

ESPAGNE

Après la rupture du dialogue social, le Gouvernement a approuvé le *Real Decreto-ley* (décret-loi royal) 10/2010 du 16 juin, sur les mesures urgentes pour la réforme du marché du travail¹. Il a été validé par le *Congreso de los Diputados* et soumis par le biais de la procédure d'urgence. La réforme a finalement été adoptée par le Parlement grâce à la loi 35/2010 du 17 septembre qui apporte un certain nombre de changements au texte original du décret-loi, et introduit des développements très importants dans les principes de base du droit du travail, comme le licenciement ou la modification substantielle des conditions de travail². Entre autres points, ce texte améliore la réglementation sur l'égalité entre les hommes et les femmes au travail, légalise les agences privées pour l'emploi à but lucratif et incorpore, dans le droit national, la directive 2008/104/CE du 19 novembre 2008 sur l'emploi temporaire. Face à l'impossibilité de rendre compte de tous les changements, je me limiterai aux points les plus pertinents.

Le droit joue un rôle modeste dans la société. Les règles ne créent pas d'emplois. Lorsque l'économie espagnole se développe, de nombreux emplois sont créés, même s'ils s'avèrent être de qualité médiocre, mais lorsqu'une crise survient ces emplois disparaissent à une vitesse vertigineuse. À l'heure actuelle, l'Espagne a le taux de chômage le plus élevé de l'OCDE et de l'Union européenne (20,7%)³. En ce sens, le préambule de la loi stipule que la crise économique a mis en évidence la non-viabilité du modèle espagnol de relations de travail, et confesse, avec sincérité et

¹ Cf. I. García-Perrote et J. R. Mercader Uguina (dir.), *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Lex Nova, Valladolid, 2010 ; A. V. Sempere Navarro (dir.) et R. Martín Jiménez (coord.), *La reforma laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, et Alfonso Mellado, Carlos I.; Blasco Pellicer, Ángel; Camps Ruiz, Luis Miguel et Goerlich Peset, José M^a, *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 10/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

² Cf. I. García-Perrote et J. R. Mercader Uguina (dir.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

³ Cf. OECD Harmonised Unemployment Rates, News Release: juillet 2010, Paris, 14 septembre 2010 ; et Eurostat, Communiqué de presse euroindicateurs 180/2010, 30 novembre 2010.

réalisme, quelques-uns des maux qui frappent le marché du travail : une présence significative de travailleurs sous contrats à durée déterminée, un faible potentiel de flexibilité interne des entreprises, une capacité insuffisante de placement par les services publics pour l'emploi et une discrimination dans le marché du travail, en particulier dans l'emploi des femmes, des personnes handicapées et des chômeurs plus âgés.

Face à cette situation, le législateur a voulu – objectif essentiel – contribuer à la réduction du chômage et accroître la productivité de l'économie espagnole, et plus précisément : réduire la dualité du marché du travail, en encourageant l'emploi stable et de qualité ; renforcer la flexibilité interne, en particulier afin de promouvoir la réduction du nombre d'heures de travail pour éviter les licenciements ; fournir des mécanismes alternatifs plus sains que les contrats à durée déterminée dans le but de faciliter l'adaptabilité des entreprises ; et, en fin de compte, accroître les opportunités d'emploi pour les chômeurs, en particulier les jeunes. Si les objectifs sont louables, il est moins évident que les mesures approuvées permettront de les atteindre. La réforme, hésitante, s'est perdue en cours de route de peur d'être trop agressive. Par conséquent, ni les employeurs, ni les partis politiques d'opposition, ni les syndicats les plus représentatifs, l'UGT et les CC.OO., qui ont entamé une grève générale le 29 septembre, ne l'ont apprécié⁴.

I – Le renforcement des pouvoirs de l'employeur

Tout d'abord, certaines dispositions renforcent les pouvoirs de l'employeur. La loi vise à assurer une plus grande flexibilité interne aux entreprises et, si le licenciement est nécessaire, à faciliter la rupture du contrat. Ainsi, comme alternative au licenciement, est implanté le modèle allemand de réduction des heures et des salaires en vertu de l'article 47 du *Estatuto de los Trabajadores (ET)*. Dès lors, les entreprises en difficulté sont autorisées à réduire la journée de travail de 10 à 70% ; le travailleur ayant droit au chômage partiel selon les articles 203.3, 208 paragraphe 1.3, et

⁴ Cf. le document des syndicats CC.OO. et UGT « Valoración de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo », <http://www.ugt.es/actualidad/2010/septiembre/22%20Valoracion%20conjunta%20mercado%20trabajo.pdf>. et le « Comunicado de CEOE sobre el Decreto de Reforma laboral » <http://www.ceoe.es/ceoe/contenidos.item.action?id=4033934&menuId=5436374>.

