

ÉTUDES

p. 6 Gilles Trudeau et Frédéric Paré

Pourquoi les *Rights-to-Work Laws* aux États-Unis ?

p. 18 Yaelsy Lafita Cobas

Les travailleurs indépendants à Cuba. Un regard sur la législation du travail cubaine

p. 28 Ljubinka Kovačević

Évolution du concept de la relation de travail dans le droit serbe : d'un concept autogestionnaire authentique à une (ré)affirmation tardive du concept contractuel

p. 38 Stani Ondze

L'harmonisation des régimes de protection sociale en Afrique. L'exemple de la Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale

p. 48 Antonio Monteiro

Le droit du travail au centre de la crise : un arrêt de la Cour Constitutionnelle portugaise

p. 58 Francisco Villanueva, Daniel Crespo-Villarreal, Stéphanie Bernstein, Jill Hanley, Sylvie Gravel et Emmanuelle Ostiguy

Les travailleurs étrangers temporaires au Québec : le paradis, un peu plus loin...

p. 70 Andrea Allamprese

Le cas italien du personnel A.T.A. de l'école publique : violation d'un droit humain ou d'un droit social ?

p. 80 Nouri Mzid

L'insertion des droits sociaux fondamentaux dans la nouvelle Constitution tunisienne : une effectivité à l'épreuve

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

THÉMATIQUE : LA GRÈVE : ENTRE PROTECTION ET DÉFIANCE DU JUGE

p. 89 Allison Fiorentino

Rochelle Le Roux (Afrique du Sud)

Aiqing Zheng (Chine)

Achim Seifert (Allemagne)

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 116 Afrique du Sud

p. 118 Algérie

p. 120 Argentine

p. 122 Australie

p. 124 Autriche

p. 126 Bulgarie

p. 128 Chili

p. 130 Colombie

p. 132 Commissions de contrôle
des Pactes internationaux

p. 134 Conseil de l'Europe

p. 136 Espagne

p. 138 États-Unis

p. 140 Fédération de Russie

p. 142 France - Travail

p. 144 Grèce

p. 146 Hongrie

p. 148 Israël

p. 150 Italie

p. 152 Japon

p. 154 Lituanie

p. 156 OIT

p. 158 Pérou

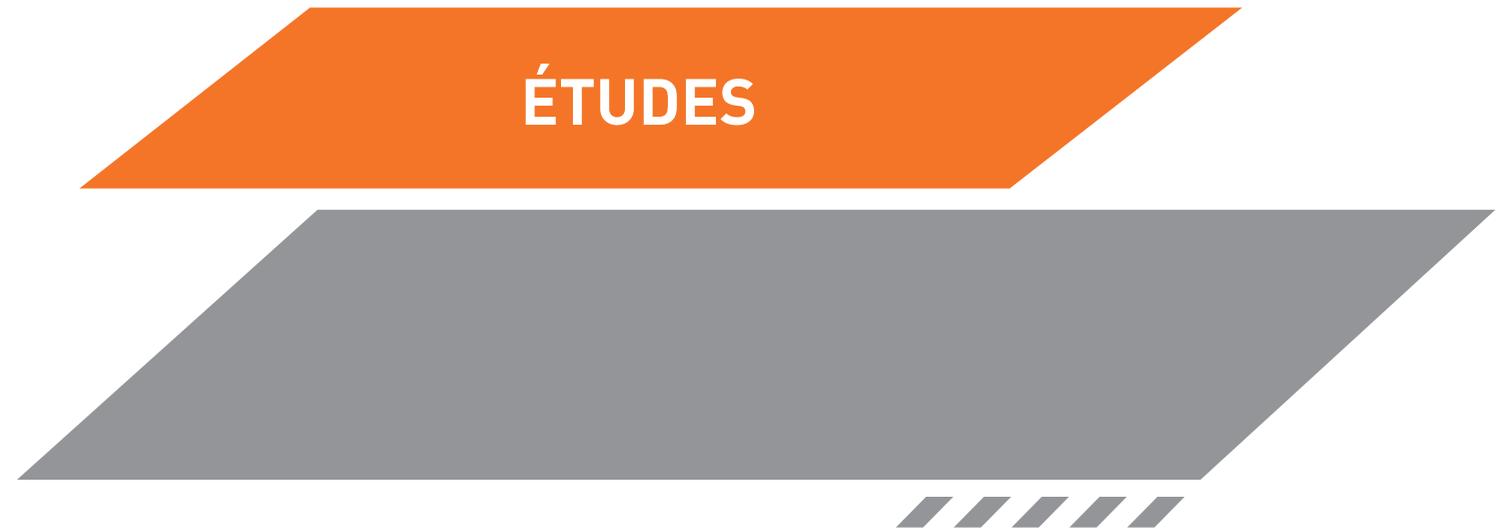
p. 160 Roumanie

p. 162 Royaume-Uni

p. 164 Serbie

p. 166 UE - Protection Sociale

p. 168 UE - Travail



ÉTUDES

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES

Professeur de Droit du Travail, ISCTE – Institut Universitaire de Lisbonne.

Thèmes de recherche : L'impact des réformes du droit du travail sur l'économie et l'emploi. Parmi ses publications :

~ Direito do Trabalho (17^e édition), 2014.

~ A lei e as greves, 2014.

LE DROIT DU TRAVAIL AU CENTRE DE LA CRISE : UN ARRÊT DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE PORTUGAISE



ABSTRACT

During the Portuguese financial (and then economic) crisis in the 2008-2014 period, the Constitutional Court was asked to intervene to assess the constitutional compliance of various measures of the austerity policy. As a result, the Court was accused of obstructing the Government policy. In this article, the author sustains the opposite position by demonstrating that the jurisprudence of the Constitutional Court Portuguese followed the same logic as the Government policy.

