SOMMAIRE

CRISE FINANCIÈRE EN EUROPE ET DROIT SOCIAL

p. 6 **Costas Papadimitriou**
Le droit du travail grec face à la crise : un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique

p. 18 **Fernando Valdés Dal-Ré**
Flexibilité interne et réforme du marché du travail : le cas espagnol

p. 30 **Pierre-Yves Verkindt**
Regards sur le droit du travail français contemporain dans la crise économique et financière

p. 38 **Gianni Loy**
La réforme italienne : entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique

p. 50 **Leszek Mitrus**
Crise économique et droit du travail : l'expérience polonaise

p. 60 **Mathias Maul-Sartori, Ulrich Mückenberger et Katja Nebe**
Le droit social allemand face à la crise financière : une protection segmentée

p. 74 **Csilla Kollonay-Lehoczky**
Panorama du nouveau code du travail hongrois : entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l'économie planifiée centralisée

p. 96 **Catherine Barnard**
L'effet de la crise sur le droit du travail au Royaume-Uni : révolution ou évolution ?

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 112 Algérie
p. 114 Allemagne
p. 116 Argentine
p. 118 Australie
p. 120 Autriche
p. 122 Bulgarie
p. 124 Canada (Québec)
p. 126 Chili
p. 128 Conseil de l'Europe
p. 130 Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme
p. 132 Espagne
p. 134 États-Unis
p. 136 Fédération de Russie
p. 138 France - Droit de la Sécurité Sociale
p. 140 France - Droit du Travail
p. 142 Italie
p. 144 OIT
p. 146 Pays-Bas
p. 148 République Tchèque
p. 150 Royaume-Uni
p. 152 Sénégal
p. 154 Serbie
p. 156 Thaïlande
p. 158 Togo
p. 160 Turquie
p. 162 Union Européenne - Droit de la Protection Sociale
p. 164 Union Européenne - Droit du Travail

GIANNI LOY

Professeur de droit du travail, Université de Cagliari.
Thèmes de recherche : Évolution et actualités du droit du travail. Parmi ses publications :
~ « El derecho del trabajo según Sancho Panza » (Le droit du travail selon Sancho Panza), Madrid, Ed. Cinca, 2009.
~ « Una repubblica fondata sul lavoro » (Une république fondée sur le travail), Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali, n° 122, 2009, pp. 197et s.

La réforme italienne : Entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique

ABSTRACT

Recent changes to Italian labour laws are not as radical as those enacted in Spain. Nonetheless these reforms do touch upon the sensitive issue of reintegrating workers who have been the subject of an unlawful dismissal, with this right maintained in full only in cases of discriminatory dismissal. There are also modifications *in peius* to branch collective labour agreements and to the law governing them, with the new possibility of concluding individual company-level agreements. This could open the door for a more radical shake-up of the traditional Italian trade-union system. The 2012 reform, inappropriately inspired by the principles of "flexicurity", transcribes the demands of the European Central Bank into Italian law with a view to cutting regulations and reducing the cost of labour.

KEY WORDS : Italian law, Collective agreement, Labour law, Reform.

RÉSUMÉ

Les changements intervenus en Italie en matière de droit du travail ne sont pas aussi radicaux que ceux survenus en Espagne. Toutefois, ils touchent à la question taboue de la réintégration en cas de licenciement abusif, qui ne se maintient intégralement qu'en cas de licenciement discriminatoire. Il y a en outre une modification *in pejus* non seulement au niveau du contrat collectif de branche mais aussi de la loi en raison de la possibilité de négocier des accords d'entreprise. La voie est ainsi ouverte en faveur d'un changement plus radical du système syndical traditionnel en Italie. La loi de 2012, improprement inspirée de la philosophie de la flexicurité, transpose en droit italien les prescriptions de la Banque Centrale Européenne, dans la perspective d'une déréglementation et d'une réduction du coût du travail.

MOTS CLÉS : Droit italien, Contrat collectif de travail, Droit du travail, Réforme.

Au commencement, il y a une lettre « confidentielle » de la Banque Centrale Européenne.

Le droit du travail – autrement dit, ses rigidités véritables ou supposées – n'a aucune responsabilité dans l'origine de la crise économique actuelle[1]. Aucune enquête empirique, d'ailleurs, n'ose défendre cette thèse[2]. Cependant, le droit du travail n'a jamais été autant soumis que ces dernières années à des pressions visant à des accélérations qui modifient, graduellement mais inexorablement, sa nature. L'on assiste même à une sorte de bouleversement de la hiérarchie des sources, étant donné l'incroyable importance centrale qu'ont eu, lors de la réforme du droit du travail italien, les « indications » de la Banque Centrale Européenne (BCE). En effet, dans sa lettre « confidentielle » du 29 septembre 2011[3], la BCE suggérait au Gouvernement italien (et non exclusivement pour celui-ci) les réformes législatives à approuver, entre autres, en matière de droit du travail. Ce n'est pas un hasard si le Président du Conseil, le lendemain de l'approbation de la réforme du 28 juin 2012 (Loi n° 92), s'est adressé aux autorités européennes pour clamer que l'Italie avait correctement rempli les requêtes de la BCE. Les États, en effet, « remplissent – selon une terminologie désormais consacrée – les devoirs » que leur donne la BCE. D'ailleurs, le contrôle démocratique des Parlements fait lui-même l'objet de critiques de la part de ceux qui pensent que l'économie, qui « gouverne » déjà en pratique notre société, devrait la gouverner de plein droit.

En Italie, la chute du Gouvernement Berlusconi aurait marqué un « net recul » par rapport aux tendances législatives de ces dernières années[4]. En effet, jusqu'aux derniers mois de 2011, la législation visait, presque exclusivement, au renforcement des mesures de flexibilité massivement adoptées lors de la dernière et très importante réforme de 2003 (Décret-Loi n° 276). Selon la déclaration du Président du Conseil de l'époque, cette réforme contenait tant de flexibilité que l'Europe entière nous enviait. Il s'agissait d'une loi qui visait aussi, explicitement, à la réduction du coût du travail, à la déréglementation, ainsi qu'à la possibilité de modifier *in pejus* les protections existantes. La manifestation la plus importante et la plus récente de cette tendance résulte de l'adoption d'une norme permettant, au cours d'une négociation d'entreprise, de déroger, *in pejus*, non seulement aux dispositions contenues dans les contrats collectifs nationaux, mais également (avec certaines limites) aux prescriptions légales. Cette disposition est contenue dans l'article 8 de la Loi n° 148/2011 et demeure toujours en vigueur bien que le renvoi à la négociation nationale, depuis la loi de 2012, lui soit nettement préféré. L'analyse de ce dispositif permet de mettre en relief les critiques du système de la négociation collective en Italie qui, comme chacun le sait, comporte et garde des particularités qui lui sont propres.

