée collective parvient à obtenir du système, de diverses manières, la reconnaissance substantielle de représentation générale des travailleurs et des donneurs de travail dans les milieux négociataires de référence, et cela aussi au moyen de la prise comme présupposé légitimant de la représentativité majeure, d'abord historiquement présumée puis comparativement établie[268].

Par ailleurs, significativement, tous les auteurs qui se sont confrontés au problème de l'efficacité subjective du contrat collectif, «à la recherche de la quadrature du cercle dans l'origine privatiste» («*alla ricerca di una quadratura del cerchio tra l'origine privatistica*»), et de sa réalisation comme «source, aux limites atypiques, du droit du travail», n'ont jamais coupé «le cordon avec la conception privatiste du contrat collectif de droit commun» («*il cordone con la concezione privatistica del contratto collettivo di diritto comune*»), s'enracinant fondamentalement dans la théorie de Francesco Santoro Passarelli, opérée par Mattia Persiani, c'est à dire la «reconnaissance de la part de l'institution, *in primis* constitutionnelle, des autonomies sociales différentes de celles individuelles» («*riconoscimento da parte dell'ordinamento, in primis costituzionale, di autonomie sociali diverse da quelle individuali*»)[269].

---

[267] R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, cit., en particulier 110: «*in definitiva, in un raffinato recupero della concezione istituzionale, per PERSIANI, l'«autorità» dei gruppi in tanto è rilevante (e prevale sull'autonomia individuale), in quanto corrisponde alle «valutazioni» accolte dall'ordinamento statuale*».

[268] C'est justement cette constatation qui amène la doctrine, à la fin des années '70, à l'hypothèse d'une possible qualification du contrat collectif comme fondement du système, conditionnée par l'extension (de fait, en pratique, ou même proportionnelle) du milieu de l'efficacité du résultat (et donc, du pouvoir) de la négociation envers les non inscrits, voir, en particulier, G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamiche contrattuali di tutela*, Padova, 1980 (mais aussi G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Napoli, 1984; ID., *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, 1985), l'opération est réalisée dans un contexte culturel apte à conjuguer «une solide position de reconstruction du phénomène syndical civilistique» («*una solida impostazione civilistica di ricostruzione del fenomeno sindacale*») à l'exigence de «seconder la tendance de l'association syndicale à préfigurer une règlementation de caractère obligeante ou tendanciellement générale» («*assecondare la tendenza dell'associazione sindacale a prefigurare una disciplina di carattere vincolistico e tendenzialmente generale*»), G. FERRARO, *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., 185, se référant essentiellement à la monographie de M. DELL'OLIO – G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980.

[269] R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, cit., 387-390, se référant, entre autres, à M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, DLRI, 1998, 665 ss.; G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, 1994; A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, 1996; F. LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Torino, 1999; L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997; M. P. MONACO, *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo*, Milano, 2003; A. BOLLANI, *Contratto collettivo e interpretazione*, Padova, 2004; P. BELLOCCHI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in F. CARINCI (dir.), *Il lavoro subordinato, Trattato di Diritto privato*, dirigé par M. BESSONE, Vol. XXIV, Tomo I°, 2007, 261.

Il en est sorti un résultat qui est tout à fait le produit normatif de l'autonomie privée collective originale sur le plan de l'efficacité, parce qu'elle concrétise l'hypothèse prévalant dans cette question, selon laquelle le droit exprime une «capacité à s'autoréguler de manière réfléchie et à se délimiter selon la morale, la politique et l'économie» («*capacità di autoregolarsi in maniera riflessiva e di delimitarsi nei confronti della morale, della politica e dell'economi*a»)[270]. Le contrat collectif, même de droit commun, finit, effectivement, par produire aussi ses effets sur les travailleurs dépendant des donneurs de travail qui n'ont pas adhéré aux syndicats signataires, projetant sur la totalité de la collectivité civile le meilleur équilibre possible des intérêts contraires qui caractérisent la production[271].

3. Autosuffisance régulatrice et efficacité du système des rapports collectifs

Je reste personnellement convaincu que l'opération théorique de Gino Giugni au début des années '60 aurait été impossible sans la matière constructive fournie par Francesco Santoro Passarelli. Dans cette perspective, j'ai toujours considéré que l'interrogation continuité-discontinuité a toujours été posée seulement pour souligner quelque prise de distance avec la «vieille dogmatique juridique». Certes, sans cette dogmatique, opportunément revisitée, il aurait été assez difficile de réaliser une opération de «réalisme juridique», là où l'étude «du système effectif des rapports syndicaux» résultait possible seulement parce que cette effectivité était rendue par l'actionnabilité juridique de l'inscrit à l'association syndicale signataire.

Ainsi, dans ma lecture, la contiguïté entre les deux théories est indiscutable; le «système à part, capable de se contrôler seul, de se donner des règles et des procédures juridictionnelles» (selon la théorie de la pluralité des systèmes juridiques de Santi Romano), offre une méthode de lecture du système des rapports collectifs indispensable pour en comprendre les logiques internes.

[270] A. PERULLI, *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, cit., 22, qui montre que la capacité d'un système à s'autoréguler de manière réflexive tient à "l'efficacité comme valeur conditionnée", qu'"explique l'équilibre des intérêts en conflit".

[271] M. PERSIANI, *Ancora sull'autonomia privata collettiva*, cit., 761, qui souligne que le contrat collectif finit par exercer aussi son efficacité envers les donneurs de travail eux-mêmes non adhérents au syndicat signataire, tant indirectement (en se référant pour exemplification à la jurisprudence art. 36 Const.), que directement, en raison des questions réglées (comme c'est le cas pour les contrats collectifs gestionnaires). C'est ici, du reste, que naît alors l'intense débat sur le contrat collectif comme source (source acte, source fait) au sujet duquel on peut citer pour tous M. RUSCIANO (dont la production intense m'oblige, pour des raisons de synthèse, à me limiter à rappeler ici *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, dans la seconde édition de 2003, UTET, Torino), ainsi que, défendant la thèse niant cette proposition (et aussi, bien que de manière plus ouverte, pour l'emploi public privatisé), encore M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, ADL, 2004, 1.

Cela met aussitôt en évidence l'exigence de dialogue entre les organisations, qui permet à ce droit spontanément produit en termes d'autorégulation de jouir «de formes de rapport organique capables de faire affluer» le résultat normatif (et sa défendabilité judiciaire) du système sous-ordonné à celuisurordonné, sans que n'en dérivent des inhibitions à son autonomie originaire[272].

Du reste, il paraissait clair à Francesco Santoro Passarelli que l'action du syndicat est «historiquement et institutionnellement» à la fois «une action de lutte» et «une action pacifique». La dynamique des rapports collectifs est ainsi caractérisée par la circonstance que «à un certain moment, l'activité productive de l'entreprise peut être interrompue par une action collective des travailleurs visant à obtenir de meilleures conditions de travail et surtout un salaire suffisant» *(«ad un certo momento, l'attività produttiva dell'azienda può essere interrotta da un'azione collettiva dei lavoratori tendente a far ottenere ai medesimi condizioni di lavoro migliori e soprattutto un salario sufficiente*»). Alors, «le conflit est légitime» à condition qu'il soit fonctionnel à son règlement «à l'oeuvre des propres parties contractantes»[273].

La position de Gino Giugni, bien que d'un autre point de vue, le rejoint: «dans le système intersyndical la menace de grève constitue (…) avant tout le moteur de la création contractuelle du nouveau droit» («*nell'ordinamento intersindacale la minaccia di sciopero costituisce (…) soprattutto il motore della creazione contrattuale di nuovo diritto»);* mais celle-ci peut assurer cette fonction «seulement dans la mesure où le système qu'elle contribue a créer et à faire fonctionner donne de la valeur à la clause de trêve» («*solo in quanto l'ordinamento che esso contribuisce a creare e a far funzionare attribuisca valore alla clausola di tregua*»)[274].

