

ÉTUDES

p. 1 Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer

La réforme espagnole de la négociation collective de 2011/2012

p. 11 Patricia Kurczyn Villalobos

Observations sur la législation mexicaine relative à l'égalité des genres au travail

p. 25 Yuichiro Mizumachi

Métamorphose du droit du travail : le fondement théorique et le cas japonais

p. 37 Sergio Gamonal Contreras

Le préjudice moral causé par la rupture du contrat de travail en droit chilien

p. 45 Carmen Grau Pineda

Gestion des flux migratoires en temps de crise : le système espagnol de quotas

p. 57 Paul Secunda

Réflexions sur les questions de souveraineté et de juridiction dans le Droit Mondial des prestations sociales

p. 71 Pascale Lorber

La protection des travailleurs en contrat à durée déterminée : l'utilisation délibérée de la directive européenne

p. 81 Jeseong Park

Le travail sous-traité en droit coréen : une double crise de la notion et de la réalité

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 93 Afrique du Sud

p. 95 Algérie

p. 97 Allemagne

p. 99 Argentine

p. 101 Australie

p. 103 Autriche

p. 105 Bulgarie

p. 107 Canada (Québec)

p. 109 Chili

p. 111 Colombie

p. 113 Conseil de l'Europe

p. 115 Côte d'Ivoire

p. 117 Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

p. 119 Espagne

p. 121 États-Unis

p. 123 France-Droit de la sécurité sociale

p. 125 France - Droit du travail

p. 127 Grèce

p. 129 Italie

p. 131 Luxembourg

p. 133 OIT

p. 135 Pologne

p. 137 République Tchèque

p. 139 Roumanie

p. 141 Royaume-Uni

p. 143 Serbie

p. 145 Thaïlande

p. 147 Turquie

p. 149 Union Européenne - Droit de la sécurité sociale

p. 151 Union Européenne - Droit du travail

CARMEN GRAU PINEDA

Professeur de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale - Faculté de Sciences Juridiques de l'Université de Las Palmas de Gran Canaria (Iles Canaries, Espagne).

Thèmes de recherche : Marché du travail, Politique de l'emploi, Sécurité sociale et protection sociale, Prévention des risques professionnels, Politique d'immigration et de gestion de flux migratoires. Parmi ses publications :

~ Bonifications de quotas et promotion de l'emploi, éd. Tirant le Blanch, 2009.

~ Le harcèlement moral au travail dans la législation espagnole: du risque psychosocial à l'obligation de sécurité de l'employeur », Revue Travail et Emploi, vol. 112, 2007, pp. 49-61.

GESTION DES FLUX MIGRATOIRES EN TEMPS DE CRISE : LE SYSTÈME ESPAGNOL DE QUOTAS



ABSTRACT

In Spain, the quota of foreign workers is designed as an instrument for channeling migratory flows but also as an instrument of employment policy as it is used as a measure of hardening or softening of the Spanish labor market in regard to the foreign labor, according to the needs thereof. But in the current economic crisis, the impacts on such mechanisms for managing migratory flows are undeniable

KEY WORDS : Politics of immigration, Politics of employment, Regulation/Management of migratory flows, Contingent, Foreign workers.

RÉSUMÉ

En Espagne, le contingentement de travailleurs étrangers est conçu comme un instrument de canalisation des flux migratoires mais aussi comme instrument de politique d'emploi puisqu'il est utilisé comme mesure de durcissement ou d'assouplissement du marché du travail espagnol en ce qui concerne la main-d'œuvre étrangère, en fonction des besoins de celui-ci. Mais, dans le contexte actuel de crise économique, les répercussions sur ce type de mécanismes de gestion des flux migratoires sont indéniables.

MOTS CLÉS : Politique d'immigration, Politique d'emploi, Régulation/Gestion des flux migratoires, Contingentement, Travailleurs étrangers.

La politique d'immigration espagnole a été caractérisée, jusqu'à récemment, par un faible aménagement des flux migratoires de travailleurs. Au-delà du *contingente de trabajadores extranjeros* (littéralement, contingentement de travailleurs étrangers¹ ; à savoir, système espagnol de quotas d'autorisations de travail attribuées à des travailleurs étrangers), apparu pour la première fois il y a presque 20 ans déjà², les initiatives visant à une gestion plus ordonnée des migrations de travailleurs ont occupé une place secondaire face aux tentatives en vue de combattre l'immigration irrégulière et de contrôler les frontières. Il semble que désormais la réalité imposée par la crise économique, l'appauvrissement du marché du travail espagnol (et européen) quant à sa capacité à créer des emplois, et la diminution directe des emplois qui étaient fréquentés par les travailleurs migrants, ont exigé l'adoption de deux grands types de mesures quelque peu contradictoires. Il s'agit, d'une part, des tentatives, pas toujours réussies, de réglementation de la migration du travail et d'institutionnalisation des canaux d'immigration économique avec des retours organisés (migration circulaire) et de la signature d'accords bilatéraux de recrutement de travailleurs étrangers avec leur pays d'origine. Il s'agit, d'autre part, à l'opposé, de la réactivation des préférences pour le retour volontaire par le biais de divers programmes de retour articulés à cette fin³.

En raison de l'importance des migrants sur l'équilibre et l'ajustement du marché, les principales régions réceptrices, et notamment des pays comme le Royaume-Uni, l'Irlande ou l'Espagne ont, en cette période de ralentissement économique, freiné les flux migratoires. Dans cette optique, la législation espagnole en la matière s'est caractérisée par l'adoption d'une série de dispositions plus ou moins flexibles pouvant être appliquées « (...) tel un soufflet ou un accordéon, étendues ou restreintes, selon les circonstances, [et, en ce sens,] la rudesse de la crise économique et ses répercussions sur le taux de chômage. C'est donc dans un sens défensif que les autorités publiques ont eu recours à des mécanismes d'utilisation des travailleurs espagnols, communautaires et extracommunautaires résidant légalement sur le territoire (...) »⁴. En d'autres termes, l'immigration semble être une variable d'ajustement dans la mesure où elle permet d'équilibrer rapidement l'offre et la demande sur le marché du travail en fonction des fluctuations économiques⁵. Étant donné le lien étroit existant entre croissance économique et immigration, il est indéniable que sans l'afflux des travailleurs immigrés, au cours de la période 2001-2008, l'Espagne n'aurait pas pu connaître la croissance économique qui a été la sienne⁶. Durant cette période, l'Espagne s'est montrée favorable à l'immigration dont l'économie espagnole avait alors besoin en raison du large éventail d'emplois qui pouvaient être pourvus par des travailleurs immigrés. Ce qui n'est plus désormais

¹ Comme nous le verrons en détails plus avant, le *contingente* destiné aux travailleurs ressortissants d'un pays tiers est l'un des instruments de canalisation des flux migratoires en Espagne.