La Loi n° 92 du 28 juin 2012 (également désignée par l'expression réforme « Fornero »), tout en faisant largement référence au rôle des partenaires sociaux, modifie des institutions fondamentales du droit du travail, du marché du travail et de la sécurité sociale, dans le but affiché de contribuer, qualitativement et quantitativement, « à la création d'emplois, à la croissance sociale et économique, ainsi qu'à la réduction permanente du taux de chômage » (art. 1.1). Elle vise aussi à « améliorer la compétitivité des entreprises » grâce à l'introduction de nouvelles formes de participation dans les relations industrielles, conformément aux orientations des institutions européennes (art. 1, lettre h).

Ces mesures ont eu pour but, pour l'essentiel, de poursuivre sur le chemin de la déréglementation, en s'inspirant improprement de la théorie de la flexibilité. En fait, il semble que ces mesures en appellent aussi, en quelque sorte, au charme discret du contrat unique.

[1] G. Loy, « Diritto del lavoro e crisi economica. Una prospettiva comparata » (Droit du Travail et crise économique. Une perspective comparée), *in* G. Loy (dir.) *Diritto del lavoro e crisi economica*, Rome, Ediesse, 2012, pp. 12 et s.

[2] A. Perulli et V. Speziale, « L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n° 148. La 'rivoluzione di agosto' del diritto del lavoro » (L'art. 8 de la Loi n° 148 du 14 septembre 2011. La « révolution d'août » du droit du travail), dans "*Working papers*" CSDLE, 132/2011, p. 27.

[3] Dans *Il Corriere della sera*, 5 octobre 2011.

[4] T. Treu, « Riequilibrio delle tutele e flexicurity » (Rééquilibrage des protections et flexicurité), *in* M. Magnani et M. Tiraboschi (dir), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012*, n° 92, Milano, Giuffré, 2012, p. 23.

I – L'article 8 de la Loi n° 148/2011, épicentre de la politique de déréglementation

L'article 8 de la loi n° 148/2011 découle du débat issu de l'affaire Fiat dans le cadre duquel un accord d'entreprise qui n'avait été signé que par une partie seulement des syndicats, ne pouvait être légalement imposé aux membres du syndicat qui n'avait pas pris part à la négociation. Selon les principes du système syndical italien, ces derniers pouvaient revendiquer l'application, du moins jusqu'à son échéance, du contrat collectif national qui leur était plus favorable.

Dans le but évident de favoriser la politique de l'accord Fiat, le Gouvernement a, en août 2011, approuvé un texte sur la base duquel le contrat collectif d'entreprise (défini « de proximité » au sens de plus proche des personnes directement concernées) peut, s'il a été souscrit par une majorité qualifiée et dans la limite de certaines matières uniquement, déroger, même in pejus, aussi bien aux normes de la convention collective nationale applicable qu'aux dispositions de loi. La similitude avec l'affaire Fiat est explicite car ces dispositions (qui, par ailleurs, suscitent de sérieux doutes quant à leur constitutionnalité) ont un effet rétroactif à partir de la date qui aurait permis de « sauver » l'accord collectif d'entreprise Fiat ; lequel, à l'époque, n'avait pas les caractéristiques suffisantes pour être appliqué erga omnes.

La possibilité de reformatio in peius de la norme légale est subordonnée à des contraintes relatives au but poursuivi et à la matière traitée. Concernant l'objectif, les accords d'entreprise doivent avoir pour finalité « la création de nouveaux emplois, la qualité des contrats de travail, l'élimination du travail irrégulier, l'amélioration de la compétitivité et des salaires, la gestion des crises aussi bien d'entreprise qu'en termes d'emploi, le développement des investissements, ainsi que le lancement de nouvelles activités ». S'agissant de la matière, la liste comprend la quasi-totalité des sujets ayant trait au travail : de l'embauche aux modalités du contrat, jusqu'aux conséquences du licenciement abusif (à la seule exception du licenciement discriminatoire).

La seule véritable limite réside dans le « respect de la Constitution » et les « contraintes découlant des normes communautaires et des conventions internationales en matière de travail ». La doctrine est unanime pour reconnaître l'étendue des pouvoirs assignés à la négociation d'entreprise. En effet, les contraintes en termes de finalité, ainsi que celles découlant des normes communautaires[1], n'imposent aucune limite significative. Par ailleurs, l'obligation de respecter la Constitution pose des problèmes systémiques d'interprétation, car les normes en matière de travail s'inspirent, pour l'essentiel, de principes constitutionnels, même si cela ne signifie pas forcément qu'elles ne puissent pas être modifiées in pejus.

À ce sujet, il existe des doutes, mais la doctrine est partagée s'agissant d'un éventuel contraste avec l'article 39 de la Constitution qui réserve aux seuls syndicats régulièrement constitués la possibilité de négocier des contrats collectifs de travail valables erga omnes[2], et ce, en se conformant à la procédure indiquée dans la norme constitutionnelle (qui n'a jamais été mise en application). Ceux qui réfutent tout contraste avec l'article 39 de la Constitution affirment, sans toutefois être convaincant, que la norme constitutionnelle ne vaudrait qu'en cas de négociation nationale de branche et nullement pour les contrats d'entreprise.

Apparemment, la réforme italienne se situe dans la droite ligne de tendances similaires que l'on retrouve en France et surtout en Espagne et qui visent à faire prévaloir les accords d'entreprise sur les accords nationaux ou de branche, dans le cadre des « devoirs » à accomplir indiquées par la BCE.

