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

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

Professeur, Professeur de Droit du Travail à l'Université Complutense de Madrid.
Thèmes de recherche : Droit du travail, relations de travail, négociation collective, flexibilité du travail. Parmi ses publications :
~ Relaciones laborales en la crisis: España 2011, (en coll. avec JI. Pérez Infante, SM. Ruesga Benito), Ediciones Cinca, 2012.
~ La negociación colectiva, entre tradición y renovación, Ediciones Comares, 2012.

Flexibilité interne et réforme du marché du travail : Le cas espagnol

ABSTRACT

The Spanish labour market reforms consisted of the adoption of measures to promote internal flexibility as an alternative to jobs destruction and restoring the archaic conception of the company as employer exclusive territory management. Furthermore, the progressive destruction of the collective bargaining traditional functions transfigured this tool into an instrument for the employer interests; which truly leaves the door open for the deteriorating working conditions for employees.

KEY WORDS : Internal flexibility, labour market reform, employment contract, collective bargaining.

RÉSUMÉ

Les réformes du marché du travail espagnol ont consisté en l'adoption de mesures favorisant la flexibilité interne comme alternative à la destruction des emplois et rétablissant la conception archaïque de l'entreprise comme territoire de gestion patronale exclusive. Par ailleurs, l'anéantissement progressif des fonctions traditionnelles de la négociation collective a transfiguré cet outil en appareil au service des intérêts patronaux ; véritable porte ouverte à la détérioration des conditions de travail des salariés.

MOTS CLÉS : Flexibilité interne, réforme du marché du travail, contrat de travail négociation collective.

Suivant la voie tracée à son époque par le Décret-loi royal 10/2010 du 16 juin 2010[1], sur les mesures urgentes pour la réforme du marché du travail, et suivie plus tard de la Loi 35/2010 du 17 septembre 2010[2], de même nom, le Décret-loi royal3/2012 du 10 février 2012[3], en premier lieu, et la Loi 3/2012[4], ensuite, ont procédé à l'unification de certaines des mesures adoptées dans le cadre de l'objectif énoncé, de manière plus formelle que substantielle ; mesures que les dispositions précédentes avaient déjà traitées. Le chapitre III des dispositions adoptées en 2012, la règle d'urgence et la règle ordinaire, s'intitule « mesures pour favoriser la flexibilité interne comme alternative à la destruction des emplois » ; terminologie proche de celle utilisée en 2010 dans le chapitre II : « mesures pour favoriser la flexibilité interne négociée dans les entreprises et pour promouvoir l'usage de la diminution du nombre d'heures comme moyen d'ajustement temporaire du travail ».

Une simple comparaison entre l'une et l'autre disposition met en évidence l'étroite similitude, au moins d'un simple point de vue sémantique, dans la définition de l'objectif que ces mesures prétendent servir, objectif qui se s'avère en fait unique et identique : faciliter la flexibilité interne. Mais, cette simple opération de lecture met également à jour la différence significative existant dans la modalité perçue comme prioritaire pour la réalisation de l'objectif avoué. Les réformes, qui sont aujourd'hui menées à bien dans les différentes institutions, destinées à faciliter l'adaptabilité des conditions de travail et de l'organisation du travail aux besoins changeants des organisations productives, ne sont pas encore reconnues comme des mesures négociées. L'adjectif négocié a été éliminé de la formulation de ces mesures, qui restent désignées par leur plus simple dénomination. En réalité et à bien y regarder, il conviendrait de remercier le gouvernement qui a imposé cette règle d'urgence, de ce trait de sincérité terminologique, qui ne fait rien d'autre qu'anticiper, à partir de la même formulation, le canal par lequel on prétend atteindre l'implantation des mesures internes d'adaptabilité, et qui n'est rien d'autre que la volonté unilatérale du chef d'entreprise. L'ancienne méthode de négociation est bannie en tant qu'outil approprié d'adéquation des conditions de travail aux besoins du marché. En lieu et place, on accorde à la volonté unilatérale des pouvoirs très étendus, le plus souvent mis en œuvre à l'abri de tout contrôle juridique, exercé par le biais des représentants des travailleurs ou des pouvoirs publics, qu'ils soient administratifs ou judiciaires. De ce point de vue, il n'est pas exagéré d'affirmer que le Décret-loi royal 3/2012 vise à rétablir dans notre système juridique la conception archaïque de l'entreprise comme territoire de gestion exclusive du chef d'entreprise ; tirant de l'oubli – là où l'avait rangée la clause constitutionnelle de l'État de Droit, social et démocratique, – l'image du chef d'entreprise comme « Maître dans sa maison » (*Herr im House*), liée aux conceptions autoritaires des systèmes des relations professionnelles. Tout au long des réflexions qui suivront, nous aurons l'occasion de justifier l'intensité du reproche ici formulé, lequel aurait d'ailleurs dû être mis en lumière dès le début.