KEY WORDS : Portugal, Constitutional Court, Sentence, Austerity, Labour law.

RÉSUMÉ

Pendant la crise financière (et économique) que le Portugal a vécu dans la période 2008-2014, la Cour constitutionnelle portugaise a été saisie à propos des doutes sur la conformité constitutionnelle de plusieurs mesures de la politique d'austérité. La Cour a été accusée d'entrave à la politique du gouvernement. Dans cet article, l'auteur soutient la position contraire en démontrant que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle portugaise se situait dans la même perspective que la politique du gouvernement.

MOTS CLÉS : Portugal, Cour Constitutionnelle, Arrêt, Austérité, Droit du travail.

La Cour constitutionnelle portugaise¹ a récemment acquis une certaine notoriété, à cause du rôle assumé dans le contexte de la situation difficile que le pays a traversé, à la fois sur le plan économique et dans le domaine des finances publiques. Plusieurs décisions concernant des lois budgétaires marquées par une politique d'austérité sévère – en partie imposées par la « troïka »², mais aussi en raison d'options propres du Gouvernement – ont forcé l'administration financière à chercher des solutions alternatives pour atteindre des résultats financiers similaires à ceux qui étaient ciblés.

En fait, la Constitution portugaise prévoit un ensemble de mécanismes de contrôle de la constitutionnalité des lois. L'un d'eux consiste en la possibilité pour le Président de la République, avant de signer une loi, et en cas de doute sérieux sur sa conformité avec la Loi fondamentale, de la soumettre au contrôle préventif de la Cour Constitutionnelle ; laquelle doit statuer dans un bref délai³. Les règles considérées, par arrêt de la Cour Constitutionnelle, comme non conformes à la Constitution doivent être modifiées ou supprimées afin que la loi puisse être finalement entrée en vigueur⁴.

Est également prévu un contrôle « successif » de constitutionnalité – fait après l'entrée en vigueur de la loi – par la même Cour. L'initiative de ce processus peut être prise par diverses entités, y compris par un groupe

de députés⁵. La conséquence d'une déclaration (par arrêt de la Cour) de non-conformité constitutionnelle est la destruction, *a posteriori*, des règles en question⁶ ; ce qui peut causer des perturbations graves sur le plan de la gestion publique, au-delà des inévitables difficultés politiques.

Les décisions de la Cour constitutionnelle qui ont eu, jusqu'à présent, l'impact médiatique et politique le plus fort avaient pour objet les budgets de l'État, en particulier lorsqu'il s'agissait de mesures visant à réduire les salaires et les pensions, ou à augmenter la charge fiscale sur ces types de revenus. Le Président a toujours adopté une pratique visant à ne pas empêcher ou retarder la mise en œuvre des budgets présentés par le Gouvernement et approuvés par le Parlement – où le gouvernement a la majorité – prétextant du fait que le retardement de l'application des budgets entraînerait des conséquences négatives pour le pays.

En marge des différentes lois budgétaires qui ont été examinées par la Cour, il convient d'en noter une autre qui a introduit la modification la plus vaste et profonde du Code du travail : *la Loi 23/2012 du 25 juin*⁷. Le Président – contrairement à son habitude presque invariable en matière de lois du travail dans le passé – a décidé de s'abstenir de l'initiative du contrôle préventif de la constitutionnalité. Pourtant, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi, un groupe de députés a présenté à la Cour une requête d'examen *a posteriori*, c'est à dire, de contrôle successif de constitutionnalité. La Cour a pris plus d'un an pour se prononcer sur la question – avec les conséquences négatives

¹ La Cour se compose de 13 juges : 10 élus à l'Assemblée nationale et 3 autres choisis par ces élus. Sur ce total, au moins 6 doivent être des juges de carrière. Le mandat de chaque juge est de 9 ans sans possibilité de renouvellement. V. la Loi 28/82 du 15 novembre, avec des modifications introduites en 1985, 1989, 1995, 1998 et 2011.

² Ces mesures ont été définies dans le *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, signé par le gouvernement portugais et la « troïka » le 17 mai 2011. Le *Memorandum* est accessible, par exemple, à l'adresse : http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal_en.pdf.

³ Article 278 de la Constitution.

⁴ Article 279.

⁵ Article 281.

⁶ Article 282.

⁷ Plus récemment, d'autres mesures législatives ont été publiées, dans le cadre d'une révision « régressive » du Code du travail programmée dans le *Memorandum* de 2011. Elles sont, en tout cas, dépourvues de la taille et de la profondeur de l'inflexion politico-juridique opérée par la loi 23/2012. C'est le cas de la loi 69/2013 (modifiant le processus de calcul de l'indemnité de cessation d'emploi) et de la loi 70/2013 (réglementant le fonds de compensation et le fonds de garantie de l'indemnité pour extinction du contrat de travail), du 30 août.

qu'on peut imaginer – mais, finalement, elle a émis l'arrêt 602/2013 du 20 septembre, déclarant l'inconstitutionnalité d'une petite partie des dispositions contenues dans la Loi.