² L'ouverture d'un premier *contingente de trabajadores extranjeros* a été menée à bien en 1993. Pour plus de détails, voir C. Grau Pineda, « El contingente de trabajadores extracomunitarios como mecanismo ¿idóneo? de regulación de flujos migratorios laborales en España », *Justicia Laboral*, n° 40, 2009, pp. 55-82.

³ Pour plus de détails sur les programmes de retour volontaire en Espagne, voir C. Grau Pineda, « De las facilidades al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en España : Medidas anticrisis o gestión de flujos migratorios laborales ? », *Revista Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 28, 2011, pp. 49-68.

⁴ R. Escudero Rodríguez, « Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena », *Relaciones Laborales*, n° 15-16, 2009, p. 170.

⁵ V. Fromentin, « Les conséquences économiques de l'immigration en Europe en période de crise », *Revue de l'Union européenne*, n° 547, 2011, p. 223.

⁶ M. Pajares Alonso, *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009*, Observatorio Permanente de la Inmigración, MTIN, 2009, p. 31.

le cas. La crise économique n'ayant pas mis un terme définitif aux flux migratoires, leurs caractéristiques ont singulièrement évolués⁷.

Lier la politique migratoire avec le développement économique n'est pas une question nouvelle. Les mouvements migratoires mettent en évidence une relation étroite entre développement économique et migration : le rapport de cause à effet entre sous-développement et exportation de main-d'œuvre et, à l'inverse, développement économique et importation de main-d'œuvre étrangère, révèle qu'économie et main d'œuvre constituent l'axe sur lequel repose le phénomène des migrations⁸. Ainsi, la crise économique mondiale a-t-elle des répercussions négatives sur la situation des migrants, notamment en raison de l'intensification de la concurrence sur le marché⁹.

Dans le contexte économique européen de crise, les nouvelles mesures proposées pour faire face efficacement à la migration internationale reposent sur des concepts tels que ceux de migration circulaire et de retour. Il apparaît en effet que les programmes permettant aux immigrants de retourner dans leur pays ou de circuler aisément entre leur pays d'origine et le pays d'accueil permettraient non seulement un transfert de compétence souhaitable du pays d'accueil vers le pays d'origine, généralement en voie de développement, mais générerait par ailleurs un certain nombre d'avantages aux immigrés eux-mêmes et à leur famille¹⁰. En outre, la migration circulaire propose l'incorporation de la notion de retour à la migration économique ou professionnelle¹¹. Ces formules favorisant la circularité de la migration ne sont nullement innovantes mais ont été remises au goût

du jour en raison du contexte économique et démographique dans de nombreux pays¹². Les anciens programmes de recrutement des travailleurs étrangers temporaires sont désormais présentés comme constituant une alternative viable pour la gestion de la migration, dans la mesure où ils semblent parvenir à combiner l'éternel conflit entre le besoin et le rejet. Mais, il convient de ne pas oublier que le fait de « (...) mettre excessivement l'accent sur la conviction que les États peuvent contrôler les processus de migration pourrait laisser supposer que ces flux peuvent être réduits selon certaines stratégies (...) »¹³. Rien n'est plus éloigné de la réalité. Par ailleurs, le regain d'intérêt pour ces programmes de mobilité des travailleurs étrangers temporaires réside dans le fait qu'ils semblent contribuer à la flexibilité du marché de travail, suscitent moins d'opposition sociale et apparaissent comme une solution possible pour contenir l'immigration clandestine¹⁴.

Enfin, l'étude des caractéristiques du contingentement de la main-d'œuvre non-communautaire et non résidente en Espagne, comme mécanisme de gestion des flux migratoires, présente en outre un double intérêt. Il s'agit, d'une part, de l'estimation technique des postes de travail ne pouvant être couverts par la main-d'œuvre nationale, communautaire ou étrangère non-communautaire déjà résidente et en situation régulière en Espagne, en constatant l'existence de « créneaux d'emploi », c'est-à-dire de secteurs d'activité dépourvus de travailleurs (principalement, agriculture, élevage et service domestique) en dépit de l'existence d'un fort taux de chômage en Espagne. D'autre part, il s'agit du fait que les offres d'emploi ciblées par ce système de quotas correspondent, en majorité, à celles aujourd'hui généralement couvertes par la main d'œuvre étrangère irrégulière. C'est la raison pour laquelle le « *contingente de trabajadores extranjeros* » agit, indirectement, comme

⁷ Pour une perspective complète, voir C. Grau Pineda, « El impacto de la crisis económica sobre la gestión de los flujos migratorios laborales en España », *Temas Laborales*, n° 109, 2011, pp. 73-110.

⁸ M. I. Ramos Quintana, « Trabajadores extranjeros e integración social », *Temas Laborales*, n° 54, 2000, p. 5.

⁹ V. Fromentin, « Les conséquences économiques de l'immigration en Europe en période de crise », *op. cit.*, p. 221.

¹⁰ R. Pérez Yáñez, « Renovadas orientaciones en la gestión de la migración: las propuestas provenientes del codesarrollo », *Relaciones Laborales*, n° 15-16, 2009, pp. 164-165.

¹¹ A. Alaminos, C. López, B. López, I. Perea y O. Santacreu, « El retorno de las Migraciones Circulares: La regulación de las migraciones profesionales », *Revista Obets*, n° 3, 2009, pp. 59 et s.

¹² Plus de détails dans S. Castles, « Guestworkers in Europe: a Resurrection? », *International Migration Review*, vol. 40, n° 4, 2006, pp. 741-766.