Les dispositions qui ont abouti à la légalisation du concept de flexibilité interne, le Décret-loi royal 19/2010 et la Loi 35/2010, ne se sont pas limitées, comme cela aurait été raisonnable, à favoriser les mesures d'adaptabilité des conditions de travail et de l'organisation propre du travail ; mesures soumises à ce qu'il convient de désigner, d'une

[1] *Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, publié au *Boletín Oficial del Estado* (*BOE*), n° 147 du 17 juin 2010.

[2] *Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, *BOE*, n° 227 du 18 septembre 2010.

[3] *Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, *BOE*, n° 36 du 11 février 2012.

[4] *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, *BOE*, n° 162 du 7 juillet 2012.

formule délibérément générique, comme les fruits des (dés)équilibres contractuels dérivés de l'exercice, par les parties au contrat de travail, de leurs pouvoirs respectifs, de nature principalement interne ou inhérente à la relation professionnelle et de préférence externe ou accordée, selon le point de vue duquel on se place : celui du chef d'entreprise ou bien celui des salariés. Dépassant ce premier domaine, ces règles ont déplacé les mesures d'adaptabilité vers un territoire au sein duquel les conditions de travail ne sont plus protégées par des actes d'autonomie individuelle, nés de la rencontre de personnes que le marché a placées dans une position d'asymétrie contractuelle forte et étendue, mais par des décisions procédant de l'autonomie collective. Dans cette logique, les chapitres II des dispositions précédentes, la règle d'urgence et l'ordinaire, ont non seulement réviser le régime juridique de certaines institutions professionnelles qui articulent l'exercice, par le chef d'entreprise, de son pouvoir de modifier les conditions convenues (mobilité géographique, modifications substantielles des conditions de travail ou bien diminution du nombre d'heures travaillées), mais ont également réformé le régime d'inapplication des conditions définies par les conventions collectives d'application générale.

Le Décret-loi royal 3/2012 et la Loi 3/2012 ont choisi de rouler dans les ornières tracées par les normes précédentes. Mais, en montrant une plus grande ambition, elles ont creusé la profondeur desdites normes, augmentant les pouvoirs, détenus par le chef d'entreprise (et jusqu'à présent maintenus), d'adapter l'organisation du travail aux nouveaux domaines et zones de validité d'application de la convention collective.

Á cet égard et pour l'instant, la réforme de 2012 a apporté des modifications au régime juridique de certaines des conditions essentielles de travail, tel que cela se produit avec le système de classification professionnelle et la durée du travail. En deuxième lieu, elle a introduit des changements majeurs dans la réglementation de l'ensemble des dispositions qui, par tradition ou de façon plus récente, régissent les vicissitudes du contrat de travail : mobilité fonctionnelle, mobilité géographique, modification substantielle des conditions de travail et diminution du nombre d'heures de travail. En troisième lieu, elle a changé de façon notable le régime juridique de la suspension du contrat de travail et, par connexion, celui de la réduction du nombre de journées de travail. Et enfin, ce qui ne constitue en aucune façon la moindre des retouches, la réforme a modifié en profondeur certains des aspects les plus importants de notre système de négociation collective ; révision qui a abouti à l'abolition des fonctions de la négociation collective, présentes depuis son origine et l'ayant accompagnées sans interruption tout au long de sa trajectoire historique.

Sans entrer dans une considération si brute, on peut néanmoins convenir que, traditionnellement, la négociation collective et les produits issus de cette négociation, ont rempli deux fonctions essentielles : l'une économique et l'autre politique. En centrant son attention sur la première fonction, la négociation collective en est venue à exercer un rôle double et combiné. D'une part, et du côté des salariés, elle a agi comme instrument principal de gestion du marché du travail, en parvenant à une amélioration des conditions de travail et, avec cela, à un progrès et une cohésion sociale. D'autre part, et du côté des chefs d'entreprises, elle a contribué d'une manière efficace et transparente à assurer une concurrence loyale entre les entreprises, déplaçant l'amélioration de la compétitivité vers des domaines distincts des domaines professionnels, comme peuvent l'être, à titre d'exemple, la formation, l'investissement, ou encore l'efficacité du service.

En outre, et comme on aura l'occasion d'en jeter les bases plus loin, certains des changements législatifs adoptés par le Décret-loi royal 3/2012 ont détruit ces fonctions de la négociation collective, que cette disposition conçoit simplement et de façon abrupte comme un simple outil mis au service de l'employeur pour adapter son organisation productive non seulement aux exigences raisonnables et vérifiables demandées par un marché en constante évolution, mais aussi, de façon plus générale, à l'intérêt de l'entreprise estimé conforme aux canons subjectifs. La priorité d'application accordée, sans aucune limitation, aux conventions d'entreprise et la suppression du régime d'ultra-activité toujours en vigueur, laissent paraître et expriment une option accablante de la politique de droite : la convention collective ne fait pas partie de la structure du système démocratique des relations professionnelles, elle n'est pas un ciment dans le développement de l'État social ; elle est, tout simplement, un appareil au service des intérêts patronaux et, comme tel, remplaçable ou modifiable selon sa volonté.