Il est clair, alors, que la prise de position ferme de Francesco Santoro Passarelli en 1971 en faveur de la clause de trêve n'était pas la réaction émotive d'un juriste voyant l'ordre régulateur s'effriter, mais bien la défense lucide de la rationalité et de l'efficacité du

[272] P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla Liberazione alla legge sui licenziamenti*, cit., 49, se référant à la célèbre monographie de G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960. Dans la reconstruction il y avait aussi toute la question «de la disponibilité ou non en lieu collectif du droit de grève» («*della disponibilità o no in sede collettiva del diritto di sciopero*») en relation, en particulier, avec la validité des clauses de trêve, dans la mesure des négociations dignes de défense selon les principes généraux de l'organisation étatique (L. MENGONI, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, RDL, 1949, I, 246-259; G. PERA, *Lo sciopero civilmente illecito a seguito della sua regolamentazione nel contatto collettivo di lavoro*, *Foro It.*, 1955, I, 1; ID., *Problemi costituzionali nel diritto sindacale italiano*,, Milano, 1960; V. SIMI, *Il diritto di sciopero*; Milano, 1956), ou à leur nullité (P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, RGL, 1952, I, 223-244; C. SMURAGLIA, *In tema di Accordi interconfederali per la disciplina dei licenziamenti nell'industria*, RGL, 1956, II, 73). C'était déjà dans un conteste dans lequel apparaissait la problématique de la rapportabilité de l'obligation (aux organisations signataires ou aux travailleurs y adhérant), en raison de la distinction entre «partie normative» et «partie obligatoire» du contrat collectif (G. GHEZZI, *Il dovere di pace sindacale*, *Riv. Trim. Dir, Proc. Civ.*, 1961, 457 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Milano, 1963).

[273] F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti fra i sindacati e lo Stato*, 1956, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 5, 143. Voir aussi F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva e libertà sindacale*, Ridl, 1985, I, 137, et in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, cit., 266.

[274] «Verrebbe meno, altrimenti, la sola moneta di scambio di cui la coalizione dei lavoratori dispone», P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla Liberazione alla legge sui licenziamenti*, cit., 51, qui se réfère à la monographie de G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, cit., en particulier 132-139, la note 128.

système des rapports collectifs, et ainsi, finalement, la matrice originaire toute entière rapportable à l'aire du Droit privé[275].

Certes, la reconstruction en termes privatistes de l'organisation du droit syndical, devait compter non seulement avec la contestation du fondement civiliste du contrat collectif, «alimentée par la théorie de la conflictualité permanente»[276], mais encore avec le présupposé que la conclusion de l'accord collectif «ne garantissait plus un arrangement durable du conflit d'intérêts en question» *(«non garantiva più una durevole composizione del sottostante conflitto di interessi»)*, lequel, au contraire, «pouvait renaître à tout moment», suite à la «légitimité d'une reprise revendicative de la part syndicale et d'une réouverture des pourparlers, y compris à peu de distance de la conclusion des négociations»[277].

Ce fut une période longue ou brève si l'on regarde la dimension historique du phénomène. Elle eut le démérite de soumettre, même seulement temporairement, la rationalité axiologique intrinsèque de l'autonomie privée collective à la prédomination du paramètre de l'efficience économique. En effet, la déviation de l'être et devoir être du Droit privé (c'est à dire de l'obligation de respecter les accords conclus) au moyen de l'accréditation de la thèse du «salaire variable indépendant» a coûté, en vertu de la réaction du marché (manquant totalement de confiance en la persistance dans le temps des équilibres d'intérêts contraires trouvés par la voie des négociations), plus de cinq millions de postes de travail et des souffrances pour l'ensemble de la société civile.

Il fallu attendre le protocole du 23 juillet 1993 (désigné protocole Ciampi, alors Président du Conseil ou protocole Giugni, alors Ministre du travail) qui reformule, à travers une redéfinition des règles (de leur persistance dans le temps et de la sanctionnabilité des manquements), les conditions pour conjuguer les raisons de l'emploi avec celles de l'économie[278].

Par ailleurs, dans les années difficiles, lorsqu'il semblait impossible de déplacer sur le plan collectif une règle propre au contrat de droit commun (que le juspositivisme retient préexistant à la rencontre même de la négociation juridique avec la règlementation), celle inspirée du principe *pacta servanda sunt* (obligeant les deux contractants), Gino Giugni

---

[275] F. SANTORO PASSARELLI, *Pax, pactum, pacta servanda sunt. (A proposito delle cosiddette clausole di tregua sindacale)*, MGL, 1971, 374, et in *Libertà e autorità del diritto civile*, cit., 315. Pour une vision générale, voir F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in F. CARINCI, *Il lavoro subordinato. Il diritto sindacale*, in *Trattato di diritto privato*, dirigé par M. BESSONE, Vol. XXIV, Tomo I, cit., XIII e ss..

[276] R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni 70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, cit., 107, qui rappelle comme le "manifeste" de la reconstruction privatiste peut se prévaloir de l'essai de F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, *Riv. It. Sc. Giur.*, 1949, 138; mais il se réfère aussi à P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Jus*, et in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, 190.

[277] R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni 70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, cit., 111, qui cite parmi les contributions de l'époque (qui soutenaient les hypothèses reconstructives rappellées dans le texte) G. GHEZZI, *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1968, 32; ID., *Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto sindacale*, Ibidem, 1970, 406; F. MANCINI, *Potere sindacale e ordinamento giuridico*, De Donato, 1973.

[278] Pour le sens de ce protocole dans l'évaluation à chaud d'un protagoniste, G. GIUGNI, *Fondata sul lavoro?*, Ediesse, 1994; pour une réflexion successive, G. GIUGNI, *La memoria di un riformista* (a cura di A. Ricciardi), Il Mulino, 2007.

était bien conscient qu'il fallait défendre (comme la ligne de Piave) la position civiliste du contrat collectif[279].

Le protocole de '93, ainsi, refixera le droit, retournant à la théorie de Francesco Santoro Passarelli et de Mattia Persiani. Outre la remise en vigueur substantielle du modèle de négociation articulée de '62, opportunément révisée et remise à jour, le protocole représente, étant donnée la contingence particulière, «un moment de haute convergence» de l'exécutif et des parties sociales «sur l'exigence commune de ramener le système économique sous contrôle, en ébauchant une logique mûre de gouvernement» («*sull'esigenza comune di riportare sotto controllo il sistema economico, abbozzandone una matura logica di governo*»)[280].

Même si la méthode concertative, dont le protocole représente la réalisation la plus complète, ne parvient pas à se fixer sous le profil institutionnel, avec des conditions alternatives[281] le passage relance, en la renforçant, la légitimation politique des trois grandes Confédérations historiques, concluant un processus qui, si l'on peut dire, avait commencé, plus qu'avec la législation promotionnelle des années '70, avec l'arrêt n. 290 du 27 décembre 1974, «par lequel la Cour Constitutionnelle démantela la norme pénale incriminatrice de la grève politique, c'est à dire de la grève destinée à influencer les décisions gouvernementales et parlementaires» («*con cui la Corte Costituzionale smantellò la norma penale incriminatrice dello sciopero politico, cioè a dire dello sciopero diretto ad influenzare le decisioni governative e parlamentari*»)[282].

Si l'on conjugue l'intervention qui ouvrait à une démocratie politique, centrée également sur la représentation professionnelle et sur le conflit collectif pour les droits de citoyenneté, avec l'issue des processus de concertation dans le gouvernement du système

[279] G. GIUGNI, *L'autunno caldo sindacale*, Il Mulino, 1970, 24 e 36 ss., qui, avec sa constante attitude médiatrice, soutient que le contrat collectif, «même s'il ne garantit plus les entreprises de conflits futurs» («*anche se non garantisce più le aziende dai conflitti futuri*»), sert à résoudre le conflit en acte et, ainsi, «demeure un contrat en bonne et due forme, comme il demeure aussi l'institution intersyndicale fondée sur la contractualité» («*resta un contratto con tutti i crismi, così come intatto resta l'ordinamento intersindacale che sulla contrattualità si fond*a»).