¹³ M.I. Ramos Quintana, « Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo? », *Revista Ministerio Trabajo e Inmigración*, n° 63, 2006, p. 15.

¹⁴ Plus détails dans R. Ferrero Turrión, et A. López Sala, « Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España: el caso de los acuerdos bilaterales de trabajadores con países de origen », *Revista Ministerio Trabajo e Inmigración*, n° 80, 2009, p. 122.

instrument de politique d'emploi puisqu'il est utilisé comme mesure de durcissement ou d'assouplissement du marché du travail espagnol en ce qui concerne la main-d'œuvre étrangère, en fonction des besoins de celui-ci. Depuis sa première parution en 1993¹⁵, le contingentement d'autorisations de travail (également appelé système de quotas¹⁶) pour travailleurs ressortissants d'un pays tiers est considéré comme un instrument de canalisation des flux migratoires en complément de l'application d'autres mécanismes de contrôle (tels que l'exigence de visa ou le contrôle de l'entrée aux frontières). Par ce moyen, les pouvoirs publics orientent les flux migratoires, au lieu de laisser cette initiative exclusivement aux employeurs ou aux lois du marché.

Une présentation générale du contingentement comme instrument de gestion de flux migratoires (I) permettra, après une brève rétrospective historique (A) et une présentation de ses principaux éléments de définition issus de la réglementation en vigueur (B), de mettre en relief le contexte conjoncturel de crise dans lequel intervient le contingentement (II). Les deux aspects fondamentaux du contingentement seront tour à tour abordés, à savoir la flexibilité et la sélection (A). Enfin, une étude des synergies existantes quant à l'adoption des derniers contingentements de travailleurs étrangers en

Espagne ainsi que des incidences de la crise économique sur le système espagnol de quotas sera également proposée (B). Tout cela, sans essayer d'énumérer ni de reproduire la foule de conditions en vigueur, dans le but d'apporter un peu de lumière sur un des mécanismes de régulation des flux migratoires prévus par la politique espagnole d'immigration.

I – Présentation générale du contingentement comme instrument de gestion des flux migratoires

L'établissement innovant d'un contingentement annuel d'une main-d'œuvre non-communautaire et non-résidente en Espagne, comme instrument de contrôle et de canalisation des flux migratoires vers le marché du travail espagnol, a vu le jour en l'an 2000, grâce à la Loi Organique sur les droits et les libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale (A). Ce modèle de migration choisie est basé sur la régularité et est lié aux demandes du marché du travail ; modèle dans lequel la gestion de la migration liée au travail et la promotion de la migration régulière constituent deux des fonctions les plus importantes (B).

A – Brève rétrospective historique du contingentement de main-d'œuvre non-communautaire en Espagne

L'adoption de la Loi Organique 4/2000 du 11 janvier sur les droits et les libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale a fait apparaître, pour la première fois, l'établissement d'un contingentement annuel d'une main-d'œuvre non-communautaire et non-résidente en Espagne. Par rapport aux dispositions précédentes de la Loi Organique 7/1985¹⁷, l'adoption de cette loi trouve son explication dans la dynamique et les caractéristiques de l'immigration en Europe au XXI^{ème} siècle. Mais, malgré tout, cette disposition a été affligée, dès son adoption, d'un handicap considérable découlant de son caractère provisoire : tant en raison de l'impossibilité de procéder à

¹⁵ Cf. C. Grau Pineda, « El contingente de trabajadores extracomunitarios como mecanismo ¿idóneo? de regulación de flujos migratorios laborales en España », *op. cit.*

¹⁶ Comme le Professeur Naïr, nous préférons l'utilisation du terme de contingentement, parce que « (...) les quotas tendent à favoriser des catégories de personnes eu égard à nos besoins immédiats, et à leur fournir une résidence légale en fonction de nos seuls intérêts. Or, les pays fournisseurs d'émigration n'ont pas nécessairement intérêt à voir s'en aller ceux dont ils ont besoin. On doit dépasser, par conséquent, cette logique strictement instrumentaliste. La politique de codéveloppement a recours, au contraire, à des contingentements de personnes destinées à se former en travaillant en France, dans l'optique d'un retour programmé dans leur pays d'origine. Cette politique articule nos besoins avec ceux du pays d'origine. La circulation ainsi organisée constitue une véritable aide au développement (...) », dans S. Naïr, « Rapport bilan et orientation sur la politique de co-développement liée aux flux migratoires », Paris, Mission interministérielle Migrations/Co-développement (MINECO), Ministère des Affaires Etrangères, 1997, p 7.

¹⁷ *Ley orgánica 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.*

son application réglementaire dans le délai prévu, qu'en raison du respect de la promesse électorale de modifier immédiatement cette Loi en cas d'élection du parti politique actuellement au pouvoir. La réforme de la LO 4/2000 a effectivement eu lieu avec l'adoption de la Loi Organique 8/2000, du 22 décembre.

Par rapport aux dispositions précédentes de la LO 7/1985, la LO 4/2000 (LOEx, dorénavant) avait un objectif plus vaste parce qu'elle prétendait fixer les bases de l'intégration des immigrés en Espagne et donnait ainsi une dimension beaucoup plus globalisante au traitement de l'immigration, comme l'indiquait le titre lui-même de la norme. D'autre part, l'adoucissement des schémas traditionnels (application des règles de police qui cède le pas devant la nécessité de garantir l'intégration) n'était pas en contradiction avec le fait qu'il soit décidé de canaliser l'immigration « (...) par des voies comme le « contingentement » de la main-d'œuvre étrangère et un plus grand contrôle sur les flux d'entrée et de sortie ; en somme, ce sont de nouvelles formules par lesquelles le système économique continue à établir la façon dont il admet (et contrôle) l'incorporation d'une nouvelle main-d'œuvre étrangère pour atteindre les objectifs qu'il s'est proposé (...) »¹⁸. Et cela, parce que les deux tendances – adoucissement des schémas traditionnels et canalisation des flux – n'étaient pas opposées mais complémentaires entre elles, de telle sorte qu'elles confirment le pari du législateur pour un modèle de gestion des flux migratoires plus contrôlé et plus limité mais, en même temps, plus intégrateur.