La particularité de la norme italienne est constituée par le pouvoir de déroger in pejus aux dispositions légales. Mais la signification de cette norme dont les effets sont potentiellement dévastateurs[3] va bien au-delà. Loin de constituer une simple contingence liée à l'affaire Fiat, elle représente un « choix politique pondéré en matière de droit »[4] qui pourrait conduire à un bouleversement du système contractuel italien ; lequel n'a point été, jusqu'à présent, réglementé

[1] A. Perulli, *op. cit.*, p. 15.

[2] A. Garilli, « L'art. 8 della legge n° 148/2011 del sistema delle relazioni sindacali » (L'art. 8 de la Loi n° 148/2011 du système des relations syndicales), in *Working papers* CSDLE, 132/2011, p. 3 ; A. Perulli et V. Speziale, *op. cit.* ; M. Rusciano, « L'art. 8 è contro la Costituzione » (L'art. 8 va à l'encontre de la Constitution), i*n Eguaglianza e libertà*, 9 septembre 2011.

[3] P. Loi, « Italy », *in* M.C. Escande, S. Laulom et E. Mazuyer (dir.) *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 269.

[4] A. Garilli, *op. cit.*, p. 8.

par le législateur et qui repose presque entièrement sur un principe d'auto-régulation.

Pour l'heure, l'autonomie du système syndical italien a permis aux syndicats inter-confédéraux les plus importants (Cgil, Cisl et Uil) de s'engager à ne pas appliquer la règle introduite par l'article 8 de la loi de 2011, et ce, en estimant que c'est la négociation collective du niveau supérieur qui doit autoriser et encadrer les pouvoirs de dérogation lors d'une négociation d'entreprise. Dans la pratique, aujourd'hui, deux systèmes contractuels coexistent, l'un issu de l'autonomie collective et qui prévaut jusqu'à présent, l'autre issu de la loi et qui pourrait réapparaitre à tout moment, notamment si l'accord que les syndicats ont laborieusement réalisé à ce sujet venait à faire défaut. Certains pensent aujourd'hui que la réforme en question a un caractère « d'époque » susceptible de casser « l'oppression de l'uniformité »[5]. D'autres estiment qu'elle n'a été que faiblement appliqué[6]. Ces deux affirmations ne sont pas en contradiction. Il est vrai que le système des relations industrielles traverse, en Italie, une crise profonde dont on n'arrive pas vraiment à prévoir l'issue. Le syndicat lui-même est nettement partagé entre ceux qui voudraient maintenir leur tradition d'autonomie, même au niveau des règles de représentation et ceux qui appellent ouvertement de leurs vœux une « loi syndicale » fondée sur des critères de représentation effective et mesurable, notamment lorsque l'objet de la négociation est destiné à avoir une plus large validité erga omnes. Bref, la crainte qu'exprimait T. Treu il y a quelques années – selon lequel le système syndical italien présentait le risque d'être « un géant aux pieds d'argile »[7] – devient réelle et les perspectives qu'on envisage pour le modèle à venir se cumulent dans leur diversité.

II – L'énigme de la réforme « Fornero »

Complexe et très étendue, la réforme du 28 juin 2012 touche à des sujets majeurs du droit du travail, dont on restreindra l'étude, pour la commodité de l'exposé, à quatre domaines : la flexibilité à l'entrée (A), le licenciement (B), la protection économique du chômage (C) et les politiques de réinsertion des chômeurs (D). La réforme a abandonné la dérive hyper-libérale qui caractérisait la politique du Gouvernement Berlusconi : ce qui lui avait valu la colère des chantres de l'hyper-flexibilité, déjà de mise lors de la réforme « Biagi » de 2003[8]. Pourtant, la réforme « Fornero » ne délaisse pas le cadre d'un droit du travail voué à la déréglementation, tendanciellement subordonné à la domination de l'économie et fonctionnellement finalisé aux exigences de compétitivité de l'entreprise. Par ailleurs, cette réforme est explicitement inspirée de la théorie, désormais dominante en Europe, de la flexicurité.

A – La limitation de la flexibilité à l'entrée

La flexicurité – du moins, lors des expériences menées dans les pays d'Europe du sud – a souffert de son application partielle, caractérisée par un recours à des mesures de flexibilité qui n'étaient pas contrebalancés par des dispositifs assurant la sécurité. Le cas récent de l'Italie ne fait pas exception : d'une part, du fait que « le compromis » le plus délicat et qui avait été l'objet d'une très longue négociation législative, demeure à l'intérieur du rapport de travail ; et, d'autre part, puisque les mesures de garantie, aussi bien en ce qui concerne le soutien aux chômeurs (en termes de revenus) que les actions de réinsertion sur le marché du travail, sont pour l'essentiel modestes, voire se bornent à de simples promesses.

Ainsi, la caractéristique principale de la loi reste celle d'une faible limitation des formes de flexibilité à l'entrée en contrepartie d'une plus grande flexibilité à la sortie ; autrement dit un affaiblissement des traditionnelles mesures de protection contre les licenciements abusifs.

En énonçant les principes applicables en matière de travail, le législateur affirme que « le travail salarié en CDI » doit être regardé comme étant le type de « contrat dominant », ainsi que la « forme normale de tout rapport de travail ». Dès lors, la loi vise à favoriser « l'instauration de rapports de travail plus stables » (art. 1, al. 1). Ces principes ont été mis en application en introduisant des mesures visant non seulement à empêcher ou à limiter le recours excessif ou subreptice à certaines des formes les

[5] A. Vallebona, *La riforma del diritto del lavoro* 2012, Turin, Giappichelli, 2012, p. 7.

[6] T. Treu, *op. cit.*, p. 27.

[7] T. Treu, « Il conflitto e le regole » (Le conflit et les règles), *Giornale di diritto del lavoro*, n° 86/2000, p. 313..

[8] M. Tiraboschi, « I paradossi di una riforma sbagliata (e che si farà, anche se non piace a nessuno) » (Les paradoxes d'une réforme ratée (et que l'on fera, même si elle ne plaît à personne)), i*n Una riforma sbagliata*, Instant book, Adapt, 2012.

plus discutables de flexibilité à l'entrée, mais aussi et surtout à faire obstacle à toute possibilité d'usage frauduleux de formes de travail indépendant qui ne sont, en fait, que des rapports de travail salarié. Nous nous bornerons ici à une énumération succincte de ces diverses mesures.