[280] R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, cit., 254, qui rappelle que le protocole trouvait sa justification avant tout dans la «nécessité d'enrayer l'inflation et de rendre des comptes publiques présentables, afin de satisfaire les paramètres nécessaires à monter dans le train, désormais lancé, de l'unification européenne» *(«necessità di debellare l'inflazione e rendere presentabili i conti pubblici, così da soddisfare i parametri necessari a salire sul treno, ormai partito, dell'unificazione europea»*).

[281] A ce sujet, F. CARINCI, *Riparlando di concertazione*, ADL, 2005, 491 qualifie la méthode concertative d'«une pratique de Gouvernement, liée à la conjoncture économique et politico-syndicale» («*una prassi di Governo, legata alla congiuntura economica e politico-sindacale*»), qui souvant dégrade à une technique de fluidification des réformes à plus grand impact social et/ou à un moyen de recherche du consensus légitimant les interventions les plus modificatrices de l'ordre régulateur du droit du travail et de la prédominance sociale, voir aussi M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, in F. GALGANO (dir.), *Trattato di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006, 251 ss.

[282] R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni 70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, cit., 105. La difficulté des Confédérations historiques (dans le moment actuel) de conserver intacte leur légitimation politique est conséquente de la crise du représenté comme cause du déclin du représentant; il devient en effet difficile, pour les organisations syndicales traditionnelles, d'exprimer l'unité identitaire du monde du travail, éclatée en une pluralité d'agrégats sociaux, privés d'un minimum de dénominateurs communs, et donc non idoines à récupérer la notion même de classe, G. COLAVITTI, *La natura giuridica della rappresentanza sindacale. Un "passo indietro" del dibattito sull'attuazione dell'art. 39 della Costituzione*, DRI, 2006, 976.

institutionnel et de la société civile, on trouve une autre confirmation significative de la capacité de l'autonomie collective à produire un résultat normatif expressif de sa rationalité axiologique (que résume la défense du travail et l'économicité de l'entreprise) et conséquent à cela de son efficacité pratique.

«De fait», suite à l'intervention du juge des lois, les organisations syndicales, «débarrassées des limitations dérivant d'une fonction prétendue éminemment économique» («*sganciate dalle limitazioni derivanti da una pretesa funzione eminentemente economica*») se firent «interlocuteurs nécessaires des pouvoirs publics pour toute mesure de politique économique», amenant Francesco Santoro Passarelli à affirmer que «non seulement les lois et les actes du pouvoir public concernant les travailleurs, mais toutes les dispositions sont prises d'accord avec le syndicat» (*Francesco Santoro Passarelli ad affermare che «non soltanto le leggi e gli atti del potere pubblico riguardanti i lavoratori, ma tutti i provvedimenti sono concordati con il sindacato»*)[283].

En vérité, la Cour, en dédouanant la grève politique, se limita à la configurer comme liberté et non comme droit (avec pour seule limite le trouble de l'ordre constitutionnel et l'obstacle à la souveraineté populaire); ce fut encore Francesco Santoro Passarelli à stigmatiser l'excès de prudence (que sauvegarde la faculté de sanction du créancier de la prestation) dès lors qu'un tel conflit se trouve identifié par la Cour elle-même d'instrument de la participation des travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays au sens de l'art. 3, comme selon la Constitution[284].

En réalité, dans la perception d'une pensée rigoureuse, il était clair que «pour qu'une Constitution change on n'a pas besoin d'en réviser les termes» («*perché una Costituzione cambi non occorre la revisione delle sue norme*»), dans la mesure où «le procédé de révision est nécessaire pour la modification de la Constitution formelle, et non de la Constitution matérielle» («*il procedimento di revisione è necessario per il cambio della Costituzione formale, non della Costituzione materiale*»)[285]. S'ouvrait alors une nouvelle période de règlementation qui, faisant des trois Confédérations historiques un objet politique, les légitimait «à exercer leur propre force de contestation également en dehors

[283] R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni 70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, cit., 105-106, qui rapporte la pensée de F. SANTORO PASSARELLI, *La disciplina dello sciopero secondo la Costituzione*, 1976, et in *Libertà e autorità nel diritto civile*, cit., 329. Sur le rapport entre système politique et rôle du syndicat après l'arrêt de la Cour Constitutionnelle sur la grêve politique, cfr. récemment, M. RUSCIANO, *Sciopero politico e attività creatrice della Corte Costituzionale*, in *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, dirigé par R. SCOGNAMIGLIO, ESI, 2007, en particulier 220 ss. On trouvera une contextualisation historique ponctuelle de l'affaire dans M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, cit., 172 ss.

[284] F. SANTORO PASSARELLI, *Sciopero politico e diritto di sciopero*, in *Foro It.*,1975, I, 550, et in *Libertà e autorità nel diritto civile*, cit., 319. Pour la doctrine de l'époque, voir aussi G. PERA, *La Corte Costituzionale e lo sciopero politico*, DL, 1974, 400; G. MAZZONI, *Diritto di sciopero, diritti fondamentali e sovranità popolare*, MGL, 1974, 151; F. CARINCI, *Il fantasma dello sciopero politico*, in *Quale giustizia*, 1974, 276.

[285] F. SANTORO PASSARELLI, *La posizione attuale del sindacato in Italia, Relazione ai lincei svolta nella seduta ordinaria del 20 febbraio 1971*, in *Quaderni dell'Accademia nazionale dei lincei*, 1971, n. 161, et in *Libertà e autorità nel diritto civile*, cit., 283. L'impact de l'arrêt n. 290/1974 sera, par ailleurs, très fort, si bien que, comme il est souvent arrivé, la pensée de FRANCESCO SANTORO PASSARELLI sonne comme prophétique. Après l'arrêt, F. MANCINI, *Statuto dei lavoratori e movimento operaio*: 1930-1975, in G. ARRIGO (dir.), *Lo statuto dei lavoratori: un bilancio politico*, De Donato, 1977, 17, dira que «en Italie la souveraineté populaire ne s'exprime pas seulement par le vote ou l'adhésion à un parti politique, mais aussi par la participation a une grève» («*in Italia la sovranità popolare non si esprime solo con il voto o con l'adesione ad un partito politico, ma anche con la partecipazione ad uno sciopero*»), ajoutant, peut-être sur un ton quelque peu emphatique, «en d'autres mots la nôtre n'est plus une démocratie représentative» *(«in altre parole la nostra non è più una democrazia rappresentativa»*).

du milieu de l'entreprise», avec la reconnaissance explicite d'un «rôle fondamental dans la complexité de l'équilibre constitutionnel» («*a esercitare la propria forza contestativa anche al di fuori dell'ambito aziendale», con un implicito riconoscimento di un «ruolo fondamentale nell'equilibrio costituzionale complessivo*»)[286].

4. Démocratie néo-corporatrice et efficacité des synthèses entre intérêt général et intérêts des groupes sociaux

En vérité, les problématiques d'un ordre constitutionnel qui serait capable d'arranger les intérêts collectifs hétérogènes dans une société complexe, avaient déjà été affrontées, dans une optique différente, en référence aux Etats-Unis, bien avant l'introduction du suffrage universel, par John Calwell Calhoun, avec la théorie de la *concurrent majority*, qui anticipait, en 1850, le modèle de la démocratie néo-coporative, hypothétisant un Etat venant à négocier la politique économique et sociale avec les différents centres d'intérêt, de manière à éviter que la majorité, résultant de l'issue électorale, ne s'arrogeasse le pouvoir de décider pour le compte de tous, en subordonnant leur intérêt propre à celui des autres[287].