C'est dans ce contexte qu'il faut situer l'introduction, pour la première fois dans une loi, d'un contingentement annuel d'une main-d'œuvre non-communautaire et non-résidente en Espagne (article 39 de la LOEx), pour comprendre les conséquences d'une telle incorporation dans toute son ampleur. Le simple fait d'employer l'expression « *Gestión colectiva de contrataciones en origen* » (que l'on pourrait traduire par « gestion collective d'embauches dans les pays d'origine » et qui correspond au recrutement direct de travailleurs étrangers, dans leur pays d'origine, pour satisfaire à des besoins chiffrés précis dans un certain secteur d'activité), ou même d'avoir recours, comme auparavant, au terme de

« contingentement » traduit l'importance donnée à cet instrument de contrôle et de canalisation des flux migratoires vers le marché du travail espagnol ; importance assortie d'un caractère prioritaire par rapport aux autres instruments prévus à cet effet.

Le premier règlement d'application de la LOEx avait été adopté par *Real Decreto* (Décret royal, ci-après RD) 864/2001 dans lequel le contingentement était traité au sein d'un unique article (l'article 65) contenant 11 alinéas rédigés de façon peu claire et peu ordonnée. Ce règlement, en raison des innombrables problèmes pratiques et des critiques émises par les tribunaux, avait été rapidement abrogé. Trois ans plus tard, l'adoption du RD 2393/2004, du 30 décembre (REx, dorénavant), deuxième règlement de la LOEx, est considérée comme ayant une importance considérable dans « l'architecture du système migratoire actuel » – tel que l'indique le texte lui-même – en particulier en ce qui concerne l'accès des étrangers à l'emploi et leur travail en Espagne.

Enfin, la Loi Organique 2/2009, du 11 décembre, apporte une seconde modification à la LO 4/2000 ; laquelle ne sera très certainement pas la dernière. Selon l'exposé des motifs de la LO 2/2009, trois causes justifiaient la réforme proposée : la nécessité d'incorporer au sein de cette Loi Organique la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel en proposant une nouvelle rédaction aux articles précédemment déclarés inconstitutionnels¹⁹ ; la nécessité de transposer les Directives européennes sur l'immigration qui étaient en attente de l'être ou qui ne l'avaient pas été pleinement²⁰ ; et, enfin, la nécessité d'adapter la Loi Organique mentionnée à la nouvelle réalité économique espagnole au regard de la migration, laquelle présente des caractéristiques et pose des défis différents de ceux qui existaient lors de sa dernière modification. La loi elle-même souligne que l'immigration

¹⁸ M. I. Ramos Quintana, « Trabajadores extranjeros... », *op. cit.*, p. 6.

¹⁹ Les décisions 236/2007 ou 259/2007 dans lesquelles le Tribunal Constitutionnel reconnaît que l'exigence de résider légalement en Espagne pour l'exercice des droits fondamentaux (réunion, association, syndicalisation et grève), imposée par cette loi aux étrangers, constituait une restriction injustifiée et, par conséquent, contraire à la Constitution puisque, selon celle-ci, les droits indiqués concernent toutes les personnes quelles qu'elles soient.

²⁰ Parmi celles-ci, la Directive 2009/109/CE, la Directive 2008/115/CEE ou la Directive 2009/50/CE, entre autres.

est une réalité soumise à de constants changements, obligeant ainsi le législateur à adapter sa réglementation afin d'être en mesure d'apporter des solutions effectives aux nouveaux défis posés²¹. Et, finalement, le législateur a approuvé le troisième et actuel règlement de la LOEx par le RD 577/2011 du 20 Avril (REx, dorénavant) au sein duquel les articles 167 à 177 encadrent juridiquement la mise en œuvre pratique du principe contenu à l'article 39 de la LOEx ; à savoir, le contingentement annuel d'une main-d'œuvre non-communautaire et non-résidente en Espagne. Il convient de souligner qu'il s'agit d'une norme réglementaire conçue en période de crise, bien qu'elle demeure également applicable lors des périodes postérieures. Ce modèle de migration choisie est basé sur la régularité et est, de ce fait, lié au marché du travail ; modèle dans lequel la gestion de la migration du travail et la promotion de la migration régulière constituent deux des fonctions les plus importantes²².

B – Les principales caractéristiques de définition du modèle de contingentement actuel

Le modèle de contingentement issu de la réglementation sur l'immigration actuellement en vigueur est décrit au sein de l'article 39 de la LOEx et des articles 167 à 177 du REx. Depuis la LO 2/2009, cet article relatif au contingentement de travailleurs étrangers emploie une nouvelle expression – « *gestión colectiva de contrataciones en origen* » pour désigner la procédure d'embauche à laquelle le Ministère de l'Emploi et de la Sécurité Sociale²³ a la faculté de recourir. Pour mieux comprendre l'élaboration

du contingentement décrite de manière si brève dans ce précepte légal, il convient de se reporter aux dispositions réglementaires.

La nouvelle réglementation en vigueur prévoit une procédure spécifique pour l'élaboration du contingentement qui réunit toute une série d'actions visant à proposer au Ministère de l'Emploi et de la Sécurité Sociale le contingentement de travailleurs ressortissants de pays tiers dont le marché du travail espagnol semble avoir besoin. Ces actions, menées par les administrations ont été considérablement simplifiées par rapport aux dispositions précédentes : la prévision du contingentement tiendra compte des propositions faites par les Communautés autonomes, après consultation des partenaires sociaux concernés, et sera adoptée, après consultation de la Commission de travail tripartite sur l'Immigration.

Il ressort de ces deux textes un ensemble de caractéristiques essentielles concernant le travail des étrangers en provenance de pays tiers. Premièrement, si le Ministère de l'Emploi et de la Sécurité Sociale fixe chaque année le quota de travailleurs migrants autorisés, depuis la LO 2/2009 l'établissement du contingentement n'est plus obligatoire dans la mesure où il dépend du pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Bien que ces deux caractères (annuel et potestatif) semblent être en totale contradiction, il est possible d'envisager que le but du législateur ait été soit de considérer l'annualité sous l'angle de la durée temporaire (douze mois sans référence à l'année civile ; ainsi, le Ministère n'est pas lié par l'établissement du contingentement au mois de janvier), soit de souhaiter que le Ministère contourne l'écueil en prévoyant un contingentement minimale, voire un « contingentement zéro », comme cela s'est d'ailleurs produit à l'occasion de l'approbation du contingentement 2012²⁴).