Exactement comme cela s'était déjà produit à propos des décisions sur les lois budgétaires, cet arrêt a provoqué une vague de critiques, aisément explicables dans l'environnement politique et social existant dans le pays, à partir de 2011. La législation étant limitée à des fonctions strictement instrumentales, dans le cadre des opérations « d'ajustement » requises par « l'urgence économique et financière », l'invocation de contre-arguments juridiques ne pouvait être envisagée que comme un prétexte ou une manifestation de frivolité. Ainsi, l'opinion affichée (et donc dominante) était que la Cour constitutionnelle, en déclarant que certains (rares) éléments de la « réforme du travail » étaient incompatibles avec la Constitution, aurait fait « obstruction » à l'action du Gouvernement, indifférent à l'« urgence nationale », en adoptant des interprétations discutables et partielles des règles de la Loi fondamentale. Il a même été question d'« activisme judiciaire » et de « judiciarisation du politique » – dans le sens où il y aurait ingérence de la Cour dans le domaine de l'action gouvernementale – et, en général, d'irréalisme et de manque de bon sens dans la construction et la motivation des décisions.

Il convient de noter que si cette « réforme du travail » était la concrétisation des engagements pris avec la « troïka », le *Memorandum of Understanding* dans lequel ils ont été exprimés prévoyait également la nécessité de respecter les limites de la Constitution portugaise⁸. L'intervention de la Cour, fût-elle préventive ou successive, ne pouvait donc pas être considérée comme anormale ou intrusive vis-à-vis des procès législatifs fondés sur les compromis internationaux du gouvernement.

La thèse que nous soutenons est – bien à l'opposé des idées les plus fréquemment diffusées – que la Cour constitutionnelle a statué sur la « réforme du travail » de 2012 sur la base d'une interprétation très large des dispositions constitutionnelles mises en jeu, en prenant des repères d'évaluation identiques à ceux du législateur ordinaire (c'est à dire, du Gouvernement et de sa majorité

⁸ Plus exactement, le *Memorandum* soulignait la nécessité de « tenir compte des possibles implications constitutionnelles » des réformes en matière de législation du travail et de la sécurité sociale.

parlementaire), et en se rapprochant même de la dernière frontière de la légitimité constitutionnelle.

La démonstration de cette thèse nous conduira à observer les thèmes soumis à l'analyse de la Cour et les décisions prises sur chacun d'eux (I), après quoi il sera tenté une évaluation globale de la nature et de la signification de cette jurisprudence (II).

I - Les thèmes analysés

Dans l'arrêt 602/2013 du 20 septembre, la Cour a examiné six groupes de questions : le nouveau régime de la banque d'heures individuelle ou de groupe (*grupal*)⁹ ; l'élimination des repos compensatoires¹⁰ et la réduction de la rémunération pour les heures supplémentaires¹¹ ; l'élimination des jours fériés¹² et des jours complémentaires de congés annuels dus pour assiduité¹³ ; la modification

⁹ Le Code du travail admettait la possibilité de création d'une banque d'heures seulement si prévue par convention collective (article 208^o). La loi 23/2012 a permis la création d'un tel régime par accord individuel (qui pourrait être intégré par une acceptation tacite du salarié) ; en plus, la même loi établit qu'en cas d'acceptation de la majorité des salariés appartenant à la même unité économique, l'employeur peut appliquer le régime à tous (nouveaux articles 208-A et 208-B).

¹⁰ Au-delà des conséquences économiques, le travail supplémentaire dans toutes les modalités – en jour ouvrable, en jour de repos hebdomadaire, en jour férié, etc. – donnait au salarié le droit à un repos compensatoire, dont la durée (100% ou 25% du temps extra travaillé) dépendait de la modalité (article 229 du Code du travail).

¹¹ Dans la version antérieure du Code, le paiement des heures supplémentaires serait aggravé de 50% pour la première heure, 75% pour les heures suivantes, dans les jours ouvrables ; et de 100% dans les jours de repos hebdomadaire ou fériés (article 268 du Code du travail).

¹² Les jours fériés d'observance obligatoire au niveau national étaient : le 1^{er} janvier, le Vendredi Saint ; le Dimanche de Pâques, le 25 avril, le 1^{er} mai ; le jour du Corps de Dieu ; le 10 juin ; le 15 août ; le 5 octobre ; le 1^{er} Novembre ; le 1^{er}, le 8 et le 25 décembre.

¹³ Le Code du travail de 2003, dans son article 238, à côté de la fixation de la durée minimum des congés payés annuels (22 jours ouvrables), offrait le droit à 3, 2 ou 1 jours additionnels de vacances aux salariés n'ayant que 0 à 3 jours d'absence (justifiée) du travail dans l'année précédente. Ce régime, très discuté de plusieurs points de vue, a été maintenu dans le Code de 2009. La Loi 23/2012 a attaqué la solution en deux points : la révocation du régime légal et l'« annulation » des régimes conventionnels qui le reproduisaient.

des conditions de licenciement pour extinction du poste de travail¹⁴ ; la modification du régime du licenciement pour incapacité d'adaptation (*inadaptação*) du travailleur¹⁵ ; et le régime spécifique des relations entre la loi et les conventions collectives, contenu dans l'article 7 de la Loi 23/2012¹⁶.

Il convient de noter tout d'abord que les décisions de *conformité constitutionnelle* relatives à la banque d'heures individuelle (c'est-à-dire, fondée sur des accords individuels), à l'assouplissement des conséquences du travail supplémentaire et à l'élimination de quelques jours fériés et des jours complémentaires de congés payés ont été *unanimes*¹⁷. Ont été également *unanimes* les décisions de *non-conformité* avec la Constitution sur l'élimination du devoir de repêchage en cas de licenciement pour cause non disciplinaire – pour extinction du poste de travail et pour incapacité d'adaptation du salarié.

Les principaux sujets de controverse, qui ont vraiment divisé le collège des juges, étaient, d'une part, la banque d'heures de groupe et, d'autre part, les règles qui déterminaient l'annulation, la suspension et la réduction des régimes conventionnels collectifs antérieurs à la Loi 23/2012.

Vérifions donc comment la Cour a statué sur chacun des thèmes évoqués ci-dessus.