Cette proposition ne trouva pas dans les Etats européens, intéressés au grand processus de la révolution industrielle, et encore parfois investis de la question de la recherche d'une identité nationale, des raisons pour être cultivée. L'émancipation graduelle du prolétariat, qui avait conduit à la démocratie politique, avait produit des ordres règlementatifs auxquels la tâche de retrouver un «équilibre rassurant entre les instances des diverses classes sociales» («*rassicurante equilibrio tra le istanze delle diverse classi sociali*») avait été confiée[288].

[286] R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni 70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, cit., 105-106. C'est justement cette constatation qui déterminait les craintes de TIZIANO TREU (T. TREU, B. BECCALLI, *Legislazione sindacale, forze politiche e sistema di relazioni industriali*, *Crit. Dir*., 1974, 49): «*l'equilibrio giuridico politico espresso dallo statuto dei lavoratori, e il patto sociale ne costituisce il retroterra, possono tenere solo in quanto la conflittualità operaia venga isolata in fabbrica, impedendole di scaricarsi sul sistema politico*».

[287] F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, cit., 172, qui reporte ici la pensée de M. L. SALVADORI, *Potere e libertà nel mondo moderno. J.C. Calhoun: un genio imbarazzante*, Roma-Bari, 1996. Dans l'intuition de CALHOUN, on pourrait condenser la parabole des corporations; supprimées par l'Etat libéral pour affranchir les individus, elles renaissent avec la reconnaissance de la liberté d'association «se conformant à la variété des intérêts collectifs présents dans la réalité sociale» («*conformandosi alla varietà degli interessi collettivi presenti nella realtà sociale*») pour en représenter directement les instances «en dehors des schémas de la représentation politique» («*fuori dagli schemi della rappresentanza politica*»). F. GALGANO, op. cit., 173, qui se réfère ici aux pages de J. KAISER, L*a rappresentanza degli interessi organizzati*, trad. it., Milano, 1993, remontant déjà à 1956, ainsi qu'à celles de P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, mais déjà Il Mulino, 1959, 120. Mais, au fond, dans la pensée de CALHOUN résonne aussi le jugement de A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. it., Bologna, 1953, II, 127 sur la «tirannide della maggioranza» («tyrannie de la majorité»).

[288] C'est le point le plus haut de la démocratie politique, dont la fonction s'était étendue jusqu'à déterminer la demande à l'Etat de la part des citoyens «non seulement de la satisfaction des besoins matériels» mais «encore du bonheur», R. MILIBAN, *Lo stato nella società capitalistica*, trad. it., Bari, 1970.

Ce sera au déclin de cette fonction, consécutive à l'affirmation de la société postindustrielle, lorsque l'économie de services prendra le dessus sur l'économie de l'industrie, de reproposer le modèle préfiguré de Calhoun, dans une société fragmentée et toujours moins capable d'exprimer une identité collective, comme en témoigne la crise des partis traditionnels et la dévolution du choix des représentants dans les assemblées électives aux secrétaireries des nouveaux partis d'extraction exclusivement médiatique[289].

Naît alors la nouvelle philosophie politique qui s'exprime dans les termes du néo-contractualisme, remettant à jour «l'ancien contrat social de Locke, Hobbes et Rousseau» conclu une fois pour toutes en vue de légitimer l'organisation du système, pour le construire en termes dynamiques, c'est à dire soumis à une constante renégociation, ou bien pour le substituer par un système de procédures de négociations stable entre l'Etat et les groupes sociaux, dans le but de garantir, par des ajustements successifs, la paix sociale[290].

Nous sommes au néo-corporatisme, c'est à dire à la reconnaissance de la part de l'Etat (tantôt seulement négociateur, tantôt, en même temps, médiateur et négociateur) de la légitimation des corporations à négocier; et, en conséquence, de l'affirmation d'un modèle institutionnel dans lequel le gouvernement se réalise à travers «l'intermédiation des intérêts» («*l'intermediazione degli interessi*»)[291].

Désormais, observe Mattia Persiani, «une situation du genre» (se référant à celle consécutive au premier protocole de 1983) permet d'affirmer que «une fois que l'autonomie collective a été exercée par une concertation réciproque, non seulement avec la partie adverse, mais, encore et surtout, avec le pouvoir public, elle aussi, la nature privatiste originale demeurant pour autant intacte, réalise, même indirectement, l'intérêt public à l'économie» («*una volta che l'autonomia collettiva sia stata esercitata in reciproco concerto, non solo con la controparte, ma, anche e soprattutto, con il potere pubblico, anch'essa, pur restandone integra, l'originale indole privatistica, realizzi, sia pur mediatamente, l'interesse pubblico all'economia*»)[292].

---

[289] «*Un ceto medio di crescenti proporzioni erode la consistenza numerica della classe operaia, riducendo progressivamente quella eterogeneità sociale della base economica che era conseguita al suffragio universale e che aveva alimentato passioni di parte, contrapposizioni di schieramenti, domande politiche sempre più pressanti*», F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, cit., 173, citant ici F. MARTINELLI – J. GRADEY, *L'economia dei servizi*, Bologna, 2000. Mais cette «nouvelle et toutefois partielle homogénité sociale» se refragmente en mille et un intérêts coporatifs différents, F. GALGANO, op. cit.; J. K. GALBRAITH, *Il nuovo stato industriale*, trad. it., Torino, 1968.

[290] F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, cit., 173, qui pour la première des deux constructions cite J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 1982, pour la seconde S. VECA, *La società giusta*, Milano, 1982. Il est interessant de noter comment S. CAPRONI, *Interpretazione di Francesco Santoro Passarelli*, cit., 24 del datt., se référe à un essai de 1951 (*Stato e sindacato*, ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, I, 129-130) dans lequel F. SANTORO PASSARELLI observe: «più ancora che la nascita di un nuovo ramo del diritto, al sindacato principalmente si deve se al diritto è stato impresso un nuovo indirizzo, sicché si può parlare di un nuovo corso, *e se la democrazia da estrinseca e formale, arricchendosi di un contenuto è diventata, come è stata chiamata , una democrazia intrinseca e sociale*».

[291] F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, cit., 174, qui se référe en particulier à la pensée de P. SCHMITTER, *Trend Toward Corporatist Intermediation*, Beverly Hills, California, 1979; ID., *Le società complesse*, a cura di G. PASQUINO, trad. it., Bologna, 1982.

[292] M. PERSIANI, *Il problema della rappresentanza e della rappresentatività del sindacato in una democrazia neocorporata*, Communication produite le 27 octobre 1983 au Colloque organisé par l'Intersind, «*I soggetti delle relazioni industriali nel governo dell'economiaI*», *Dir. lav.*, 1984, I, 3 ss., et in *Diritto del lavoro*, Padova, 2004, 195, qui 204.

C'est la nouvelle efficacité axiologique du Droit du travail produite par l'autonomie privée collective. Elle postule une modération réciproque entre la valeur du travail et la valeur de l'entreprise, de manière à ce que son efficacité pratique puisse s'exprimer dans la mesure où se trouve réalisé l'équilibre adéquat entre la défense de l'homme qui travail et l'efficience économique[293].

Dans cette perspective, Francesco Santoro Passarelli fait écho à la pensée de l'Elève lorsqu'il rappelle que demeure "essentiel le respect du «pluralisme institutionnel pour la défense des intérêts collectifs, caractéristique fondamentale de notre système constitutionnel» *(«pluralismo istituzionale nella tutela degli interessi collettivi caratteristica fondamentale del nostro ordinamento costituzionale»)*[294]*;* un pluralisme, par ailleurs, qui n'exclut pas, face à l'intérêt public, le recours à la méthode du néo-contractualisme (y compris en référence à l'intervention législative), mais qui impose à l'autonomie collective de réaliser le meilleur équilibre possible des exigences du travail et de celles de la production[295].