1) Il s'agit tout d'abord de la suppression du contrat d'insertion, introduit lors de la réforme de 2003, qui autorisait l'embauche en CDD de certaines catégories de travailleurs.

2) Il est ensuite question de l'introduction d'une cotisation supplémentaire de 1,4% pour les embauches en CDD, y compris celles effectuées dans le cadre du travail par intérim. Cependant, la restitution de la cotisation est envisagée en cas de modification du contrat ou d'embauche en CDI du salarié.

3) Sont également concernées la réduction, dans le cadre du travail intermittent (sur appel), de la liste des travailleurs susceptibles d'en bénéficier (la limite d'âge supérieure passant de 45 à 55 ans et celle inférieure de 25 à 24 ans ; ainsi que l'abrogation de certaines formes de travail intermittent (à savoir le travail effectué lors du week-end, des congés d'été et des vacances de Noël et de Pâques) ; de même que l'obligation de communiquer au préalable « l'appel » adressé au travailleur, et ce, dans le but de combattre le recours frauduleux à ce type de travail.

4) Par ailleurs, il s'agit de la limitation, dans le cadre du CDD, de certaines formes de flexibilité adoptées précédemment (Loi 183/2011, art. 22, al. 49) : d'une part, en imposant aux contrats collectifs de prévoir « des conditions et des modalités permettant au travailleur de demander l'élimination ou la modification des clauses flexibles et/ou élastiques » ; d'autre part, en prévoyant la faculté de révoquer, dans tous les cas, l'assentiment donné à ces clauses par les travailleurs étudiants, les travailleurs affectés par une pathologie oncologique (personnelle ou d'un parent) ou les travailleurs ayant un enfant de moins de 13 ans ou handicapé.

5) En outre, le durcissement des règles relatives au dispositif du travail « occasionnel accessoire »[9] introduites par la réforme de 2003 constitue une autre mesure. D'une part, les gains des travailleurs concernés par ce dispositif sont limités – tous employeurs confondus – à un montant maximal annuel de 5 000€. D'autre part, s'agissant de commerçants ou de professions libérales, une limite ultérieure a été adoptée fixant un plafond maximum de 2 000€ pour chacun des employeurs. Enfin, afin de limiter tous les abus possibles, l'émission de tickets « horaires, numérotés progressivement et datés » est rendue obligatoire (art. 1, al. 32, lettre b).

6) De plus, depuis quelques décennies, l'Italie a connu un phénomène important de « désintéressement du travail subordonné » en faveur de relations de travail soi-disant « para-subordonnées » (faux-travail indépendant). L'intolérable « scandale des Co.co.co » (collaborations coordonnées et continues)[10], avait déjà obligé le législateur à leur substitution, d'un façon plus restrictive, avec les « Collaborazioni a progetto », admissibles sous réserve du respect de conditions rigoureuses, comme notamment l'existence d'un « projet ou d'une phase du projet ». La loi de 2012 est, pour sa part, plus restrictive encore : dorénavant, lors de la stipulation d'un « contrat sur projet », l'indication par écrit du résultat final attendu est obligatoire ; lequel résultat ne pouvant être identique à celui de l'activité exercée, telle que décrite dans l'objet social de l'entreprise concerné. De même, il est désormais obligatoire de respecter des rémunérations minimales, proportionnelles à la qualité et à la quantité du travail fourni ; lesquelles, faute d'autres indications, devront être les mêmes que celles indiquées à postes équivalents dans les contrats collectifs en matière de travail salarié. En outre, l'interdiction de toute résiliation anticipée de la relation de travail a été précisée, alors qu'auparavant une telle résiliation était possible d'un commun accord. Désormais, la résiliation anticipée est admise exclusivement en cas de cause réelle et sérieuse ou d'inaptitude professionnelle du travailleur empêchant la réalisation du projet. Enfin, la transformation de la relation de travail en CDI est prévue dans le cas où, d'une part le projet n'aurait pas été correctement précisé dans le contrat, et d'autre part, si l'activité du travailleur « était effectué de façon similaire à celle des travailleurs salariés » (Art. 1, al. 23, lettre g).

[9] Ce dispositif est réservé à certaines catégories de travailleurs, payés à l'aide de « tickets » qu'ils sont en mesure d'échanger *a posteriori* contre de l'argent. Le plafond maximal de ces gains était limité, chez chacun des employeurs, au montant annuel de 5 000€.

[10] Ce scandale avait contraint le législateur, en 2003, à durcir les conditions de recours à ces types de contrat, en les remplaçant par des « collaborations sur projet » admises uniquement en présence de certaines conditions particulières, telles que l'existence d'un « projet ou d'une phase de projet ».

7) Par ailleurs, la transformation de certaines relations de travail initialement indépendantes en CDI, sur la base d'indices probants, est une mesure supplémentaire envisagée dans le cas où deux au moins des conditions suivantes seraient remplies : a) si la durée de la collaboration avec un même employeur dépasse huit mois par an pendant deux années consécutives ; b) si la rémunération perçue représente plus de 80% du total perçu annuellement par le travailleur pendant deux années consécutives ; c) si le travailleur a « un emplacement fixe dans l'entreprise ». Toutefois, une telle requalification en CDI n'est pas envisageable dans le cas où il s'agirait de prestations requérant des compétences techniques de haut niveau ou que le travailleur indépendant aurait, à ce titre, un revenu annuel minimum d'environ 18 000€ ou encore que l'exercice de son activité professionnelle requière l'inscription à un ordre ou à un registre professionnel.

8) En outre, l'intervention législative en vue de limiter drastiquement les associations en participation sur la base de la présomption qu'une association de ce type puisse « cacher » un rapport de travail salarié, est une autre de ces mesures. De ce fait, aujourd'hui, une entreprise ne peut avoir plus de trois associés en participation (à moins qu'il s'agisse du conjoint ou de parents proches), ne peut faire appel à l'association en participation que pour des prestations requérant « des compétences techniques de haut niveau » (art. 1, al. 30, in fine) et doit enfin démontrer, quel que soit le cas, une « participation effective de l'associé aux bénéfices ».