¹⁴ Tout d'abord, l'élimination du critère légal de choix du travailleur à licencier – qui était un critère « social » visant à protéger l'emploi des salariés les plus anciens ou âgés –, et son remplacement (dans l'article 368/2) par un critère fixé par l'employeur, encadré par un ensemble de concepts vagues et indéfinis ; par ailleurs, l'élimination de l'obligation de repêchage, c'est-à-dire, d'épuisement des possibilités de maintien du contrat de travail, même avec un autre objet.

¹⁵ Il s'agit de la reconnaissance d'une nouvelle forme d'« inaptitude », sans modification du poste de travail, mais sur la base d'un « changement du mode d'exécution du travail » par le travailleur ; d'autre part, la loi éliminait aussi le devoir de repêchage dans cette modalité de licenciement.

¹⁶ Cet article déterminait l'annulation, la suspension et la réduction de certaines clauses des conventions collectives plus favorables pour les salariés que les nouveaux régimes institués par la Loi 23/2012.

¹⁷ En ce qui concerne les vacances et le repos compensateur, la Cour a déclaré inconstitutionnelle l'annulation des régimes conventionnels antérieurs, mais pas les nouvelles disciplines introduites par la Loi 23/2013.

A – La banque d'heures

La première de ces questions concerne la *banque d'heures*, par accord individuel ou en groupe.

La banque d'heures – dont la loi ne fournit pas de définition – est un régime du temps de travail selon lequel, par rapport à un horaire de travail, les heures travaillées en excès ne sont pas payées comme extraordinaires, mais compensées par du temps libre équivalent, dont le salarié pourra jouir au moment choisi, en principe, par lui-même. Cette formule, tout en offrant à l'employeur une marge considérable de possibilités de disposer des services du salarié, peut rendre pratiquement impossible la conciliation de la vie personnelle et professionnelle, par celui-ci. C'est la raison pour laquelle le Code du travail ne prévoyait la création d'une banque d'heures que dans le cadre d'une convention collective.

La Loi 23/2012 a introduit la possibilité de créer une banque d'heures sur la base d'accords individuels entre l'employeur et chaque salarié, en admettant même que le consentement de celui-ci soit tacite, c'est-à-dire, déduit de son silence devant la « proposition » de l'employeur. En outre, la même loi a admis la création d'une banque d'heures « de groupe » sur la base d'une convention collective ou des accords individuels : si la convention ou les accords couvrent la majorité des travailleurs dans une équipe, un département ou un établissement, la banque peut être appliquée à l'ensemble.

En ce qui concerne la banque d'heures par accord individuel, la Cour constitutionnelle n'a pas trouvé de raisons suffisantes pour déclarer son inconstitutionnalité. Elle a considéré que « la conciliation vie/travail était, pour l'essentiel, préservée ». Le fait que le silence du travailleur soit apparenté à une manifestation d'acceptation a été considéré comme acceptable lorsqu'« il est raisonnable de supposer la diligence correspondante à un devoir de réponse ». Le salarié a la possibilité d'exprimer (par écrit) sa position et même, en s'opposant au projet de l'employeur, à frustrer la banque d'heures. La Cour n'a pas eu besoin d'autres considérations afin de retenir que l'idée force constitutionnelle de la conciliation vie/travail était respectée¹⁸.

¹⁸ Ainsi, l'accord individuel sur la banque d'heures, le cas échéant, sera normalement conclu par une manifestation tacite de la

À propos de la banque d'heures « de groupe », les raisons invoquées par la Cour pour déclarer sa conformité constitutionnelle étaient beaucoup plus développées, bien qu'au départ l'arrêt rappelle l'« égale justification » de l'adaptabilité d'horaires « en groupe », auparavant considérées comme compatibles avec la Constitution. Les deux modalités, dit la Cour, reflètent « une idée de solidarité qui justifie la subordination des intérêts individuels à l'intérêt collectif dans le cadre de l'intérêt d'une bonne gestion d'affaires ».

À l'appui de cette idée, on invoque deux « principes fondamentaux du travail ». Il s'agit d'une part du « principe du collectif » qui implique la prévalence de l'unité de l'équipe ou de l'établissement sur les intérêts individuels de ses membres, et d'autre part du « principe de la primauté des intérêts de la gestion », comme « orientation axiologique en matière de temps de travail »¹⁹. Ces principes peuvent, en fait, être considérés comme des marques distinctives des « nouvelles » lois du travail, qui portent sur la réglementation des affaires ayant pour objet l'utilisation du travail humain. Ces « principes » servent, dans l'arrêt, comme rampe de lancement pour toute une théorie de la subordination des intérêts individuels des travailleurs à « l'intérêt de la gestion » (lesquels peuvent être reconduits selon la volonté unilatérale de l'employeur) et aux « intérêts collectifs » réels ou supposés de la majorité des travailleurs – une « subordination juridique » totale et polyvalente...

Ainsi, « l'intérêt de la gestion » et celui d'un nombre important de travailleurs qui se sont exprimées par le silence (ce qui conduit le législateur à supposer qu'ils voient un avantage dans la banque d'heures...) constituent – selon l'arrêt – une « raison objective et matériellement fondée pour justifier d'accorder légalement à l'employeur la permission » d'étendre le système à ceux qui ne sont pas d'accord avec lui, c'est à dire à ceux là même qui se permettent d'exprimer activement dans un document écrit leur désaccord, étant donné l'ampleur des difficultés et des inconvénients que la banque d'heures entraînera quant à leur organisation de vie.

volonté (c'est à dire, le silence ou l'inaction) du travailleur, dont la signification est prédéfinie par la loi. Le fait que cet « accord » est obtenu dans la constance de la relation de travail n'a pas impressionné la Cour.