5. Equilibre des valeurs constitutionnelles et mesure efficace entre être économique et devoir être normatif

Revenons au thème de l'équilibre. Le modèle néo-contractuel n'intègre plus le système de démocratie représentative, mais s'y substitue. «Les lois, avant d'être votées au Parlement, sont discutées, parfois mot par mot, avec les grands groupes sociaux s'y intéressant, ou bien sont mises de côté, sans n'être plus soumises au vote du Parlement, en raison de la pression exercée par autant de grands groupes sociaux lui étant hostiles» («*Le leggi prima di essere votate al Parlamento sono contrattate, talvolta parola per parola, con potenti gruppi sociali, ad essi interessate, oppure sono accantonate, e neppure sottoposte al voto del Parlamento, per la pressione esercitata da altrettanto potenti gruppi*

[293] Je me limite ici à citer les deux essais qui ont repositionné, en termes d'équilibre des valeurs constitutionnelles, l'être et le devoir être du droit du travail: M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, ADL, 1995, n. 1, 1 ss., et in *Diritto del lavoro*, cit., 9 e ss.; ID., *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, ADL, 2000, n. 1, 1 ss., et in *Diritto del lavoro*, cit., 45 ss..

[294] F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva e libertà sindacale*, RIDL, 1985, I, 137, et in *Ordinamento e diritto civile*, cit., 263; du reste, ajoute-t-il pour donner sa signification de l'efficience de l'autonomie privée collective: «*l'esperienza di questi anni ha dimostrato che si arriva in concreto all'esecuzione dell'efficacia dei contratti collettivi, anche grazie ad un'interpretazione della giurisprudenza attenta alle situazioni di specie, senza la necessità di strumenti particolari*».

[295] Ainsi, pour avoir tenu ferme la reconstruction entièrement privatiste des organisations syndicales et du contrat collectif, l'approche de la méthode concertative, qui est précisément une méthode néo-contractualiste, se réalise sans traumas institutionnels. Du reste, le travail de traduction en loi du Protocole sur Welfare du 23 juillet 2007 témoigne de l'acception négociataire de la méthode, *Nota introduttiva*, in M. CINELLI – G. FERRARO (dir.), *Welfare, mercato del lavoro e competitività, Guida al lavoro*, 2008, n. 2; ID., *Lavoro, competitività e Welfare, Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, UTET, Torino, 2008, Préface, XXVIII.

sociali ad esse ostili»)[296].

Mais alors, avertit Mattia Persiani, si le modèle de démocratie néo-corporatrice est substitutif de celui de la démocratie représentative, et dans le même temps expressive de son efficacité axiologique originaire et originale (et d'un intérêt public à sa concrétisation), central devient le problème de la «représentation et de la représentativité du syndicat», en même temps que l'option en faveur de la présomption «de la représentation à caractère de globalité» des Confédérations historiques (renforcée par le nouveau mécanisme de la comparaison). Cette dernière option, cohérente avec la théorie de l'autonomie privée collective, permet que le modèle de la démocratie néo-coporatrice «se réalise, de fait, en trouvant les raisons de son opérativité concrète exclusivement dans le consensus général, et, en particulier, dans le soutien ou dans la capacité de mobilisation spécifique des organisations syndicales des travailleurs» *(«della rappresentanza e della rappresentatività del sindacato, ed insieme l'opzione a favore della presunzione «di rappresentanza con carattere di globalità» delle Confederazioni storiche (rafforzata dal nuovo meccanismo della comparazione). Quest'ultima opzione, coerente alla teoria dell'autonomia privata collettiva, consente che il modello della democrazia neocorporata «si realizzi, di fatto, trovando le ragioni della sua concreta operatività esclusivamente nel consenso generale, e, in particolare, nel seguito o nella capacità di mobilitazione specialmente delle organizzazioni sindacali dei lavoratori»*) [297].

Du reste, le succès du modèle néo-coporatif d'Etat est dû au fait que la légitimation à négocier est reconnue aux groupements d'intérêts à forte cohésion interne (modérés par

[296] F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, cit., 174. Ce phénomène résulte d'autant plus grave que le travail des groupes sociaux n'est pas coordonné dans un cadre homogène qui peut être exprimé seulement par une centralité omnicompréhensive de la méthode concertative; désormais, observe T. TREU, *Diritto del lavoro: discontinuità ed interdipendenze*, ADL, 2005, 33, les difficultés de la méthode concertative ne semblent pas tant imputables à la seule «dishomogénité» des coalitions de gouvernement ou à l'existence ou non de ces *pro labour*, qu'au passage de notre pays «de la politique traditionnelle» à «un système d'alternance bipolaire», qui a modifié «les rapports entre syndicat et organisation politique avec des effets sur tout le processus de régulation sociale» («*i rapporti tra sindacato e ordinamento politico con effetti su tutto il processo di regolazione sociale*»).

[297] M. PERSIANI, *Il problema della rappresentanza e della rappresentatività del sindacato in una democrazia neo-corporata*, cit., 207, qui parvient à cette conclusion, partant des prémisses, que les traditions pluralistes de la liberté «rendent impossible, pour nous, la réalisation d'un modèle de démocratie néocorporatrice» («rendono impossibile, da noi, la realizzazione di un modello di democrazia neocorporata») qui prévoit la concentration des organisations syndicales. De là, l'existence de deux alternatives: la première (qui est celle reportée dans le texte et que PERSIANI retient comme la plus correcte) consiste à tenir ferme l'actuelle organisation de l'autonomie privée collective, et donc de centrer la sélections sur les sujets qui l'ont géré historiquement, en réalisant la généralisation de fait du système entier négociation collective; la seconde (que PERSIANI met de côté) consiste à imaginer des interventions législatives successives «qui trouvent une nouvelle inspiration dans la prévision du quatrième paragraphe de l'art. 39 Const.» («che trovino nuova ispirazione nella previsione del quarto comma dell'art. 39 Cost.»), interventions, par ailleurs, qui auraient des effets sur l'existence des organisations syndicales. Dans une large mesure aussi, MATTIA PERSIANI s'est révélé prophétique sur ce choix; en effet, lorsque «le syndicat et la négociation collective ont continué à graviter dans le vague institutionnel» («il sindacato e la contrattazione collettiva hanno continuato a gravitare nell'indistinto istituzionale») (R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, cit., 385), le système a maintenu son niveau d'efficience; face à l'institutionnalisation du syndicat, opérée à l'occasion de la contractualisation du travail sous la dépendance de l'administration publique, «un échec» s'est vérifié, qui a souvent été passé sous silence (par une précaution critique analogue à celle exercée à l'égard de Garibaldi) sans vouloir prendre acte de «ce que certains syndicats (…) contribuent tous les jours à la faillite, et dans la meilleure des hypothèses, à la stagnation du processus de réforme» («quanto alcuni sindacati (…) contribuiscano tutti i giorni al fallimento, e nella migliore delle ipotesi, alla stasi del processo di riforma») (R. DEL PUNTA, op. cit., 401-402).

des synthèses préventives et constantes), capables de faire respecter les accords obtenus tant par leurs membres que par la partie adverse; alors que le modèle traditionnel de la démocratie représentative, confiant aux partis et aux coalitions, toujours plus sujettes à des compromis électoraux, le devoir d'opérer des médiations successives entre une somme d'intérêts hétérogènes, ne garantit que la seule «loyauté» des représentants et, ainsi «la gouvernabilité»[298].