Dans une synthèse schématique et sans préjudice de ce qui sera exposé plus loin, on pourrait définir deux conséquences négatives dérivées des changements introduits dans le système de négociation collective. D'un côté, le

complet démantèlement des processus d'articulation de la négociation ou, pour énoncer cette idée en d'autres termes, l'installation dans une impasse des initiatives de modernisation, depuis l'autonomie collective, de la négociation collective par le moyen de dialogues croisés entre les différents niveaux de négociation. D'un autre côté, l'invitation ouverte faite aux entreprises pour que la compétitivité soit, à partir de maintenant, un objectif qui puisse être atteint sans autre effort que celui dérivant de l'obtention d'avantages professionnels. La fonction traditionnelle attribuée à la convention collective, consistant à chercher à contrôler et à minimiser la concurrence déloyale entre les entreprises, peut avoir été définitivement bannie de notre système de relations professionnelles. En restant raisonnable, il ne paraît pas aventureux d'affirmer que le Décret-loi royal 3/2012 a récupéré cette pratique cruelle, dévastatrice et obsolète du *dumping social*. Avant notre appartenance à la zone euro de l'Union Européenne (UE), l'amélioration de la compétitivité était atteinte par le moyen de simples ajustements monétaires. Aujourd'hui, le Gouvernement, dans la mesure où il ne peut plus dévaluer la monnaie nationale, puisqu'elle n'existe pas sous cette condition, a décidé que cet objectif pourra être atteint par le moyen de la méthode la plus primaire et primitive ; méthode que les pays de l'UE – tout du moins tant que la construction de l'Europe sociale faisait partie de ses priorités – avaient vivement critiquée et combattue avec force plusieurs fois : la dégradation et la détérioration des conditions de travail des salariés.

I – Les modifications mineures

Le chapitre III du Décret-loi royal 3/2010 s'est avéré modifier le régime juridique de trois grands groupes d'institutions professionnelles, relatifs, respectivement, à certaines conditions de travail, aux vicissitudes du contrat de travail et à l'inapplication de la convention collective statutaire. En relation avec le premier groupe, la règle de contrôle a réformé le régime juridique des conditions de travail : le système de classification professionnelle (A) et durée de travail (B).

A – Le système de classification professionnelle

Malgré les importantes réformes introduites par la Loi 11/1994 dans le traitement normatif de la classification professionnelle, l'article 22.1 du Statut des Travailleurs (*Estatuto de los Trabajadores*, ci-après *ET*) a continué de renvoyer à la décision de la convention collective ou, à défaut, de l'accord collectif d'entreprise, le choix du module d'encadrement professionnel, susceptible de s'articuler par l'intermédiaire du groupe professionnel, ou de la catégorie professionnelle obsolète. Malgré le maintien des deux modules, il est certain que notre pratique de négociation a progressivement abandonné, tout au long de la dernière décennie, la catégorie en tant que critère de classification professionnelle, pour choisir résolument le groupe. Dans sa nouvelle version, l'article 22.1 *ET* met fin à ce dualisme, en stipulant que le système de classification professionnelle sera établi « par l'intermédiaire de groupes professionnels ». De son côté, l'article 22.2 *ET* corrige la notion de groupe professionnel, en admettant que sa définition puisse inclure, en plus des « diverses fonctions ou spécialités professionnelles », distinctes « tâches, fonctions, spécialités professionnelles ou *responsabilités* assignées au salarié ».

On doit dire de ces réformes qu'elles sont sur un « mode mineur ». D'une part, la suppression de la catégorie professionnelle comme critère d'encadrement professionnel ne fait rien d'autre, en réalité, que prendre note d'une pratique de négociation très répandue, qui s'était déjà servie du groupe professionnel comme module principal de classification professionnelle. D'autre part, l'éventuelle extension des paramètres utilisés pour définir le groupe professionnel, se limite aussi à conférer une carte de citoyenneté légale à une expérience contractuelle, également répandue, qui traite la notion de « responsabilité » comme un facteur supplémentaire d'affectation professionnelle des salariés. Dans tous les cas, l'emplacement systématique de la responsabilité manifeste d'une confusion notable du législateur dans l'utilisation de deux concepts différents : le facteur d'encadrement de la classification professionnelle et le critère de définition du contenu du groupe professionnel. La responsabilité fait partie du premier concept, mais en aucun cas du second. En dehors de cela, la neuvième disposition supplémentaire actuelle de la Loi 3/2012, réaffirmant le style établi par la précédente règle d'urgence dans une disposition homologue, concède aux conventions collectives un délai d'un an pour adapter leur système de classification professionnelle au nouveau régime juridique. Néanmoins, et dans la mesure où l'article 22 *ET*, tant dans sa version antérieure que dans la version présente, adopte la structure juridique d'une règle basique, l'inobservance de ce principe par les conventions collectives, n'aura pas, selon moi, de conséquences juridiques, sans que puisse être invoquée une dérogation automatique du système de classification professionnelle inscrit dans la convention