210.5 de la *Ley General de la Seguridad Social*. De même, la loi prévoit la non-application ou la diminution salariale (article 82.3 du *ET*), la mobilité géographique (article 40 *ET*) et les modifications substantielles des conditions de travail (article 41 *ET*). Par ailleurs, la loi ne retient pas l'intention initiale du Gouvernement d'établir un arbitrage obligatoire en cas de divergences dans la période de consultation avec les représentants des salariés, compte tenu des doutes qui pèsent sur la constitutionnalité de la proposition. L'arbitre n'interviendra qu'avec l'approbation de l'employeur et des travailleurs. Toutefois, dans le domaine de la flexibilité interne, la réforme a été timide. Les employeurs réclament une plus grande flexibilité pour modifier les conditions de travail, et non seulement les salaires, lorsque les circonstances économiques ou organisationnelles le justifient. En particulier, ils plaident pour une adaptabilité des conventions collectives sectorielles au niveau provincial qui tienne compte de la situation de l'entreprise. Ces allégations ne sont pas sans fondement. En réalité, avec la dualité du marché du travail, le gros problème du système espagnol découle de la rigidité du modèle de négociation collective, héritée du franquisme. C'est la raison pour laquelle le Gouvernement devrait proposer des initiatives législatives en la matière (disposition additionnelle 21^a).

L'idée de flexibilité interne, que traduisent le modèle allemand ainsi qu'une plus grande ductilité des conventions collectives, a été supplantée par une autre : la diminution du coût du licenciement. Cet aspect a été souligné par le patronat et a acquis un rôle prépondérant malgré les positions syndicales s'y opposant. Dès lors, la loi prétend faciliter le recours aux licenciements collectifs ou objectifs. En ce sens, la réforme aspire à clarifier la notion de cause économique, technique, organisationnelle ou de production pour un recours plus simple aux licenciements collectifs ou objectifs, assurant une indemnisation de salaire de 20 jours par année de service, dans la limite de 12 mensualités. Dans la nouvelle formulation, il est entendu qu'intervient un motif économique lorsque les résultats de l'entreprise révèlent une situation économique négative, dans des cas tels que les pertes, actuelles ou prévues, ou le déclin persistant du niveau de recettes pouvant affecter sa viabilité ou sa capacité à maintenir le volume d'emploi (article 51.1 du *ET*). Les pertes qui peuvent être non seulement actuelles, mais également prévues, facilitent l'extinction du contrat de travail. De même, l'article 51.1 du *ET* précise certains des changements qui justifient les raisons techniques, organisationnelles ou de production. Il convient de souligner le libellé, ouvert, de la disposition. L'énumération des hypothèses

est purement illustrative et n'est pas étanche à l'appréciation judiciaire d'autres circonstances. Pourtant, il existe une intention claire du législateur d'orienter l'interprétation et de réduire la discrétion judiciaire dans l'appréciation de la présence ou non de causes économiques, techniques, organisationnelles ou de production. En outre, dans sa nouvelle rédaction, l'article 52 d) du *ET* réduit de 5 à 2,5% le taux d'absentéisme total du personnel permettant à un employeur de licencier pour manque d'assiduité au travail, même s'il est justifié et intermittent, dès lors qu'il atteint 20% de jours de travail sur 2 mois consécutifs, ou 25% sur 4 mois discontinus pour une période de 12 mois. Encore une fois, la loi facilite la rupture du contrat de travail.

La réforme permet également de réduire le coût des licenciements. Tout d'abord, elle restreint les possibilités de contrôle judiciaire sur les causes économiques. Par conséquent, l'employeur sera plus enclin à payer des indemnités s'élevant à 20 jours de salaire par année de service, au lieu de 33 ou 45. La réforme modifie le centre de gravité de la réglementation du licenciement. Elle cherche ainsi à mettre un terme à l'anomalie selon laquelle 80% de licenciements sont disciplinaires : en effet, l'employeur préfère payer l'indemnisation plus élevée de 45 jours de salaire par année de service, avec un maximum de 42 mois – pour éviter un processus long et lourd d'incertitudes. Dorénavant, le licenciement pour motif économique, technique, organisationnel ou de production soustraira une partie du rôle principal du licenciement disciplinaire, qui a offert, dans notre droit, le régime commun de protection en la matière. Pour élargir la portée des licenciements collectifs et objectifs, on diminue celle des licenciements disciplinaires. Un plus grand nombre de ruptures du contrat seront réglées au moyen d'une rémunération inférieure à celle du licenciement disciplinaire irrégulier. Ensuite, la réforme vise à réduire indirectement le coût du licenciement, en étendant le cadre subjectif du contrat pour la promotion de contrats à durée indéterminée, avec indemnité de licenciement objectif irrégulier de 33 jours par année de service avec un maximum de 24 mensualités (disposition additionnelle 1^a de la loi 12/2001 du 9 juillet). Enfin, concernant les montants prévus pour les divers cas de rupture, la loi réduit les sommes à verser par les employeurs en cas de licenciement collectif ou objectif. Temporairement, le *Fondo de Garantía Salarial* (Fonds de garantie salariale) se chargera du paiement de 8 jours d'indemnisation en cas de licenciement individuel ou collectif (disposition transitoire 3^a). Avant la réforme, le *Fondo de Garantía Salarial* seul réglait 40% du coût de