Certes, reste dans le débat sur la doctrine justravailliste la question que si la concertation, comme technique «d'optimisation» de la politique économico-sociale, conjugue de manière satisfaisante le rapport entre les intérêts collectifs représentés par les acteurs sociaux et l'intérêt général[299]; malgré cela, la conscience commune de ce dernier intérêt «doit désormais être lue sur le fond d'une transformation profonde de la nature étatique (et légale), caractérisée par une diffusion horizontale de la souveraineté» *(«si*

[298] F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, cit., 175, citant aussi la pensée de P. SCHMITTER, *Le società complesse*, cit.. Du reste, observe M. CARRIERI, *Le basi di una nuova stagione di accordi sociali*, *Quaderni di rassegna sindacale*, 2007, n. 4, 22 «solo le grandi organizzazioni di rappresentanza possono ragionare e mobilitarsi per la produzione di beni pubblici (sviluppo e innovazione, occupazione, equità sociale, ecc.)». Cela explique pourquoi la méthode concertative résulte plus efficace quand les trois grandes Confédérations (pour se limiter au cas italien) sont «capables de tenir sous contrôle les intérêts plus particuliers de leurs adhérents et les comportements plus opportunistes (ceux des *free riders*)» («capaci di tenere sotto controllo gli interessi più particolari dei loro aderenti ed i comportamenti più opportunistici (quelli dei *free riders*)» et donc parviennent «à internaliser les intérêts généraux et à poursuivre le bien commun» («ad internalizzare gli interessi generali ed a perseguire il bene comune»). Cette efficience explique d'autre part pourquoi les Gouvernements (contrairement à la propension en termes néo-libres-échangistes d'un droit inefficace, mais idéologiquement affirmé, à une parité de traitement entre toutes les formations sociales expressives d'intérêts collectifs, même réduits), préfèrent «codécider avec les grandes organisations de représentation sociale» («codecidere con le grandi organizzazioni di rappresentanza sociale») et excluent de «négocier avec les petits groupes, qui donnent voix de toute façon aux intérêts sectoriels» («negoziare con i piccoli gruppi, che danno voce comunque ad interessi settoriali»).

[299] G. GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Il Mulino, 2003, 105 ss.; F. CARINCI, *Riparlando di concertazione*, cit., 491 ss.. Le thème à été l'objet d'une attention constante de la part de la doctrine: parmi les contributions citées au Protocole de 1993, la plus importante «pour la vertu du «système» de l'accord, avec un regard spécifique en direction des règles destinées à rationaliser l'organisation contractuelle et à tenir sous contrôle, dans le cadre d'une politique de rendement, les dynamiques rétributives» («per la valenza «di sistema» dell'accordo, in specie con riguardo alle regole volte a razionalizzare il riassetto contrattuale ed a tenere sotto controllo, nel quadro di una politica dei redditi, le dinamiche retributive») (R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, cit., 382-383), M. D'ANTONA, *Il Protocollo sul costo del lavoro, e l'«autunno freddo» dell'occupazione*, RIDL, 1993, I, 411; M. RICCI, *Il Protocollo del 23 luglio 1993 sul costo del lavoro: verso l'istituzionalizzazione delle relazioni industriali?*, RGL, 1993, I, 279; T. TREU, *L'accordo del 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, ivi, 215; nonché, in senso critico P.G. ALLEVA, *L'accordo del 23 luglio: un'analisi critica*, ivi, 242; M. ROCCELLA, *Azione sindacale e politica dei redditi. Appunti sull'accordo triangolare del 23 luglio 1993*, ivi, 263. La méthode concertative a été l'objet, de toute façon, d'une attention constante; parmi tant d'autres, AA.VV. *Concertazione e Parlamento*, Padova, 1999; L. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione*, Bari, 1999; ID., *Istituzionalizzazione e instabilità della concertazione sociale*, ADl, 2001, 87; A. MARESCA, *Concertazione & contrattazione*, ivi, 2000, 197; E. GHERA, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, RIDL, 2000, I, 115; M. NAPOLI, *Due libri sulla concertazione*, in ID., *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi (2001-2005)*, Torino, 2006, 117; ainsi que, plus récemment encore, B.G. MATTARELLA, *Sindacati e pubblici poteri*, Milano, 2003; M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, cit.; L. MARIUCCI, *Sistema contrattuale, concertazione e legislazione del lavoro*, LD, 2007, 251; S. NEGRELLI, *Problemi e prospettive della concertazione sociale nella nuova legislatura*, ivi, 259.

debba ormai leggere sullo sfondo di una profonda trasformazione della statualità (e del diritto), caratterizzata da una diffusione orizzontale della sovranità»)[300].

Il n'échappe pas au débat la prédominance diffuse de la *lex mercatoria* dans le monde globalisé; et ainsi signale-t-on comment «dans ce scénario, dans lequel le langage de la politique et celui des droits tendent à se confondre et à se superposer» («*in questo scenario, in cui il linguaggio della politica e quello dei diritti tendono a confondersi e a sovrapporsi*»), émergent des combinaisons inédites de régulation, qui privilégient «l'expérimentation, l'adaptabilité, la réversibilité», et qui souvent renoncent aux caractéristiques «de la certitude et de la stabilité propres à la réglementation traditionnelle» («*della certezza e della stabilità, proprie della regolamentazione tradizionale*»)[301].

A bien y regarder, la concertation semble aujourd'hui la seule technique capable de permettre que le «*pactum societatis*» soit sans cesse reconfirmé pour gouverner les effets induits par la perte substantielle de souveraineté nationale, toujours plus exposée aux menées, souvent spéculatives, de l'économie globale[302].

On peut discuter des dimensions de l'équilibrage, puisque la méthode concertative est devenue un des modes à travers lesquels les politiques d'installation réformiste ont été progressivement installées dans le tissu des Etats de l'Europe occidentale, originairement connotés d'une haute conflictualité entre les classes sociales[303], il parait difficile de ne pas constater que le résultat produit a été celui d'une tentative constante de modération des intérêts multiformes qui coexistent au sein d'une société complexe, fragmentée en mille identités et conditionnée dans ses développements par des variables à l'égard desquelles on ne dispose que de pouvoirs de contrôle réduits[304].

---

[300] R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, cit., 385, qui cite en note F. OST, M. VAN DER KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Sain Louis, Brussels, 2002.

[301] F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, cit., 117, qui observe que c'est un fait «che tanto Locke quanto Rousseau pongano alla base dell'umana convivenza, come pone lo stesso Hobbes, una categoria del diritto privato, ossia il contratto, che definiscono sociale».

[302] A. PERULLI, *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, cit., 26, qui voit dans cette tension sur les techniques régulatives la tentative d'opérer des synthèses capables de conformer les identités et les intérêts des acteurs dans une perspective de coexistence entre changement et caractère contraignant. Par ailleurs, T. TREU, *L'accordo del 23 luglio 1993*, cit., 241, en référence au produit spécifique de la méthode concertative (même ici interne au système des relations collectives) voit avec inquiétude la «fragilité du système volontaire», augurant que les accords trouvent ensuite une efficacité renforcée par les interventions législatives qui garantissent des régulations constructives «à efficacité réelle».

[303] L. BACCARO, *Collective Bargaining Structure, Trade Union Governance Procedures and the Institutional Determinants of Wage Moderation in OECD Countries*, Cambridge, 2007; L. BACCARO, M. SIMONI, *The Institutional and Organizational Determinants of Wage Moderation*, Cambridge, 2008. Mais voir déjà J. PONTUSSON, *Inequality and Prosperity: Social Europe vs. Liberal America*, Ithaca, New York, 2005; W. STREEK, K.A. THELEN, *Introduction: Institutional Change in Advanced Political Economies*, in W. STREEK, K.A. THELEN, *Beyond Continuity*, Oxford, 2005.

[304] D'autre part, cela explique pourquoi la négociation «politique» selon le modèle concertatif, dans la mesure où elle se pose comme «*uno strumento di aggiustamento e modernizzazione delle economie nazionali, sempre più minacciate soprattutto in termini occupazionali dal mercato globale, utilizza il metodo della consultazione dei lavoratori per acquisire maggiori consensi preventivi rispetto a collettività incerte, in ragione dell'asimmetria informativa in ordine ai benefici indotti dalle intese raggiunte*» (L. BACCARO, *Contrattazione «politica» e consultazione dei lavoratori*, *Quad. rass. sind.*, 2008, n. 1, 134); et donc tend à opérer une transition de la légitimation par les résultats à la légitimation par les procédures (F.W. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, 1999).