Deuxièmement, une attention particulière est portée à la situation nationale de l'emploi qui doit également être prise en considération par rapport au « *sistema individual* », qui correspond au système classique de libre accès à l'emploi] dans la détermination du contingentement final. En effet, le Ministère de l'Emploi et de la Sécurité Sociale effectue *a priori* une évaluation

²¹ Ce phénomène est connu sous l'appellation « changement du cycle de migration ». Cf, entre autres, M. González Beilfuss, « Sobre el nuevo reglamento de extranjería de 2011 », *Revista Ministerio Trabajo e Inmigración*, n° 95, 2011, p. 13 et svt. et P. Aguelo Navarro et A. Chueca Sancho, « El nuevo reglamento de la Ley de Extranjería », *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 26, 2011, p. 79 et s.

²² M. Ramos Quintana, « Acceso al mercado de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica: el Reglamento de extranjería de 2011 como soporte del modelo migratorio », *Revista Ministerio Trabajo e Inmigración*, n° 95, 2011, p. 36.

²³ Toute référence à l'ancien Ministère du Travail et de l'Immigration (contenue dans les précédentes dispositions légales) doit être entendue comme faisant référence à l'actuel Ministère de l'Emploi et de la Sécurité Sociale.

²⁴ Cf. *infra*.

TABLEAU 1:
Le contingentement : avant et après la dernière modification de la loi organique 4/2000

<p align="center">Article 39 LO 4/2000 AVANT la dernière modification opérée par la LO 2/2009 Le contingentement de travailleurs étrangers</p>	<p align="center">Article 39 LO 4/2000 APRÈS la dernière modification opérée par la LO 2/2009 <i>Gestión colectiva de contrataciones en origen</i></p>
<p>1. Le Gouvernement pourra adopter un contingentement annuel de travailleurs étrangers en tenant compte de la situation nationale de l'emploi ; contingentement auquel n'auront accès que les travailleurs étrangers qui ne sont ni présents, ni ne résident en Espagne.</p> <p>2. Dans la détermination du nombre et des caractéristiques des offres d'emploi, le Gouvernement tiendra compte des propositions faites par les Communautés autonomes, les organisations syndicales et patronales les plus représentatives, ainsi que du rapport sur la situation de l'emploi et de l'intégration sociale des travailleurs migrants, dressé à cet effet par le Conseil Supérieur de la Politique d'Immigration.</p> <p>3. Le contingentement pourra déterminer un nombre de visas pour recherche d'emploi destiné à des enfants ou petits-enfants d'origine espagnole.</p> <p>4. De même, le contingent pourra déterminer un nombre de visas pour recherche d'emploi concernant certains secteurs d'activité ou professionnels dans des conditions à déterminer.</p> <p>5. Les visas pour recherche d'emploi autoriseront le déplacement sur le territoire espagnol afin de permettre la recherche de travail durant une période de séjour de trois mois, pendant laquelle l'étranger pourra s'inscrire dans les services publics d'emploi correspondants. Si l'étranger n'a pas trouvé d'emploi, une fois ce délai écoulé, il sera contraint de sortir du territoire ; à défaut, il commet l'infraction prévue à l'article 53 a) RCL 2000 \ 72 de cette Loi, et peut être condamné à l'impossibilité d'obtenir une nouvelle autorisation de travailler pendant deux ans.</p> <p>6. Les offres d'emploi effectuées par le biais du contingentement seront de préférence adressées aux pays avec lesquels l'Espagne a signé des accords sur le règlement de flux migratoires, sans préjudice de la possibilité d'effectuer des offres d'emploi nominatives par le biais de cette procédure dans des conditions à déterminer.</p>	<p>1. Le <i>Ministère du Travail et de l'Immigration</i>, tenant compte de la situation nationale de l'emploi, pourra adopter une prévision annuelle des embauches et, le cas échéant, du nombre d'emplois à pourvoir à travers la « <i>Gestión colectiva de contrataciones en origen</i> » dans une période déterminée, auxquels n'auront accès que les travailleurs étrangers qui ne sont ni présents, ni ne résident en Espagne.</p> <p>De même, il pourra déterminer un nombre de visas pour recherche d'emploi dans des conditions à déterminer, destinés à des enfants ou petits-enfants d'origine espagnole ou encore, destinés à certains emplois. La prévision mentionnée tiendra compte des propositions faites par les Communautés autonomes, après consultation des partenaires sociaux concernés, et sera adoptée, après consultation de la Commission de travail Tripartite sur l'Immigration (...).</p> <p>2. La procédure à suivre pour octroyer l'autorisation initiale de résidence et de travail à travers la <i>Gestión colectiva de contrataciones en origen</i>, sera basée sur la gestion simultanée d'une pluralité d'autorisations, présentées par un ou plusieurs employeurs, pour des travailleurs choisis dans leurs pays, avec la participation, le cas échéant, des autorités compétentes. La gestion sera effectuée en coordination avec les Communautés autonomes compétentes pour l'octroi de l'autorisation initiale de travail.</p> <p>3. Les offres d'emploi effectuées par le biais de cette procédure seront de préférence adressées aux pays avec lesquels l'Espagne a signé des accords sur le règlement de flux migratoires.</p>

Source : Élaboration personnelle.

tenant compte des propositions faites par les Communautés autonomes, des avis de la Commission de Travail Tripartite sur l'Immigration et des principaux partenaires sociaux. En outre, les références aux zones territoriales et aux secteurs concrets d'activité sont renforcées; les actions dans ce sens revêtant une incidence spéciale, au niveau autonome, provincial et local. C'est au niveau inférieur que l'on perçoit le mieux ce genre de besoins, bien que cela ne soit pas exempt de problèmes de coordination vu le degré de décentralisation que cela suppose. Selon la configuration actuelle, le nombre de postes offerts est provisoire; ainsi, le nombre et la distribution des offres d'emploi admissibles dans le cadre du contingentement sont modifiables tout au long de l'année, afin de pouvoir les adapter à l'évolution du marché du travail.