licenciement collectif ou objectif, si l'entreprise avait moins de 25 travailleurs. La mutualisation significative du risque suppose la participation conjoncturelle et transitoire du *Fondo de Garantía Salarial* dans le paiement d'une partie de la rémunération jusqu'à ce que le dénommé modèle autrichien s'adapte à notre droit, par la création d'un fonds de capitalisation individuelle, maintenu durant la vie professionnelle (disposition additionnelle 10^a).

En bref, l'interaction de ces articles produit une réduction du coût du licenciement. Que ce soit pour motif économique, technique, organisationnel ou de production, et pour absentéisme, licencier s'avère désormais plus simple. Le contrat pour la promotion de contrats à durée indéterminée se généralise. Le *Fondo de Garantía Salarial* se charge d'une partie de la rémunération jusqu'à ce que soit constitué un fonds de capitalisation individuelle. La réforme ne modifie pas le montant des indemnités, mais vise à encourager les employeurs à embaucher à durée indéterminée, en échange d'une réduction, dans la pratique, du coût des licenciements. Il est frappant de constater que, comme par le passé, c'est par le biais de moyens indirects que la réforme tente de soulager les entreprises des coûts du licenciement. Cela montre que même aujourd'hui, l'indemnité de départ est un tabou et qu'il est difficile de juger sans parti pris et avec réalisme⁵.

II – La protection des droits des travailleurs

Par ailleurs, le législateur met l'accent sur la protection des droits des travailleurs. Il limite notamment la durée des contrats de travail à durée déterminée ou de service à 3 ans ; extensible à 12 mois, si cela est prévu dans la convention collective du secteur [article 15.1 a) du *ET*]. Il rigidifie les règles afin de prévenir les abus au cours du recrutement, en interdisant l'enchaînement de contrats à durée déterminée de plus de 24 mois sur une période de 30 mois, dans la même entreprise ou groupe d'entreprises, et ce même à des postes de travail différents (article 15.5 *ET*). Jusqu'à présent, il suffisait à l'entreprise de changer le poste de travail du salarié pour

⁵ Cf. J. L. Gil y Gil, « La indemnización por despido improcedente », in J. L. Gil y Gil, J. M. del Valle Villar (coords.), *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Ediciones Cinca, Madrid, 2009, pp. 403-446.

contourner la durée maximale imposée. Enfin, progressivement, de 2012 à 2015, la loi augmente de 8 à 12 jours par année de service la compensation pour rupture des contrats à durée déterminée et éventuellement pour les circonstances de production (article 49,1 c) du *ET* et disposition transitoire 13^a du *ET*). La prévision n'est pas fortuite. Il s'agit de la somme payable par l'employeur en cas de licenciement pour motif économique recevable, résultant d'une ordonnance du tribunal ou par accord entre les parties. L'employeur ne paie que 12 jours, puisque le *Fondo de Garantía Salarial* se charge des 8 autres. Dans la mesure où le coût d'un licenciement pour motif économique est le même que l'extinction d'un contrat à durée déterminée, le législateur espère progressivement bannir la pratique en vertu de laquelle ce dernier est utilisé comme une passerelle vers le marché du travail.

En conclusion, le législateur hésite et cherche à atteindre un équilibre entre deux décisions contradictoires. Il est conscient qu'il doit agir contre la dualité du marché du travail et réduire le coût du licenciement, afin d'encourager la création d'emplois. Mais dans le même temps, il pose des obstacles aux contrats à durée déterminée et n'admet l'arbitrage qu'en cas de divergences dans la période de consultation avec les représentants du personnel quand le permettent les accords collectifs. Ainsi, le législateur a-t-il de nouveau raté l'occasion de procéder à une réforme ambitieuse et cohérente de la législation du travail, parfois rigide et héritée du franquisme. Le processus parlementaire a seulement servi, en partie, à clarifier certains points ambigus, comme la notion de motif économique, et n'a pas abordé des questions importantes telles que la formation et la polyvalence, ou l'amélioration de la négociation collective. En définitive, la loi a encore perdu la possibilité d'introduire des changements importants que le gouvernement n'a pas osé inclure dans le *Real Decreto-ley*.

José Luis Gil y Gil
Université Alcalá de Henares