¹⁹ La Cour a accueilli pleinement, à cet égard, l'apport doctrinaire de M. Rosário Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, vol. 1 (Coimbra, 2012) pp. 531 et 532, et vol 2, p. 473.

La Cour reconnaît que la banque d'heures a comme résultat la diminution des temps de repos et des difficultés accrues pour la conciliation travail/vie, mais elle minimise ces conséquences : il s'agit de « restrictions aux droits des travailleurs qui sont indispensables à l'opérationnalisation de ces instituts de modulation du temps de travail »²⁰. La Cour accueille donc une fois de plus²¹ le critère d'efficacité comme critère de valeur constitutionnelle²². Et elle ajoute encore que si le syndicat ou la plupart des travailleurs ont accepté la solution, c'est parce que l'enjeu réside en « la réalisation d'intérêts qui, en ce moment, sont considérés comme prévalents sur le repos et la vie de famille »²³.

C'est comme cela que la Cour constitutionnelle a justifié sa conviction (bien que non unanime) à propos de la légitimité constitutionnelle de la banque d'heures de group ; par une formule qui mène à la limite extrême de la reconnaissance de la prévalence de la « flexibilité du travail » sur l'exigence de conciliation vie/travail. Pour cette dernière raison – et non sur la base des pondérations politico-juridiques différentes qui pourraient justifier la désapprobation de ce régime –, il semble difficile à dissiper l'idée que l'arrêt incarne un effort maximum de convergence avec le point de vue initial du législateur ordinaire,

²⁰ Italiques ajoutés par l'auteur.

²¹ Italiques ajoutés par l'auteur. Cet extraordinaire critère d'évaluation constitutionnelle a été utilisé par la Cour, en effet, à propos des lois budgétaires, dans le but de justifier les surcharges placées sur les employés du « secteur public » et les pensionnaires.

²² Le critère d'efficacité est, en soi, constitutionnellement neutre. D'une part, son adoption par la Cour prouve qu'elle n'a pas voulu discuter le bien-fondé des choix politiques du gouvernement. D'autre part, ce critère ne gagne du sens que s'il sert comme support instrumental dans le choix des moyens d'atteindre la réalisation des valeurs ou des objectifs constitutionnels – par exemple, concilier travail/vie... Le raisonnement développé dans l'arrêt inverse entièrement cette logique comme si « la modulation du temps de travail » était une cible prioritaire pour la Constitution.

²³ Afin de mettre en évidence une atténuation de l'impact de la banque d'heures sur la conciliation travail/vie, la Cour invoque l'article 35/1/q) du Code du travail qui, dans le cadre de la protection de la maternité et paternité, prévoit des exceptions à l'application des régimes d'adaptabilité d'horaires, extensibles aux banques d'heures. Mais, la vérité est qu'une telle exception ne couvre que les femmes enceintes, l'accouchement et les femmes qui allaitent, ou l'autre parent en cas de lactation, laissant de côté toutes les autres situations de la vie de famille.

même au prix d'une latéralisation d'autres (peut-être plus authentiques) « orientations axiologiques » constitutionnelles²⁴.

B - L'assouplissement des conséquences du travail supplémentaire et l'élimination de jours fériés et de jours additionnels de congés payés

Sur les deux groupes de questions suivantes – d'une part, l'élimination des repos compensatoires et la réduction de la rémunération des heures supplémentaires, et, d'autre part, l'élimination de quatre jours fériés et des jours additionnels de vacances pour assiduité – les décisions prises, dans le sens de la conformité constitutionnelle, ont été *unanimes*.

En ce qui concerne le traitement des heures supplémentaires, la Cour a jugé que l'abaissement de leur coût et l'élimination des repos compensatoires, en visant la réduction des coûts du travail – nécessaire pour accroître la productivité et la compétitivité de l'économie – ne nuisent pas à la conciliation ni à la protection de la vie de famille et ne représentent pas des « restrictions intolérables » aux droits au repos et à la conciliation vie/travail²⁵.

À propos de l'élimination des jours fériés, la considération fondamentale a été, une fois de plus, la volonté

²⁴ La décision, prise dans un arrêt antérieur, sur l'« adaptabilité d'horaire en groupe » a conditionnée clairement la position de la Cour sur cette nouvelle figure. Cependant, il y a une différence importante, qui n'a pas été prise en compte : l'adaptation des horaires implique leurs changements successifs, dans lesquels l'employeur doit respecter une procédure prévue par la loi (articles 216 et 217). Cela implique un certain délai (sept jours dans les cas normaux et trois jours dans les microentreprises), qui permet aux travailleurs d'adapter en quelque sorte leur organisation de vie. La banque d'heures fonctionne à l'initiative de l'employeur qui prend alors des décisions d'exécution pratiquement immédiate.

²⁵ En fait, même l'élimination des repos compensatoires et des heures supplémentaires dans la journée normale de travail serait parfaitement justifiée dans le contexte d'une politique de réduction des heures supplémentaires, ce qui pourrait bénéficier l'emploi. Cependant, la politique législative adoptée n'allait pas dans ce sens : le travail supplémentaire est devenu moins cher, ce qui est, en principe, une incitation à l'utilisation par les entreprises et à la prestation par les salariés : ceux-ci chercheront ainsi à maintenir leur niveau de rendement. Tout cela – qui relève du débat sur la politique législative – a été, bien sûr, ignoré ou minimisé par la Cour.