6. Efficacité d'une méthode dans le travail d'interprétation du système

A la fin de son bel essai, A. Perulli observe que «pour relier la nature des moyens (critère d'efficacité) à la nature des fins (critère de justice), une politique publique capable (…) de valoriser la fonction anthropologique du droit (du travail, en particulier), est nécessaire» («per legare la natura dei mezzi (criterio di efficacia) alla natura dei fini (criterio di giustizia) è necessaria una politica pubblica capace (…) di valorizzare la funzione antropologica del diritto (del lavoro, in particolare)»; une fonction qui appartient à la valorisation éthique des valeurs produites par la société et par les sciences sociales qui en élaborent le processus génétique[305].

C'est une conclusion que paraît rejoindre la pensée de Mattia Persiani, lorsqu'il affirme que le droit du travail, pour réaliser cette fonction anthropologique, doit maintenir le plus haut sens de l'équilibre et du compromis, dans le but de réaliser la «pondération» et «l'équilibre» des «valeurs suprêmes du système» et des «droits de ses membres»[306].

Au fond, et dans tous les cas, il s'agit d'un problème de méthode. Avant tout dans la sélection des organismes représentatifs appelés dans une démocratie néo-corporative à représenter les différentes valeurs constitutionnelles qui doivent être l'objet d'équilibrage. Une sélection qui ne peut être confiée à la seule force du nombre, mais qui doit trouver une protection dans la loi de la raison, qui dans les rapports collectifs est le prix de l'aptitude des Confédérations historiques, démontrée par l'histoire qui va de la Libération au nouveau siècle, à produire des synthèses équilibrées de la complexité exprimée par le monde du travail subordonné et autonome, et, dans le même temps, de l'ample univers des retraités publics et privés[307].

Mais c'est toujours un problème de méthode. Méthode de la science juridique qui peut faire politique du droit, mais seulement en utilisant des concepts généraux, parce qu'ici les concepts trouvent leurs racines dans les principes posés par la Constitution. On revient encore à Francesco Santoro Passarelli: «je dis que pour moi, la science juridique continue à être la science de ce qu'est le droit et de comme on doit l'entendre.

---

[305] A. PERULLI, *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, cit., 42-43, qui se réfère à la pensée de A. SUPIOT, *Homo juridicus*, Seuil, Paris, 2005, ainsi que moi-même, *Economia e diritto del lavoro*, cit., 435.

[306] A. PERULLI, *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, cit., 43, qui rappelle ici un des derniers enseignements de son "très cher maître" G. GHEZZI, *Presentazione*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovo modelli contrattuali*, Padova, 2004, XXI. L'assonance semble évidente avec PERSIANI lorsqu'il parle du «nécessaire équilibre des intérêts de l'entreprise et de ceux des travailleurs» ("*necessario contemperamento dell'interesse dell'impresa e di quelli dei lavoratori*"), *Diritto del lavoro ed autorità dal punto di vista giuridico*, cit., 69, en particulier note 105, où, outre de nombreuses exemplifications de cet équilibre, il note : «*ed infatti in un'economia di mercato, il lavoro è allo stesso tempo, fattore e regolatore dell'economia delle imprese onde l'azione sindacale si assume la funzione di regolazione del lavoro in ragione dell'economia e, cioè, del mercato*», citant G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, 3a ed., Padova, 1994, 487.

[307] C'est un thème qui a toujours été au centre du débat depuis l'émanation de la législation de «soutien»; voir G. GIUGNI, *Rappresentatività delle associazioni sindacali nello Statuto dei lavoratori*, Giur. cost., 1974, 588; G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, 12 ss.; M. RUSCIANO, *Il contratto collettivo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XV, Torino, 1986, 112 ss.; R. PESSI, *Promozione delle confederazioni maggiormente rappresentative e «coerenze» al disegno costituzionale*, MGL, 1988, 189; M. DELL'OLIO, *Ancora sulla rappresentatività e proporzionalità, organizzazione sindacale, categoria nello Statuto dei lavoratori e nel sistema*, Giur. cost., 1988, 1414.

Elle œuvre, par la construction de concepts et de catégories à une interprétation exhaustive du système» («dico che per me la scienza giuridica continua ad essere la scienza di ciò che è diritto e di come deve intendersi»; essa opera «con la costruzione di concetti e di categorie per un'esaustiva interpretazione dell'ordinamento»)[308].

Mais c'est encore un problème de méthode que le droit du travail. Une méthode qui a besoin de la reprise d'un dialogue effectif avec le droit privé, lorsqu'avec la théorie de l'autonomie collective il a acquis la viabilité d'un modèle concertatif que, bien qu'avec des pertes qui ne sauraient lui être imputables, il a exprimé les moments les plus significatifs de partage collectif et a assuré un développement équilibré de la société civile[309].

La reprise de ce dialogue pourrait être, dans le contexte d'une science juridique en profonde transformation, «la «pré-condition» pour qu'il soit possible d'amener à la recomposition, dans une unité théorique «post-positiviste», les dimensions de la pensée systématique et de celle problématique, au sens le plus profond (mais jamais anti-moderne) de l'enseignement de Luigi Mengoni» («la precondizione perché sia possibile avviare a ricomposizione, in un'unità teorica «post-positivistica», le dimensioni del pensiero sistematico e di quello problematico, secondo il senso più profondo (ma mai anti-

[308] F. SANTORO PASSARELLI, *Quid ius?*, cit., 25. Les indications du Maître sont utilisées par M. PERSIANI dans l'essai plusieurs fois cité *Diritto del lavoro ed autorità dal punto di vista giuridico*, cit., 54; la fonction de l'interprétation théorique «est surtout celle d'élaborer et d'organiser les valutations normatives, en vue d'identifier le contenu théorétique» *(«è, soprattutto, quella di elaborare ed organizzare le valutazioni normative, al fine di individuarne il contenuto teoretic*o»). Cette identification «doit avoir lieu dans une perspective qui tienne compte de la complexité et arrange les éventuelles contradictions du systèmes en les équilibrant» («*deve avvenire in una prospettiva che tenga conto delle complessità e componga le eventuali contraddizioni del sistema equilibrandole»);* et aussi qui «tienne compte des transformations induites par les modifications continues du contexte économique et social» («*tenga conto delle trasformazioni indotte dalle continue modificazioni del contesto economico e sociale»*). Il faut dire, encore, que «les connexions logiques que consentent ces organisations se manifestent soit par des concepts qui sont descriptifs des faits et des conséquences juridiques prévues pour leur vérification, soit par les classifications des fonctions sociales poursuivies» *(«le connessioni logiche che consentono quell'organizzazione sono espresse sia mediante concetti che sono descrittivi dei fatti e delle conseguenze giuridiche previste per il loro verificarsi sia mediante le classificazioni delle funzioni sociali perseguite*»).

[309] G. FERRARO, *Glli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastrich*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., 227, parlant de la loi sur la règlementation de la grève dans les services publics essentiels, mais explicitant de manière assez incisive l'idée «noble» qui a toujours inspiré la méthode concertative et les mécanismes de sélection de ses acteurs, observe que cette dernière retenait et retient «que la valorisation du syndicalisme confédéral, et même l'implication directe des trois principales confédérations aurait permis, non seulement de marginaliser les intérêts sectoriels et corporatifs, bien représentés par un syndicalisme autonome» toujours plus agressifs («*che la valorizzazione del sindacalismo confederale, ed anzi il coinvolgimento diretto delle tre principali confederazioni avrebbe consentito, non solo di emarginare gli interessi settoriali e corporativi, ben rappresentati da un sindacalismo autonomo»*), «mais encore de réaliser une synthèse vertueuse entre les intérêts des travailleurs et ceux des citadins» *(«ma anche di realizzare una sintesi virtuosa tra gli interessi dei lavoratori e di quelli dei cittadini»*), étant donnée la perception que seul le modèle confédéral est idoine à représenter les personnes dans leur double identité d'hommes qui travaillent et de membres de la société civile.

modernistico) dell'insegnamento di Luigi Mengoni»)[310].