Troisièmement, le principal élément de définition du contingentement, à l'origine de vives discussions, est sa soi-disant priorité sur d'autres formes d'accès au marché du travail espagnol. Toutefois, cette priorité ne peut être entendue que *de facto* dans la mesure où elle suppose la programmation des flux migratoires de travailleurs. La coexistence des deux systèmes d'accès à l'emploi de la main-d'œuvre étrangère est donc confirmée, tout en donnant une priorité formelle au contingentement comparativement à l'accès général par l'intermédiaire d'autorisations de travail. Cela revient à dire que les ressortissants de pays tiers qui prétendent accéder au marché du travail espagnol auront deux possibilités, alternatives ou successives, mais non simultanées, puisque dans le cas où leur offre d'emploi ne pourra pas être traitée à travers le contingentement, elle sera traitée par le système général individuel de libre accès.

Pour finir, la condition selon laquelle les offres d'emploi à travers le contingentement doivent s'adresser aux travailleurs étrangers qui ni se trouvent, ni ne résident sur le territoire national, est renforcée. C'est ainsi que l'article 167.2 du REx indique, à propos du contingentement, qu'« (...) il permettra de programmer l'embauche de travailleurs qui, ne se trouvant ni ne résidant en Espagne, seront appelés à pourvoir à des offres d'emploi à vocation stable et seront sélectionnés dans leurs pays d'origine (...) ». Ces dispositions confirment qu'il s'agit bien d'une procédure de gestion indirecte de l'embauche de travailleurs étrangers dont la

mise en place est planifiée en Espagne; une partie du processus étant traitée dans le pays d'origine ou de résidence de l'étranger. De cette façon, l'utilisation du contingentement comme mécanisme contrôleur de situations irrégulières des étrangers en Espagne est évitée.

II - Le contexte conjoncturel du contingentement : la fixation du nombre d'embauches collectives en origine en temps de crise

Les deux éléments fondamentaux de définition du contingentement sont la flexibilité et son caractère sélectif : le premier implique que le fonctionnement du contingentement soit bel et bien conditionné par les nécessités et les demandes du marché de travail et le deuxième a permis l'incorporation d'un catalogue de professions présentant un fort besoin de main-d'œuvre en tant qu'instrument fondamental pour la coordination des politiques du marché du travail et d'immigration qui permet d'évaluer la situation de l'emploi et de cerner les possibilités d'embauche d'étrangers. Mais, après quatre années consécutives, les taux d'emploi et de chômage en Espagne demeurent catastrophiques; influençant directement la fixation du contingentement.

A - Flexibilité et sélection : deux aspects fondamentaux dans le processus de fixation du contingentement

Une distinction nécessaire s'impose entre deux aspects fondamentaux dans le processus de fixation du contingentement : la flexibilité et la sélection. Le premier aspect découle de la situation nationale de l'emploi tandis que le second fait allusion à l'innovante et originale façon d'organiser, sous forme d'un catalogue, les professions pour lesquelles la main-d'œuvre se fait rare, tout en faisant également référence aux accords sur la réglementation et la gestion des flux migratoires signés avec certains pays.

Quant à la flexibilité, l'article 169.4 prévoit que « (...) tout au long de l'année, il est possible de revoir le nombre et la répartition des emplois éligibles au titre de la

« *gestión colectiva de contrataciones en origen* » afin de correspondre à l'évolution du marché du travail (...). Une telle précision mérite d'être saluée parce qu'elle implique que le fonctionnement du contingentement soit bel et bien conditionné par les nécessités et les demandes du marché de travail. De toute évidence, si la situation de crise actuelle a induit une diminution de la demande de travailleurs étrangers, elle n'est pas parvenue à endiguer la migration. Par ailleurs, l'existence d'un certain besoin de main-d'œuvre qualifiée dans des secteurs tels que l'ingénierie ou la santé ouvre de nouveaux horizons pour les travailleurs hautement qualifiés. C'est en vertu de cette clause que les derniers contingentements annuels fixés par le gouvernement enregistrent des baisses considérables : de 15 731 pour le « contingentement 2008 », il est passé à 901 pour 2009, à 168 pour 2010, à 14 pour 2011 et à 0 pour 2012. De plus, l'analyse des statistiques par secteurs d'activité souligne l'existence de différences notables. Ainsi, ce sont les secteurs où la main-d'œuvre étrangère était traditionnellement la plus demandée qui connaissent le plus fort taux de recul (construction, hôtellerie, commerce, agriculture et services). Ce constat est en accord avec les niveaux de chômage enregistrés dans ces secteurs et avec l'idée de priorité donnée à l'emploi des nationaux, communautaires et étrangers déjà résidents, tel que l'exige le critère de la situation de l'emploi.

En outre, quant au second aspect essentiel, la sélection, il est très important souligner deux éléments précis. D'un côté, l'incorporation du catalogue de professions présentant un fort besoin de main-d'œuvre²⁵ en tant qu'instrument fondamental pour la coordination des politiques de marché du travail et d'immigration, permet d'évaluer la situation de l'emploi et de cerner les possibilités d'embauche d'étrangers. Comme cela a déjà été signalé avec raison, ce catalogue permettra également « (...) aux personnes qui cherchent du travail de s'informer des besoins non couverts du marché du travail. Il servira d'observatoire périodique et précis des besoins de formation et, en dernier ressort, constituera un service qui accélérera la démarche d'embauche des travailleurs migrants dans leur pays d'origine (...) »²⁶.

²⁵ Décision 14 novembre 2005.

²⁶ F. Sacristán Romero, « Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España », *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 12, 2006, p. 71.