9) Enfin, le durcissement des règles régissant le CDD fait également partie de ces dispositions visant à restreindre la flexibilité à l'entrée. En effet, désormais toute nouvelle embauche intervenue, sauf quelques exceptions, dans les 60 ou 90 jours (contre 10 ou 20 jours, selon les dispositions antérieures) à compter de la date d'échéance du CDD – respectivement pour les CDD d'une durée inférieure ou supérieure à six mois – est réputée avoir eu lieu en violation de la loi : la cotisation supplémentaire de 1,4% (évoquée ci-dessus) ayant la même finalité. Il en est de même de l'allongement du délai de forclusion en cas de contestation extrajudiciaire, passant de 60 à 120 jours ; étant précisé que, dans le cadre du CDD, une nouvelle forme, très importante, de flexibilité a été introduite, constituée par la possibilité d'embaucher, pour la première fois et pendant un délai maximum d'un an, sans avoir besoin d'une quelconque justification et quelque que soit le poste à pourvoir.

Cette série de mesures décrites ci-dessus fait ressortir la portée des compromis intervenus entre la réduction de certaines « flexibilités » à l'entrée et l'adoption de nouvelles flexibilités à la sortie, réalisées par le biais de la modification de l'article 18 du Statuto dei lavoratori (Statut des travailleurs).

B – La flexibilité à la sortie : la fin du tabou de l'article 18

La symétrie du compromis réalisé apparait de manière encore plus précise et évidente si l'on considère que – au cours de l'intense phase de négociation législative – chaque changement opéré dans les propositions visant à modifier les règles relatives au licenciement (essentiellement dans le sens d'extension du maintien de la protection réelle par rapport au projet de loi d'origine) donnait lieu, en compensation, à une modification équivalente portant sur la flexibilité à l'entrée. Certaines des modifications de dernière minute – telles que les dérogations à la présomption de travail salarié s'agissant des travailleurs indépendants n'ayant qu'un seul « employeur », atténuent et pourraient même annihiler les effets souhaités par le législateur.

L'une des nouveautés principales de la réforme et, assurément, la plus symbolique est la suppression du principe de réintégration en cas de licenciement abusif dans les moyennes et grandes entreprises (plus de 15 salariés dans l'unité de production ou plus de 60 au total). Dorénavant, la règle sera celle du versement d'une indemnité dont le plafond a été fixé – en cas de licenciement disciplinaire ou de licenciement économique – à 24 mois de salaire. En outre, cette règle s'applique aussi en cas d'inefficacité pour vices de forme ou défaut de motivation : cas qui, par le passé, donnaient lieu à réintégration. Dès lors, la réintégration n'est maintenue que dans trois cas seulement :

- le licenciement discriminatoire ;

- le licenciement disciplinaire sans *giusta causa* (juste cause) ou *giustificato motivo* (motif justifié) ; mais uniquement si les faits reprochés au travailleur ne sont pas avérés ou que le règlement intérieur prévoit qu'ils ne sont punissables que par le biais d'une mesure conservatoire ;

- le licenciement économique, *giustificato motivo oggettivo* (sur la base d'un motif objectivement justifié) ; la réintégration ne s'appliquant que lorsque le licenciement a été (illégitimement) prononcé au titre d'une inaptitude physique ou psychique ou encore en violation du droit au main-

tien du poste en cas de maladie ou d'accident (art. 2 120 du Code Civil). Toutefois, la réintégration « peut » également être ordonnée par le juge en cas d' « inexistence manifeste des faits allégués par l'employeur pour procéder au licenciement ».

Par ailleurs, en dehors du cas du licenciement discriminatoire, la protection en termes de réintégration a été considérablement réduite, d'une part, en prévoyant une indemnité maximale plafonnée (12 mois), destinée à couvrir la période antérieure au jugement, et, d'autre part, en autorisant la réduction de cette indemnité non seulement sur la base de l'*aliunde perceptum*, mais aussi en tenant compte de « ce que le travailleur aurait pu gagner s'il s'était dédié activement et avec diligence à la recherche d'un nouvel emploi ».

En outre, comme on peut le constater, la formule de compromis employée pour justifier le licenciement économique risque de poser de sérieux problèmes d'interprétation. En effet, en principe, les motifs justifiant un licenciement ne peuvent qu'exister ou ne pas exister. La différence entre leur inexistence « manifeste » ou « non-manifeste » est difficilement imaginable, à tel point qu'une partie de la doctrine ne voit dans cet adjectif qu'un simple moyen de renforcer le concept. Néanmoins, étant donné que le motif invoqué ne pouvant qu'exister ou ne pas exister, dans le cas où il n'existerait pas (en infirmant, toutefois, le *ratio* de la norme), l'on devrait procéder à la réintégration du travailleur[11]. Le tout se complique, par ailleurs, en raison du fait que le juge « peut » ordonner la réintégration mais n'en a pas l'obligation, et qu'il garde donc un pouvoir discrétionnaire dont les limites restent entièrement à définir. Dans le cadre du licenciement disciplinaire, la mise en œuvre de la loi sera tout aussi compliquée car le critère d'inexistence reste lui aussi à définir et l'on ne sait pas encore dans quelle mesure les partenaires sociaux parviendront à déterminer les cas pour lesquels l'application de la protection obligatoire s'impose et ceux pour lesquels l'application de la protection réelle suffit (et ce, même au prix de grossières différences de traitement entre les travailleurs d'entreprises différentes). En outre, le principe de proportionnalité en matière de sanctions disciplinaires[12] étant toujours en vigueur, le juge devra, vraisemblablement, faire appel aux tests de proportionnalité et de bon sens à chaque fois que les règlements intérieurs autorisent le licenciement pour des fautes qui manifestement ne seraient pas considérées comme graves.

Les nouvelles dispositions penchent presque exclusivement du côté des sanctions, tout en gardant telles quelles les définitions de giusta causa (juste cause) et de giustificato motivo (motif justifié). Par ailleurs, elles prévoient aussi d'autres nouveautés, notamment en ce qui concerne la procédure. Il s'agit, tout d'abord, de l'obligation de motiver le licenciement au moment même où en informe l'intéressé, puis de l'instauration d'une procédure plus rapide, mais qui suscite, toutefois, beaucoup de doutes quant à sa possible mise en œuvre. Il s'agit enfin, de la réintroduction, s'agissant uniquement du licenciement économique, d'une procédure préalable de conciliation (présentant une certaine ressemblance avec la procédure du contentieux prud'homal français) et qui admet donc, en cours de procédure, la résiliation consensuelle du contrat de travail, sans que le travailleur perde ses droits au chômage, ni à des mesures de réinsertion spécifiques.