Au fond, ce serait la reconnaissance de la cohérence prémonitoire d'un maître comme Mattia Persiani, qui suivant la leçon de son maître Francesco Santoro Passarelli, a toujours défendu le lien du droit du travail avec le droit privé (y compris quand il a conjugué l'autorité originaire du syndicat avec la nature du contrat collectif de droit commun), dans la conscience de ce que ce dernier soit un «réservoir inépuisable de ces concepts, dont le jursite doit tenir compte pour pouvoir réaliser sa tâche d'édificateur du «système» et ne pas se noyer dans la mer de l'effectivité, dans laquelle, cependant, il doit baigner» («insostituibile serbatoio di quei concetti, ai quali il giurista deve tenere per poter svolgere il compito di edificatore del «sistema» e non smarrirsi nel mare dell'effettività, nel quale, pure, deve bagnarsi»)[311].

C'est ainsi dans la méthode que «la tension actuelle entre droit et économie (ici recherchés à travers le prisme de l'efficacité)» peut trouver une solution, redécouvrant cette «grammaire commune», déjà élaborée par Francesco Santoro Passarelli, et affinée par Mattia Persiani à l'intérieur de laquelle se sont toujours reconjuguées efficacement «les idées du jugement, qualification et coordination des actions humaines» («le idee di giudizio, qualificazione e coordinazione delle azioni umane»)[312].

En réalité, le sens de cette «grammaire commune» est dans ce que l'on peut retenir comme le testament de Francesco Santoro Passarelli: «la spiritualité, qui est un élément de l'existant, même si elle conduit au transcendant, est le connoté de l'espèce humaine, sans aucun équivalent dans les autres espèces» («la spiritualità, che è un dato dell'esistente, anche se conduce al trascendente, è il connotato della specie umana, senza nessun riscontro nelle altre specie»); pour ensuite ajouter:«le droit aussi, règle consciente et obligeante pour

[310] R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, cit., 355, qui cite en note L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Milano, 1985. Je concorde sur la référence; l'école de L. MENGONI a apporté aujourd'hui une importante contribution dans cette direction avec le beau volume de M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche del diritto del lavoro*, Padova, 2006 (opportunément annoté par G. PROIA, *A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie*, ADL, 2008, 1204). Je trouve tout à fait significatif la remarque selon laquelle, si la frontière des normes indérogeables est mobile, le premier devoir du juriste est celui d'identifier, sur la base du système juridique, les droits effectivements irretractables, c'est à dire quelles sont les limites juridiques à la modificabilité des normes indérogeables.

[311] R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, cit., 349-350. Du reste, observe l'auteur, le temps "moyen" a donné raison outre à Mattia Persiani, aussi à Luigi Mengoni, "qui a toujours poussé à accepter, et même à cultiver, le substrat civiliste/contractuel du droit du travail, avant l'introjection de la fin de la défense de la personne impliquée dans le travail, tout en rendant compte de la dimension particulière de la matière (…), ne suffit pas à fonder une autosuffisance systématique" *("il quale ha sempre ammonito ad accettare, anzi a coltivare, il sostrato civilistico/contrattuale del diritto del lavoro, l'introiezione del fine di tutela della persona implicata nel lavoro, pur dando conto della peculiare dimensione della materia (…), non basta a fondare un'autosufficienza sistematica").*

[312] A. PERULLI, *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, cit., 43; j'insère, en réalité à l'invitation de l'auteur à construire une «nouvelle alliance» fondée «sur une grammaire commune», l'idée que celle-ci puisse repartir de la pensée de FRANCESCO SANTORO PASSARELLI, continuée et revisitée par MATTIA PERSIANI. Ce dernier, citant la pensée de L. MENGONI (*Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., 51-53), confirme que c'est l'interprétation théorique qui établit les critères pour la vérification nécessaire du moment valutatif «du point de vue de la rationalité du système normatif», lequel «a ses raisons», qui ne coïncident pas nécessairement avec celles des points de vue extrasystémique bien que fondés «sur l'opinion de tous ou de la grande majorité des sages» («*sull'opinione di tutti o della grande maggioranza o dei sapienti*»)

la société, est une expression typique de l'esprit humain» («anche il diritto, regola consapevole e vincolante per la società, è espressione tipica dello spirito umano»)[313].

De cette «grammaire», on nous dit qu'un équilibre entre efficacité axiologique et efficacité économique ne pourra jamais sacrifier les valeurs de l'homme qui travail; mais elle enseigne aussi que, précisément pour défendre ces valeurs, un équilibre est nécessaire entre les valeurs de l'homme et celles de l'entreprise, dans la mesure où ces derniers instruments au bien-être de la personne et à son développement équilibré dans les formations sociales et dans la société civile[314].

Résumé

Dès lors que le droit du travail semble en crise, en raison de l'impossibilité-incapacité à formuler un équilibre raisonnable entre efficacité axiologique, efficacité pratique et efficacité économique, l'essai soumet à vérification l'afffirmation que ce résultat a été atteint dans le droit syndical grâce à sa construction en termes privatistes réalisée par Francesco Santoro Passarelli.

L'auteur parcourt la naissance de la théorie de l'autonomie privée collective jusqu'à son achèvement dans l'apport décisif de la pensée de Mattia Persiani, ainsi que dans son intégration à la proposition reconstructive de l'organisation syndicale opérée par Gino Giugni. L'approche méthodologique, à la fois rigoureuse et flexible, permet à cette théorie de recevoir la nouvelle dimension de la représentation syndicale dans une démocratie néo-corporatrice, favorisée par la législation de soutien et de reconnaissance de la légitimité de la grève politique.

L'essai conclue par la confirmation de la constante actualité d'une pensée qui, dans la continuité de l'Ecole, a su mettre en évidence les cohérences entre l'autonomie collective et l'autonomie individuelle, et rendre compte de l'action des groupes sociaux au sein d'une société complexe.

[313] F. SANTORO PASSARELLI, *Spiritualità dell'uomo, Nota minima anomala di un giurista*, dédié à Pietro Gismondi, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi Saggi*, cit., 2. C'est, au fond, le sens d'une vie et d'une défense constante des valeurs de la science juridique, qui l'amènera à dire, en parlant de son parcours de recherche: «su questo metodo, definito anche concettualistico o addirittura dogmatico, bisogna ancora intendersi, dopo che è stato fatto oggetto di tante critiche dalla *nouvelle vague*», *La mia università*, 1987, in *Ordinamento e diritto civile*, cit., 12; et, en effet, il a déjà dit «la scienza giuridica continua ad essere la scienza di ciò che è diritto», *Quid ius?*, cit., 25; et a encore ajouté «alla stregua di questa convinzione il cosiddetto uso alternativo del diritto o diritto alternativo non trova per sé una giustificazione», *Pluralismo e partecipazione*, 1983, *Ordinamento e diritto civile*, cit., 252.

[314] M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, cit., 55, qui rappelle la nécessité de «penser problématiquement» en prenant en considération tous les points de vue (comme l'enseigne L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 94) qui caractérisent «la réalité d'une société pluraliste et capitaliste comme la nôtre qui, comme telle, exprimé un complexe articulé d'alternatives sociales» («*la realtà di una società pluralistica e capitalistica come la nostra che, come tale esprime un articolato complesso di alternative sociali*»). Du reste, sur le marché, ne sont pas acteurs que les entreprises, mais aussi les consommateurs et les travailleurs, avec la conséquence que «liberté du marché» signifie «création de règles destinées à l'arrangement des intérêts en jeu selon une logique démocratique» («*creazione di regole rivolte alla composizione degli interessi in giuoco secondo una logica democratica*») G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, Riv. trim. proc. civ., 1999, 735.