« d'augmenter les niveaux de productivité, ce qui contribue à accroître la compétitivité et à rapprocher, dans ce domaine, le Portugal du reste d'Europe » ; une référence récurrente dans l'arrêt, tendant à remettre au plan de l'exceptionnalité (et donc à une presque marginalité) l'invocabilité des droits fondamentaux des travailleurs. Étant donné que l'élimination des jours fériés ne concerne pas le droit au repos et qu'elle « n'a pas d'effets sur la rémunération », il n'y a pas de restriction des droits des travailleurs. Là aussi, selon les termes de l'arrêt, il n'y a aucune « expectative digne de protection juridique ayant pour objet l'immuabilité de la liste légale des jours fériés » – ce qui, compte tenu de la très longue tradition et de l'importance symbolique de la plupart des jours fériés, nous amènerait à demander s'il y a dans ce monde quelque « expectative digne de protection juridique ».

En ce qui concerne *les jours additionnels de vacances pour assiduité*, la Cour a jugé qu'il s'agissait d'une option réversible du législateur ordinaire, sans préjudice du droit à une période minimale de congé annuel ni du droit au repos²⁶.

C - Le licenciement

L'arrêt avance alors sur le terrain difficile du licenciement, où l'unanimité a été impossible.

Comme base de départ, la Cour a rappelé la notion de « juste cause » – subjective ou objective – acquise dans la jurisprudence constitutionnelle²⁷ et ordinaire : une situation où la poursuite de la relation de travail devient impossible (au sens de non exigible), traduisant l'idée du licenciement *ultima ratio* ou sans alternative viable.

1 - Le licenciement fondé sur l'extinction de poste de travail

En ce qui concerne le *licenciement fondé sur l'extinction de poste de travail*, l'élimination du critère légal de choix du travailleur à licencier, et son remplacement²⁸ par un critère fixé par l'employeur, encadré par un ensemble de concepts

²⁶ L'augmentation représentait une sorte d'« échange » de jours d'absence justifiée par des jours de vacances. Du point de vue du droit au repos et aux loisirs, c'était un régime quasi-neutre.

²⁷ Sur le parcours accidenté de la jurisprudence constitutionnelle dans ce domaine, v. A. Monteiro Fernandes, « A justa causa de despedimento entre a Constituição e a lei. Notas de um "check-up" periódico », *Questões Laborais*, n° 39, 2012, pp. 1-48.

²⁸ Dans l'article 368/2.

vagues et indéfinis²⁹, étaient des solutions qualifiées par la Cour comme contraires à l'objectivation du choix et donc ouvrant la possibilité de violation de l'interdiction constitutionnelle du licenciement sans « juste cause »³⁰. Cette décision a eu deux votes contre, y compris celui du rapporteur de l'arrêt...

En tout cas, elle impliquait la reprise du critère légal originaire – protection de l'emploi des plus anciens – qui, dans les circonstances actuelles, face au niveau du chômage des jeunes, ne pouvait être considéré comme indiscutable, mais les responsabilités pour la Cour constitutionnelle n'arrivaient pas au point de discuter la politique législative en tant que telle³¹.

Toujours, dans le domaine de l'extinction du poste de travail, l'élimination de l'obligation de repêchage (c'est-à-dire, d'épuisement des possibilités de maintien du contrat de travail, même avec un autre objet), en rendant impossible la vérification de l'impossibilité pratique de poursuite de la relation de travail, a également été considérée – d'ailleurs, sur un plan de pure évidence – comme violation de l'interdiction constitutionnelle du licenciement sans juste cause. Sur ce point-là, il y eu unanimité.

²⁹ C'est cette indétermination des concepts qui, apparemment, a poussé la Cour vers la décision négative qu'elle a prise. Cependant, ce qui est important est le fait que la solution introduite par la loi 23/2012 représente l'élimination d'un (d'ailleurs très discutable en soi) critère légal par un autre, celui de l'employeur. Du point de vue du « nouveau » législateur, il faudrait tout simplement prévenir le risque de discrimination. Entre les motivations déclarées pour le choix d'un certain salarié à licencier, et celles vraies et authentiques, il peut y avoir une distance qui, à la limite, transpose le licenciement effectué vers la zone d'interdiction de l'article 53 de la Constitution.

³⁰ Article 53 de la Constitution.

³¹ Plus tard, la loi 27/2014 du 8 mai a introduit un nouveau libellé de l'article 368/2, qui établit un « ordre de critères pertinents et non discriminatoires » à observer dans le choix de l'employé à licencier, en cas d'extinction d'un emploi au sein d'un ensemble de postes fonctionnellement identiques. En suivant le chemin dessiné par la Cour constitutionnelle, la nouvelle norme définit un ordre de priorité pour le licenciement qui vise manifestement à aller à la rencontre des critères qui seraient les plus susceptibles d'adoption par un employeur moyen à la lumière des exigences normales de gestion d'une entreprise : il doit choisir le travailleur ayant la pire évaluation quant à ses performances, ensuite celui ayant le moins d'expérience ou de qualification, ensuite le plus coûteux, le moins ancien dans la catégorie, ou, enfin, le moins ancien dans l'entreprise.

Ainsi, on peut dire que la tentative de redessiner cette modalité de licenciement pour raison objective – dans le sens de sa facilitation, en effet recommandé dans le *Memorandum of Understanding* de 2011 – était entièrement frustrée par la Cour. Cependant, *l'arrêt n'a fait qu'accueillir des évidences* – comme, d'ailleurs, le montre le contenu des votes respectifs – révélant, après tout, le fait que le législateur ordinaire avait entamé une incursion expérimentale dans un domaine interdit, à la suite d'autres manœuvres du même type tentées dans le passé.