Ces nouvelles dispositions relatives au licenciement ont, à quelques exceptions près, rencontré une hostilité diffuse parmi les spécialistes italiens du droit du travail[13], en raison de leur obscurité technique – due à une médiation poussée à l'extrême – et des doutes planant quant à leur légitimité constitutionnelle.

Toutefois, le compromis n'aboutit pas à un affaiblissement de la sécurité dans les contrats de travail au profit d'un renforcement de la sécurité sur le marché du travail – ainsi que le prévoit la théorie de la flexicurité – mais plutôt sur un équilibre entre flexibilité à l'entrée et flexibilité à la sortie, autrement dit entre insider et outsider (ainsi que le souhaite depuis longtemps P. Ichino). Il n'en demeure pas moins que les effets de ce compromis restent entièrement à vérifier et qu'il faudra du temps pour les mesurer. Il est certain, néanmoins, que la réforme ne se limite pas seule-

[11] M.T. Carinci, « Il rapporto di lavoro al tempo della crisi » (« Le rapport de travail en temps de crise »), Relazione al congresso Associazione Italiana Di Diritoo del Lavoro e della Sicurezza Sociale (Aidlass), 2012, consultable en ligne: www.aidlass.org.

[12] Conformément à l'article 2 103 du Code Civil.

[13] P. Ichino, « La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori » (La réforme des licenciements et les droits fondamentaux des travailleurs), *in* M. Pedrazzoli (dir.), *Liber amicorum*, Milan, Angeli, 2012.

ment à une simple « maintenance » (aussi importante soit-elle) du système[14]. À cet égard, il suffit d'un exemple pour comprendre l'étendue du changement que sous-tendent les références théoriques de cet ensemble conceptuel. Jusqu'à présent, en effet, doctrine et jurisprudence considéraient le licenciement économique comme une solution ultime : extrema ratio. Aujourd'hui, c'est tout le contraire : le législateur, en cas de licenciement économique injustifié, n'attribue le « caractère de extrema ratio qu'à la réintégration dans le poste de travail »[15].

C – Le charme discret du contrat unique

Le contrat unique semble avoir été délaissé. En tout cas, il ne constitue plus une référence explicite, et ce, même dans les pays qui l'ont examiné avec intérêt. Toutefois, l'on demeure toujours sensible à son charme discret : en effet, cette idée déteint, parfois de manière évidente, dans certains aspects – et pas des moindres – de la réforme italienne. Le premier indice est constitué par la libéralisation totale du premier CDD dont on a déjà parlé et dont la durée peut aller jusqu'à 12 mois, quelque soit l'employeur. Il s'agit là d'une mesure qui, dans son inspiration, apparaît similaire à la prolongation (jusqu'à un an) de la période d'essai, introduite dans la réforme espagnole de 2012.

Le deuxième indice est constitué par l'emphase avec laquelle le nouveau législateur suggère l'usage de l'apprentissage « comme modalité principale pour l'entrée des jeunes sur le marché du travail » (art. 1, al. 1, lettre b). Or, l'apprentissage pouvant avoir une durée de 3 ans en moyenne, le législateur lui a récemment reconnu le caractère de « contrat à durée indéterminée ». Quelle étrange prétention ! Rappelons qu'il s'agit d'un contrat à « cause mixte », ce qui est bien différent de la cause « simple », spécifique au contrat de travail salarié. Il s'agit probablement d'un effet d'annonce qui, néanmoins, fait naître quelques soupçons. Actuellement, en effet, 85,5% des apprentis interrompent leur apprentissage avant l'échéance[16]. Dès lors, ces apprentis seront-ils effectivement comptabilisés dans les statistiques parmi les travailleurs en CDI ? Rappelons également qu'il s'agit d'un contrat qui, selon le législateur, permet la résolution *ad nutum*, à la fin de la formation ! Á l'instar d'une comédie construite sur des quiproquos, la réforme, d'une part, semble consciente des abus susceptibles d'en découler et, d'autre part, voudrait les empêcher ; d'un côté, en imposant une durée minimale de 6 mois (alors que presque la moitié des contrats d'apprentissage durent actuellement moins de 3 mois) et, d'un autre côté, en interdisant aux employeurs de stipuler de nouveaux contrats d'apprentissage dès lors qu'ils n'ont pas maintenus en contrat au moins la moitié des apprentis embauchés au cours des 36 derniers mois. Pour autant, la loi abonde dans le sens contraire et annule les effets possibles de cette dernière restriction, en élevant le nombre maximum d'apprentis au sein de la même entreprise : de 1:1 le rapport entre le nombre d'apprentis et de salariés de l'entreprise passe à 3:2, ce qui sous-entend qu'une entreprise pourra dès lors recruter jusqu'à 60% d'apprentis ! En outre, il ne faut pas non plus oublier que les obligations en matière de formation « formelle » de l'apprenti (celle qui ne peut pas être dispensée en entreprise), avaient été considérablement réduites (à 40 heures par an) l'année précédente !

Dans le meilleur des cas, l'effet de ces changements entraînera l'institutionnalisation d'une période initiale de travail dépourvue d'une quelconque stabilité (ce qui rappelle, un tant soit peu, l'esprit du contrat unique), alors que, dans le pire des cas, il va déclencher des phénomènes de turn-over susceptibles de redonner du souffle à cette précarité à l'entrée que, soi-disant, l'on voudrait combattre.

D – Vers un modèle unique d'indemnisation pour les chômeurs involontaires

Selon le schéma véritable de la flexicurité, la perte de sécurité de l'emploi, à la suite à de changements dans le domaine du licenciement abusif, aurait dû comporter une amélioration de la sécurité sur le marché du travail au sens large ; autrement dit à une allocation de chômage d'un montant plus élevé et d'une durée plus conséquente, ainsi que des mesures de réinsertion plus incisives.