Autrement dit, ce catalogue dont la durée est trimestrielle²⁷ et auquel fait allusion l'article 65 du REX contient les offres d'emploi que leur présentent les employeurs et pour lesquelles les Services Publics de l'Emploi (SPE) ont des difficultés à recruter des travailleurs. La mention dans ce catalogue d'une profession dans une zone géographique déterminée permet d'entamer les démarches nécessaires à l'obtention d'une autorisation de travail pour le compte d'autrui ; l'attestation de l'instruction de l'offre d'emploi, émise par le SPE saisi²⁸, vaut pour les offres d'emploi non comprises dans ce catalogue. Quoiqu'il en soit, les répercussions de la crise économique se font également ressentir sur le contenu dudit catalogue. En effet, selon les dernières données publiées au premier trimestre 2012, les emplois touchés par la crise sont principalement des professions médicales ou paramédicales (médecins, pharmaciens, orthophonistes, prothésistes dentaires, etc.), des postes d'ingénieurs divers, de professeurs de formation professionnelle, d'athlètes professionnels ou d'entraîneurs, etc. ; c'est-à-dire des professions peu demandées par la main-d'œuvre étrangère. Dans l'hypothèse où l'emploi concerné n'est pas inclus dans ledit catalogue, l'employeur souhaitant recruter un travailleur étranger devra présenter une offre au SPE.

Par ailleurs, d'un autre côté, l'article 169.5 du REX prévoit que « (...) les offres d'emploi (...) seront dirigées vers les pays avec lesquels l'Espagne a signé des accords sur la réglementation et la gestion des flux migratoires (...) ». Dans cette même optique, l'article 8 de l'Ordonnance 1/2012, en vue de régler la « *gestión colectiva de contrataciones en origen* » pour 2012, prend soin de préciser que « (...) les offres seront dirigées préférentiellement vers les pays avec lesquels l'Espagne a signé des accords sur la réglementation et la gestion des flux migratoires (la Colombie, l'Équateur, le Maroc, la Mauritanie, l'Ukraine et la République dominicaine),

²⁷ Le dernier catalogue, portant sur le premier trimestre 2012, est consultable en ligne à l'adresse : http://www.sepe.es/contenido/empleo_formacion/catalogo_ocupaciones_dc/pdf/CatalogoOcupacionesDificilCobertura.pdf.

²⁸ Comme le prévoit l'article 65 du REX, ladite attestation sera émise dans un délai maximum de 15 jours et rendra compte du résultat négatif de l'instruction de l'offre d'emploi, en justifiant l'insuffisance de demandeurs d'emploi adéquats et disposés à l'accepter.

TABLEAU 2
Les chiffres du contingentement
par secteurs d'activités (2004-2012)

SECTEURS D'ACTIVITES	2004 ²⁹	2005 ³⁰	2006 ³¹	2007 ³²	2008 ³³	2009 ³⁴	2010 ³⁵	2011 ³⁶	2012 ³⁷
Construction	2 227	1 281	4 868	0	1 818	6	0	0	0
Hôtellerie	1 928	1 002	3 704	0	4 267	12	0	0	0
Transport	1 134	539	1 091	0	818	4	0	0	0
Commerce	870	480	1 257	0	2 570	0	0	0	0
Agriculture	816	577	884	0	659	24	0	0	0
Industrie Métaux	1 616	929	1 753	0	2 445	364	8	0	0
Industrie Textile	42	25	55	0	35	0	0	0	0
Industrie Bois	149	70	502	0	225	51	0	0	0
Industrie Alimentaire	611	373	797	0	305	46	0	0	0
Autres industries	150	125	8	0	112	42	24	0	0
Pêche	170	170	137	0	200	100	0	0	0
Services	1 195	726	1 822	455	2 277	252	136	14	0
TOTAL	10 908	6 594	16 878	455	15 731	901	168	14	0

Source : Élaboration personnelle sur la base des données fournies par chaque contingentement.

²⁹ Décision 22 janvier 2004.

³⁰ Accord du Conseil des Ministres, du 30 décembre 2004, pour renouveler le contingentement 2004.

³¹ Décision 30 décembre 2005.

³² Décision 26 décembre 2006.

³³ Décision 26 décembre 2007.

³⁴ Décision 26 décembre 2008.

³⁵ Ordonnance 3498/2009, 23 décembre.

³⁶ Ordonnance 3364/2010, 28 décembre.

³⁷ Ordonnance 1/2012, 5 janvier.

alternativement, des outils collaboratifs dans ce domaine (la Gambie, la Guinée, la Guinée-Bissau, le Cap-Vert, le Sénégal, le Mali, le Niger, le Mexique, le Salvador, les Philippines, le Honduras, le Paraguay et l'Argentine) ou, avec son aval, le cas échéant, dans la période de validité de la présente ordonnance (...)». La principale innovation de ces accords est le lien direct entre l'arrivée des travailleurs migrants avec les besoins de main-d'œuvre. En ce sens, le préambule même de la LO 2/2009 rappelle la consolidation d'une politique d'immigration qui conditionne l'arrivée de nouveaux immigrants aux besoins du marché du travail. Malgré les avantages, exprès ou tacites, la doctrine spécialisée a mis en garde contre le risque de discrimination fondée sur la nationalité qu'une telle gestion pourrait engendrer ; incitant ainsi l'employeur à sélectionner un ou plusieurs candidats sur la seule base de leur nationalité et non, uniquement, en se fondant sur leurs connaissances et compétences professionnelles³⁸.

B – Les contingentements 2009-2012 et l'incidence de la crise économique dans la fixation du nombre d'embauches collectives en origine

Comme cela a été évoqué plus avant, le contingentement s'adapte aux besoins du marché espagnol, de sorte que les chiffres apportés ne sont pas seulement révisables en fonction de la conjoncture, mais sont extrêmement dynamiques quant à leur calcul. C'est ainsi que des différences considérables sont appréciables entre le contingentement 2006 qui prévoyait 16 878 offres d'emploi, le contingentement 2007 avec seulement 455 offres d'emploi pour des travailleurs ressortissants de pays tiers, à la suite du processus de normalisation du travail³⁹, et le contingentement 2008 relevé de nouveau à 15 731, dont à peu près 5 000 offres ont été sollicitées.