2 – Le licenciement pour incapacité d'adaptation du salarié

En ce qui concerne le *licenciement pour incapacité d'adaptation du salarié*, l'élimination du devoir de repêchage a mérité un jugement unanime dans le sens de la non-conformité constitutionnelle.

Mais, la question la plus importante qui se posait dans ce domaine – la reconnaissance d'une nouvelle forme d'« inaptitude », sans modification du poste de travail, mais sur la base d'un « changement du mode d'exécution du travail » par le travailleur – a divisé les juges. La décision n'a pas déclaré l'inconstitutionnalité, mais il y a eu trois voix contre, dont celui du président de la Cour lui-même.

On a admis, par conséquent, qu'« une prestation de travail de moindre qualité ou rendement », sans faute du salarié, peut conduire à une situation où la continuation de la relation de travail ne soit plus imposable à l'employeur et donc une situation de juste cause de licenciement³². Ce résultat dépend – continue de dépend – de la vérification de l'impossibilité pratique de la subsistance de la relation de travail, en particulier après la recherche d'une occupation alternative. Et dans ces conditions, il n'y aurait pas violation de l'interdiction constitutionnelle.

³² C'est là, peut-être, le gain le plus important de la politique – une politique de long cours – qui a cherché progressivement, et de diverses manières, à alléger la discipline du licenciement individuel. C'est, en effet, le retour de l'inaptitude du travailleur pour l'activité stipulée que la loi, avant 1976, admettait comme « juste causa » pour un licenciement. Même après la révolution de 1974, selon l'article 14/3-b) du décret-loi 372-A / 75, cette situation était également acceptée comme « motif raisonnable » pour un licenciement avec préavis. Mais, la catégorie des « motifs raisonnables » a été expulsée du régime du licenciement par le décret-loi 84/76 du 28 Janvier.

La décision du tribunal ne se situait pas, évidemment, sur un plan de contrôle de la politique législative elle-même, mais sur celui de la vérification de la conformité constitutionnelle des normes. Et malgré la dureté de certaines de ses possibles applications, il est vrai que le régime de l'incapacité d'adaptation, dans les deux formes désormais considérées, impose à l'employeur une série de démarches et de contraintes préalables au licenciement, qui le rendent très exigeant et sélectif. De toute façon, la nécessité de vérification, dans ces deux cas, du critère de la cause juste – l'inexigibilité – semble suffisante pour légitimer le régime légal et la position de la Cour constitutionnelle sur ce dernier.

D – Le régime spécifique des relations entre la loi et les conventions collectives

Enfin, la Cour a examiné la question de la compatibilité des règles (de l'article 7 de L. 23/2012) qui déterminent l'annulation, la suspension et la réduction de la négociation collective de certaines clauses des conventions collectives avec la reconnaissance de l'autonomie collective, c'est à dire avec l'affirmation constitutionnelle du « droit à la négociation collective ». C'est là que s'est manifesté une plus grande division des opinions des juges, avec pas moins de *huit voix contre* (dans des directions différentes) les décisions prises. On rappellera que la Cour intègre treize membres.

Seulement trois des cinq règles contenues dans l'article 7 cité ont mérité le jugement négatif : celles qui déclaraient « nulles » les dispositions des conventions antérieures qui établissent un repos compensatoire ou des jours additionnels de vacances (dans ce cas, seulement les clauses négociées après le Code de 2003, qui a établi ce régime de stimulation de l'assiduité), et aussi celle qui imposait la « réduction » des clauses plus favorables que celles de la loi en matière de rémunération pour les heures supplémentaires, et qui, soumises à une suspension de deux ans, ne soient pas modifiées en conséquence, par accord, au cours de cette période. Pour ces jugements négatifs, la Cour constitutionnelle a invoqué, en substance, une seule (et surprenante) raison. Les normes discutées représentent, bien sûr, une ingérence de la loi dans la zone caractéristique de l'exercice de l'autonomie collective, mais ce qui est fondamental c'est le fait qu'elles se montrent incapables de réaliser la « *normalisation* » des régimes conventionnels, souhaitable « *dans la perspective de parvenir à une réduction des coûts associés au facteur*

travail »³³. En fait, après l'entrée en vigueur de la loi, et selon ses propres termes, il devenait immédiatement possible de restaurer, par de nouvelles négociations collectives, les régimes annulés ou suspendus. En conclusion, la censure de la Cour découlait, également, à ce stade, d'un *jugement d'efficacité* par rapport à certains buts politiques, pas d'une véritable évaluation constitutionnelle.

Les deux autres règles de l'article 7, de nature impérative, ont été considérées constitutionnelles. Il s'agissait de l'*annulation* des clauses conventionnelles antérieures sur les indemnités de licenciement, et de la *suspension* de celles plus favorables en matière de rémunération des heures supplémentaires. Bien qu'admettant qu'il y a là une « ingérence dans le domaine de la protection du droit à la négociation collective », l'arrêt conclut qu'aucune d'elles ne violait ce droit, pour des raisons qui peuvent être résumées comme suit:

1 - En ce qui concerne les *indemnités de licenciement*, l'enjeu est de parvenir à l'« égalisation » des diverses situations, qui est justifiée « soit du point de vue des coûts pour les entreprises, soit du point de vue des salariés, car elle assure pour toutes les situations, l'effectivité de la réduction des indemnités »³⁴;

2 - Quant à la suspension des clauses conventionnelles sur la *rémunération des heures supplémentaires*, la justification énoncée dans l'arrêt mérite d'être transcrites sans commentaire: « cette suspension, compte tenu de l'objectif poursuivi et de son caractère temporaire, est également adéquate, nécessaire et équilibrée dans la perspective de la sauvegarde d'*intérêts constitutionnellement pertinents comme l'accomplissement des objectifs et des engagements internationaux pris dans le cadre du « Memorandum of Understanding » et la compétitivité même de l'économie nationale* »³⁵.