Or, si c'est bien ce que promet le législateur qui s'engage explicitement à « réaliser un marché du travail inclusif et dynamique, capable de contribuer à la création de nouveaux emplois », ainsi qu'à rendre « plus efficace, plus cohérente et plus équitable la structure des amortisseurs

[14] A. Vallebona, *op. cit.*, p. 5.

[15] T. Treu, « Riequilibrio delle tutele e flexicurity », *op. cit.*, p. 34.

[16] F. Carinci, « E tu lavorerai come apprendista. L'apprendistato: da contratto "speciale" a contratto "quasi unico" » (Et tu travailleras comme apprenti. L'apprentissage : d'un contrat « spécial » à un contrat « 'presque unique), *in Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 2012.

sociaux et des politiques de réinsertion mises en œuvre, et ce, dans une perspective d'universalisation et de renforcement des possibilités de trouver un emploi » (art. 1, al. 1, lettre d), il reste que ces engagements, bien que présents tous deux dans la réforme, ne peuvent, que ce soit par un manque de consistance ou du fait de leur indétermination, offrir aucune sécurité effective aux travailleurs qui ont perdu leur travail.

La mesure principale (qui est aussi la plus appréciable) est constituée par un nouveau dispositif appelé ASpI (Assicurazione Sociale per l'Impiego, soit Assurance Sociale pour l'Emploi), destiné à garantir une indemnisation aux chômeurs pendant une période de 12 mois maximum (portée à 18 mois pour les plus de 50 ans). Les conditions exigées pour en bénéficier, sont les suivantes :

- avoir perdu involontairement son travail (sauf en cas de résolution consensuelle selon la procédure évoquée précédemment) ;
- être au chômage (autrement dit, immédiatement disponible ou à la recherche d'un nouvel emploi) ;
- avoir été assuré pendant deux ans au moins ;
- avoir versé les cotisations salariales pendant un an au moins au cours des deux ans qui précèdent le début du chômage (ce qui est considérable car cette mesure généralise l'application du dispositif, en l'étendant à des catégories de travailleurs qui en étaient auparavant exclus ou qui étaient soumis à un traitement différencié). Pour le reste, et sous réserve du système de calcul qui est plus étroitement lié au montant des cotisations versées, il n'est pas très différent de l'ancienne indemnité de chômage.

Par ailleurs, l'introduction de ce nouveau dispositif entraînera la suppression graduelle de l'indemnité de mobilité ; mesure qui assurait aux travailleurs victimes d'un licenciement collectif une allocation qui, dans le cas le plus favorable (à savoir les travailleurs de plus de 50 ans domiciliés dans les régions du sud), avait une durée de 48 mois. Or, le montant global de cette allocation, notamment pour certaines catégories de travailleurs, pourra même être inférieur à ce qui était prévu auparavant. Quoiqu'il en soit, il reste que le système dualiste basé sur des prestations à régler au cours de la relation de travail et à l'issue de celle-ci n'a pas été substantiellement modifié. Bien que le projet d'origine prévoyait la suppression totale de la *Cassa integrazione guadagni straordinaria*, celle-ci n'a finalement été supprimé que dans le cas des procédures collectives. La loi suggère aussi l'octroi d'indemnités plus avantageuses, en en soumettant le montant à l'accord des partenaires sociaux, et ce, par le biais du dispositif de *bilatéralité* qui garde toute sa validité. Ce nouveau dispositif est destiné à entrer en vigueur à partir de 2016.

III – L'autre aspect de la flexicurité : la sécurité reste toujours une chimère

En définitive, la réforme d'indemnisation du chômage n'intègre pas de façon adéquate les éléments caractéristiques du modèle théorique de la flexicurité et ne ressemble pas non plus aux réalisations concrètes les plus connues de ce modèle. Par ailleurs, elle comporte un certain nombre de références aux devoirs que la Commission Européenne a assignés aux États membres dans le cadre d'une relance de la flexicurité[17], tels que les mesures au bénéfice des parents ou les simplifications organisationnelles en matière de rencontre entre demande et offre d'emplois, centrées sur la promesse de constituer une nouvelle banque de données. Néanmoins, les éléments les plus significatifs, à savoir les mesures de réinsertion, bien que présents dans la réforme, sont de loin plus désolants. Le sujet relatif à la réforme des services de l'agence publique de l'emploi et aux incitations à la recherche d'un emploi (qui sont des points fondamentaux du modèle) n'a fait l'objet que d'une simple délégation au Gouvernement qui, au cours des mois prochains, devrait promulguer une série de décrets législatifs réglementant cette matière. Il reste que cette délégation avait été déjà attribuée au Gouvernement en 2007 et que, n'ayant pas été suivie d'effet, elle avait été prorogée jusqu'en 2010. Elle est, une fois de plus, prorogée en y ajoutant des précisions de peu d'importance.

IV – Un droit du travail au service de l'économie : prodrome d'une nouvelle paupérisation

Une évaluation globale des mesures ci-dessus exposées, formellement adoptées afin de faire face à la crise, n'est pas simple. Ce n'est pas facile de prévoir quel sera le niveau d'application effective de la loi, ni quelles seront les orientations jurisprudentielles principales en matière de flexibilité à l'entrée et de licenciement.

[17] Communication du 8 octobre 2012, COM 2010.

Il est certain que ces mesures ne montrent aucun changement de cap par rapport aux dispositions adoptées précédemment. Il y a des signes de confirmation, notamment, d'une « régression sociale », déjà mise en lumière, par ailleurs, par une récente étude effectuée en Europe[18] ; indiquant, de manière plus ou moins explicite, que la flexicurité est l'un des principes inspirateurs de la réforme, mais qu'il s'agit d'une boîte vide, du fait de l'absence totale de véritables politiques en matière de sécurité du travail. Au demeurant, il est notoire, bien que personne ne veuille en prendre acte, que de véritables politiques de flexicurité en Italie (et pas qu'en Italie) sont insoutenables sur le plan économique, social et culturel[19]. Ces dernières années, en effet, la sécurité n'a été, en Italie comme dans d'autres pays, rien d'autre qu'une feuille de figuier cachant la victoire écrasante de la seule flexibilité, une « flexibilité pure et dure »[20] qui a trouvé chez nous une interprétation spécifique dans des formes de travail para-subordonné ou indépendant, ainsi que dans le travail irrégulier. Mais il est vrai que cette loi, malgré ses importantes mesures en contre-tendance, change partiellement de cap en essayant de réduire quelques excès et, notamment, ceux relatifs au travail para-subordonné. En échange, le « tabou de l'article 18 » tombe, et ce, après une médiation très compliquée qui nous laisse en héritage une série de problèmes d'interprétation qui ne sont certes pas simples à résoudre, ainsi que, vraisemblablement, une incertitude accrue.