À partir de 2009⁴⁰, dès lors que les effets de la crise économique se sont fait ressentir dans toute son ampleur, la prévision du contingentement a évidemment été réduite. Le Ministère, conscient de l'importance de l'embauche en origine de travailleurs ressortissants de pays tiers, comme instrument d'aménagement des flux migratoires, et de la nécessité de garantir la satisfaction des offres d'emploi non pourvues par le marché du travail national, a considéré qu'il était indispensable de fixer un nombre d'embauches beaucoup plus réduit en raison de la crise économique et de la situation de l'emploi actuel : ce nombre est passé de 901, 168 à 14 entre les années 2009 et 2011. Par ailleurs, une nette tendance à la concentration des offres d'emploi dans le secteur des services est observable – à savoir 252 offres sur 901, 136 sur 168 et 14 sur 14, respectivement de 2009 à 2011 – ainsi que, selon les données officielles, le défaut d'approvisionnement de la totalité des offres visées annuellement.

Enfin, et pour l'année 2012 en cours, la prévision était de zéro offres d'emploi, bien que la procédure pour les travailleurs saisonniers en matière de « *gestión colectiva de contrataciones en origen* » ait été prise en compte⁴¹. Aussi, l'option prévue à l'article 169.3 du REx, laissait-elle une porte ouverte au Ministère de l'Emploi et de la Sécurité Sociale malgré la prévision d'absence d'offres d'emploi faite eu égard à la situation économique nationale, lui permettant ainsi d'émettre *a posteriori* une ordonnance visant exclusivement la particularité de l'embauche de travailleurs saisonniers. Cette opportunité s'est effectivement concrétisée avec l'adoption, le 5 Janvier 2012, de l'Ordonnance 1/2012 dont l'unique but est de réglementer les procédures détaillées de l'embauche de saisonniers dans la « *gestión colectiva de contrataciones en origen* » de travailleurs étrangers non-communautaires pour 2012, sans néanmoins fournir de

³⁸ A. Álvarez del Cubillo, « La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros », *Revista Derecho Social*, n° 23, 2003, pp. 117 et s.

³⁹ Prévu dans la Troisième Disposition Transitoire du RD 2392/2004, développé par résolution du 04.02.2005 et Ordonnance 140/2005.

⁴⁰ En effet, dès le début de l'année 2009, les analystes évoquaient la récession à laquelle était confronté l'ensemble du monde industrialisé tout en précisant que la reprise n'était pas à l'horizon immédiat. Dans le cas espagnol, la crise du chômage a été plus importante que dans d'autres pays européens en raison de la chute du secteur de la construction dès les prémices de la crise ; secteur qui pesait lourdement dans l'économie nationale. La montée du chômage est dès lors devenue en Espagne la caractéristique principale de la crise économique.

⁴¹ Ordonnance 1/2012.

chiffre concret. En bref, et comme l'a déjà souligné Escudero Rodriguez à l'occasion du contingentement 2010, « (...) *jamais auparavant les chiffres n'avaient été aussi éloquentes, et c'est le cas aujourd'hui plus que jamais. Malgré la situation décrite, il convient d'insister sur le fait que (...) l'importance stratégique que le gouvernement veut donner à ce mécanisme typique ne correspond pas à sa signification quantitative (...)* »⁴².

Toutefois, l'explication en est assez simple si on met ces données en relation, d'une part, avec la diminution de l'emploi pour la troisième année consécutive. En effet, selon l'Enquête sur la population active (EPA), en 2010 le pourcentage de personnes ayant un emploi a baissé de 2,3% par rapport à celui de 2009 et, en ce qui concerne le taux de chômage, celui s'élève à 20,1% et est le plus élevé dans l'UE-27. D'autre part, il en est de même si on fait le lien avec le ralentissement de la croissance de la population étrangère résidant en Espagne qui, malgré une croissance continue, s'élevait en septembre 2011 à plus de 5 millions d'étrangers, dont 51,54% étaient d'origine extracommunautaire (soit une augmentation de 0,36% par rapport à juin 2011) et pour lesquels le taux de chômage est évalué à 30%.

Quoiqu'il en soit, il est évident que, sur la base de ce qui a été dit, le contingentement n'a pas encore eu l'efficacité attendue, soit parce que les offres d'emplois ne sont pas pourvues, soit parce que justement il n'en est fait aucune prévision. Tôt ou tard, l'Espagne devra soit supprimer ce mécanisme de gestion de la migration du travail et le remplacer par un autre dans le nouveau cadre européen, soit le réactiver. Le nouveau gouvernement espagnol a annoncé des réformes en faveur de l'immigration légale liée à l'emploi, mais la situation décrite plus avant illustre que pour l'instant celle-ci ne s'améliore pas. Et il semble évident que les décisions gouvernementales poursuivront cette même tendance restrictive.

Comme les experts s'accordent à le dire, l'immigration a soutenu l'activité économique du pays, même pendant la crise, et demeurera cruciale pour la reprise.

⁴² R. Escudero Rodríguez, « Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena », *Relaciones Laborales*, n° 15-16, 2009, p. 170.

L'extraordinaire augmentation du taux de chômage peut donner la fausse impression que l'immigration n'est nullement nécessaire à l'économie espagnole. Mais la vérité est que, selon toute probabilité, l'Espagne aura besoin d'un flux de migrants pour répondre à la demande de travail à moyen et à long terme. Entre 2020 et 2050, le flux moyen net de travailleurs migrants nécessaires à cet effet se situerait entre 200 000 et 350 000 personnes chaque année⁴³. Au-delà des chiffres et des techniques quantitatives, il convient de ne pas oublier qu'il est question ici de personnes qui mettent toutes leurs espérances et attentes dans un projet de migration qui, dans le cas de l'Espagne, a été et demeure nécessaire. Ainsi, en poursuivant l'approche entamée, en quête d'une canalisation adéquate et efficace des flux migratoires de main-d'œuvre, il sera important d'en fixer la capacité en fonction des besoins du marché du travail espagnol. Toutefois, il conviendrait de ne pas omettre que la politique d'immigration est plus qu'une simple gestion des flux migratoires. D'ailleurs, une telle approche globale mériterait de s'imposer en Europe.

⁴³ Selon les données de la Fundacion Ideas, *Informe sobre la contribución de la inmigración a la economía española: evidencias y perspectivas de futuro*, Mai 2011, disponible sur http://www.fundacionideas.es/sites/default/files/pdf/l-La_contribucion_de_la_inmigracion-Ec_0.pdf.