Enfin, et avec des arguments du même type, ces deux règles de l'article 7 ont également été déclarées compatibles avec les principes de protection de la confiance et de sécurité juridique inhérents à l'État de droit démocratique.

³³ Italiques ajoutés par l'auteur.

³⁴ Italiques ajoutés par l'auteur.

³⁵ Italiques ajoutés par l'auteur.

II – Une jurisprudence « situationniste »

Ce bref examen des décisions et des fondements de l'arrêt cité permet, nous semble-t-il, d'évaluer l'exactitude des affirmations selon lesquelles la Cour constitutionnelle portugaise a adopté une ligne d'obstruction de l'action gouvernementale, dépassant son champ d'intervention pour plonger dans l'« activisme judiciaire ».

Rappelons que la politique législative concrétisée dans la loi 23/2012 – l'objet de l'arrêt – a été clairement exprimée dans plusieurs documents programmatiques : deux accords de dialogue social, le *Memorandum of Understanding* signé avec la « troïka » et le programme du Gouvernement lui-même. Cette politique visait l'obtention d'économies dans les coûts de la main-d'œuvre et l'élévation de la compétitivité des entreprises et de l'économie nationale, moyennant des réductions des droits et des avantages précédemment reconnus aux salariés. Basée sur « l'émergence économique et financière » vécue par le pays, cette orientation politique – point de convergence idéologique de la « troïka » et du gouvernement en place – visait une forte régression de la condition sociale et économique des travailleurs, dans un mouvement inverse par rapport à celui qui avait caractérisé jusqu'à présent le développement du Droit du travail.

Par ailleurs, la Constitution portugaise établit, au-delà du principe de l'État de droit démocratique³⁶, avec ses corollaires naturels – y compris les principes de protection de la confiance légitime et de la sécurité juridique – un large ensemble de droits fondamentaux des travailleurs³⁷, qui fournissent le cadre et le fondement des divers instituts juridiques compris dans le Code du travail. Ces droits doivent être articulés avec la liberté d'initiative et d'organisation d'entreprise³⁸ et avec les orientations fondamentales de la politique économique de l'État, dont celle de « promouvoir l'élévation du bien-être social et économique et de la qualité de vie des personnes, en particulier les plus défavorisées, dans le cadre d'une stratégie de développement durable »³⁹.

Les droits fondamentaux peuvent être totalement ou partiellement suspendus en cas de déclaration d'« état de siège » ou d'« état d'urgence »⁴⁰. Cette déclaration est faite par le Président, après avoir entendu le Gouvernement et obtenu l'autorisation du Parlement⁴¹. Dans la situation concrète du Portugal, il n'y pas eu une telle déclaration.

C'est dans ce contexte qu'il faut analyser les orientations fondamentales adoptées dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle cité. Elles peuvent être résumées comme suit :

a) Les décisions prennent comme cadre de référence fondamentale, méritant l'absorption dans la constitution matérielle, l'« urgence » financière et économique du pays et les engagements pris avec la « troïka » ;

b) Elles attribuent un caractère central à l'objectif de « réduire les coûts du travail et les périodes de repos », dans la perspective de l'« augmentation de la productivité et de la compétitivité de l'économie » ;

c) D'ailleurs, les décisions contenues dans l'arrêt ignorent totalement la situation actuelle de disproportion aggravée des pouvoirs contractuels entre les travailleurs et les employeurs, liée au chômage et à l'affaiblissement des syndicats ;

d) Elles expriment une dévalorisation systématique des droits fondamentaux des travailleurs par rapport à l'« intérêt de la gestion » et à la valeur (constitutionnelle ?) de l'efficacité des mesures en vue des objectifs poursuivis.

Ce dernier trait justifie deux observations. Il exprime, d'une part, l'abstention (constitutionnellement correcte) de la Cour sur le fond, la pertinence et la justesse des objectifs poursuivis avec la législation en cours d'examen. Mais, d'autre part, il érige « l'efficacité » de ces mesures en valeur constitutionnellement pertinente, en contrepoint avec le *downgrade* des droits touchés – ceux-ci, sans doute, fondés sur des garanties constitutionnelles.

³⁶ Articles 2 et 9.

³⁷ Articles 53 et suivants.

³⁸ Article 80e, al. c).

³⁹ Article 81, al. a).

⁴⁰ Article 19.

⁴¹ Article. 138.

Dans ce contexte, il semble difficile de partager les idées en circulation sur une attitude interventionniste et obstructive de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne la zone d'irradiation des mesures législatives prises récemment. La logique des décisions de la Cour est largement convergente avec celle des mesures de politique analysées. Ces conclusions pourraient, d'ailleurs, être étendues, peut-être avec des raisons renforcées, au regard des décisions les plus controversées qui ont été prononcées sur les lois budgétaires de ces dernières années.

Pourtant, et malgré tout cela, la Cour constitutionnelle demeure, aujourd'hui, le dernier bastion de l'État de droit démocratique au Portugal.

EN ACCÈS LIBRE SUR NOTRE SITE INTERNET

Les **TABLES DE L'ANNÉE 2014** de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont désormais **disponibles en ligne**, gratuitement, sur le site Internet du COMPTRASEC.

Elles sont composées de tables alphabétiques classées par **mots-clés**, par **pays** ou **institutions** étudiés, ou encore par nom d'**auteurs**.

Les TABLES DE L'ANNÉE 2014 de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont disponibles en **français** pour les 2 numéros papier de l'année écoulée et en **anglais** pour l'*English Electronic Edition* paru début d'année 2015.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>