Il faut être clair. La réforme italienne n'a rien à voir avec la ravageuse réforme espagnole qui a reçu l'approbation de la BCE. Néanmoins, il reste à évaluer, en Italie, la marge d'accroissement de l'incertitude relative aux droits des travailleurs, ceux-ci ayant été privés du bouclier de la réintégration. Par ailleurs, l'on ne doit pas oublier que, en définitive, la différence entre l'Espagne et l'Italie est déterminée par le différentiel des taux d'intérêt de la dette publique. L'expérience montre que, dans le cas où ce ratio venait à s'alourdir, une lourde réduction qualitative et quantitative des droits, telle que souhaitée par la BCE, pourrait se produire en Italie aussi en l'espace de quelques heures.

La loi n° 92/2012 n'effectue qu'une « maintenance » ordinaire, elle n'est nullement porteuse d'une véritable réforme. S'insérant dans une parfaite cohérence avec les dispositions adoptées précédemment, cette loi fait s'intègre aisément dans la filière de la déréglementation. Á mon avis, l'aspect le plus important de cette tendance concerne, notamment, les relations industrielles qui sont totalement sous la coupe de l'article 8. Bien que très peu appliqué (jusqu'à présent), cet article constitue le véritable cheval de Troie de la déréglementation. Il ne faut oublier que les principales organisations syndicales, tout en refusant la méthode imposée par le législateur, ont laissé (ou ont dû laisser) de vaste marge de manœuvre quant à la possibilité de modifier *in pejus* le contrat collectif d'entreprise : un contrat qui, du fait de l'implication directe des travailleurs dans le compromis à trouver (celui-ci se faisant souvent sous la menace de perspectives plus mauvaises que la *reformatio in peius*), ressemble quelque peu, dans de nombreux cas, au contrat individuel dont certains invoquent le retour[21]. Nous en avons un exemple évident dans ce qui s'est passé à Fiat où tous les travailleurs inscrits au syndicat qui avaient refusé la signature d'un contrat collectif au rabais, ont perdu leur travail : aucun d'entre eux n'a été réembauché dans la nouvelle société qui, suite à un transfert de l'activité, avait absorbé l'ancienne société. D'autres, de crainte de perdre leur emploi, ont quitté le syndicat. Pour l'instant, la magistrature a condamné Fiat pour comportement discriminatoire[22], en lui imposant la réintégration de 145 travailleurs inscrits à la FIOM. Il est clair, néanmoins, que la suppression du contrat collectif national, qui se calque bien sur la stratégie inaugurée par Fiat lorsqu'elle a quitté la *Confindustria*, poussera le système syndical italien, ainsi que le souhaite, d'ailleurs, l'administrateur délégué de Fiat, vers un modèle de relations industrielles de type nord-américain.

[18] S. Laulom, « Introduction », *in Quel droit social dans une Europe en crise ? op. cit.*, p. 16.

[19] G. Loy, « Apuntes sobre el libro verde - Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI » (Notes sur le livre vert - Moderniser le droit du travail pour faire face aux défis du XXI siècle), *in Relaciones laborales*, n° 15-16, 2007, pp. 47 et s. ; M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, « Flexiseguridad: el debate europeo en curso » (Flexicurité : le débat européen en cours), *in* R. Escudero (dir.), *Aportaciones al debate sobre flexiseguridad* (Contributions au débat sur la flexicurité), Madrid, La Ley, 2007, pp. 3 et s.

[20] S. Laulom, *op. cit.*, p. 16.

[21] P. Ichino, « Il percorso tortuoso del diritto del lavoro » (Le parcours tortueux du droit du travail), *in Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, I, pp. 62 et s.

[22] Tribunal de Rome, *sez. lavoro*, 21 juin 2012.

Aujourd'hui, le problème n'est pas tant de comparer l'intensité par laquelle les différents États se mettent en conformité avec les règles dictées par l'économie de marché, mais de décider s'ils doivent assister, impuissants, à la transformation pernicieuse d'une discipline qui, née pour corriger les inégalités (en limitant par conséquent les pouvoirs des employeurs), voudrait devenir à présent un instrument visant à favoriser la compétitivité de l'entreprise.

En effet, il s'agit bien ici du principe mis en avant par la BCE et que les États membres sont en train, volontairement ou sous la contrainte, de faire leur. La partie du programme touchant de plus près au droit du travail[23] consiste en les mesures suivantes :

- réduction du salaire minimum ;
- affaiblissement des mesures de protection du travail ;
- négociation du salaire au niveau des entreprises ;
- abolition de la corrélation entre salaire et inflation[24].

Il s'agit là d'un programme conduisant à une nouvelle paupérisation qui, selon certains auteurs, devrait nous faire sortir de la crise et favoriser la création de nouveaux emplois, mais qui, pour l'heure, n'a pour effet que de favoriser le *dumping* social.

D'ailleurs, ce n'est pas seulement sur la plan théorique que l'on peut douter de cette doctrine, mais également en pratique, notamment en raison du fait qu'elle n'a jamais trouvé de confirmation empirique et que les pays qui ont – par le passé, voire aujourd'hui – mis en pratique avec le plus de rigueur des mesures de ce type, n'en ont tiré aucun profit en termes d'emploi[25] et se sont parfois retrouvés au plus profond de l'abîme.

Nous voguons dans la même mer.

[23] Banque Centrale Européenne, Rapport mensuel, Août 2012.

[24] M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, « Politica salariale e contrattazione collettiva » (Politique salariale et négociation collective), *in Diritto del lavoro, Europa, Diritti, Immaginato e scritto pensando a Massimo Roccella* (Droit du Travail, Europe, Droits. Imaginé et écrit en pensant à Massimo Roccella), Rome, Ediesse, en cours de publication.

[25] *Cf.* l'expérience actuelle de l'Irlande.