collective en vigueur, et, par conséquent, sans que l'adoption par le chef d'entreprise d'une mesure unilatérale, qui ignore et se dispense du système conventionnel de classification professionnelle, puisse être réputée valide. Par conséquent, les systèmes de classification professionnelle basés sur des catégories professionnelles continueront à être entièrement appliqués, jusqu'à ce que ces mêmes systèmes soient modifiés par la convention de remplacement suivante, qui pourra entrer en vigueur après un délai d'une année.

B – La répartition irrégulière de la journée de travail

La réforme de l'article 34.2 *ET* opérée par le Décret-loi royal 3/2012, réforme qui s'est limitée à transférer systématiquement une règle déjà énoncée par l'article 85.3.1.1 *ET*, vers la version établie par le Décret-loi royal 7/2011 du 10 juin, sur les mesures urgentes de réforme de la négociation collective, a eu, au début, une portée mineure. Cette dernière disposition, en effet, a fixé comme contenu obligatoire de toute convention collective l'établissement des pourcentages maximaux et minimaux de la répartition irrégulière de la journée de travail tout au long de l'année, stipulant que, en cas d'absence d'accord, le pourcentage minimal applicable sera de 5%. Le Décret-loi royal 3/2012 a entraîné le transfert de la règle de l'article 85.3 à l'article 34.2, tous deux extraits du texte statutaire, sans addition ni changement aucun. La répartition irrégulière de la journée de travail est demeurée ainsi, puis a été transmise, dans sa forme définitive, à la décision de la convention ou, à défaut, à l'accord d'entreprise ; étant prévu, néanmoins, qu'en cas d'absence de l'un ou de l'autre, l'entreprise pourrait procéder à la mise en place d'une mesure semblable avec un pourcentage équivalent au 5% de la journée.

La Loi 3/2012 a suivi la même ligne que la réglementation antérieure, étendant les pouvoirs détenus par l'entreprise de décider de la répartition irrégulière, en cas d'absence de convention ou d'accord collectif. Dans la nouvelle version, le pourcentage de la journée de travail qui peut maintenant être instauré de façon unilatérale par l'entreprise de manière subsidiaire, a été multiplié par deux ; c'est-à-dire qu'il est passé de 5 à 10% de la journée de travail.

II – Les modifications majeures : les changements du régime applicable aux vicissitudes du contrat de travail

Le second groupe d'institutions qui contribuent à l'adaptabilité des entreprises, est celui qui se réunit sous la traditionnelle notion de vicissitudes du contrat de travail. Dans cette notion, on intègre trois mesures de flexibilité, à l'intérieur de la vaste réglementation, dans notre système professionnel : la mobilité fonctionnelle, la mobilité géographique et la modification substantielle des conditions de travail. Á ces mesures, et conformément à ce que stipule le Décret-loi royal 10/2010, est venu s'en ajouter une quatrième : la réduction de la journée de travail.

Les modifications opérées par les deux réformes du marché du travail, approuvées en 2012, le Décret-loi royal 3/2012 et la Loi 3/2012, ont touché chacune de ces institutions. Et les changements introduits dans les régimes juridiques respectifs de chacune de ces institutions ont été intenses qualitativement et nombreux quantitativement, insistant sur les aspects plus structuraux et structurants des règles juridiques de ces institutions. La réforme a touché en particulier, avec plus ou moins d'intensité, à la définition de leurs champs d'applications respectifs (A), aux causes qui légitiment l'exercice par le chef d'entreprise de cette faculté extraordinaire qui consiste en la modification d'une condition de travail précise, convenue à l'origine ou novée postérieurement (B) et à la procédure requise pour sa qualification juridique en tant que décision de l'entreprise juridiquement légale (C).

A – La redéfinition des champs d'application normative

Conformément au changement qui a eu lieu dans la gestion du système de classification professionnelle, la mobilité fonctionnelle reste définie aujourd'hui par référence aux groupes professionnels, la charge « de fonctions aussi bien supérieures qu'inférieures ne correspondant pas au groupe professionnel » étant qualifiée comme telle.

La modification introduite dans le champ d'application normative de la distinction entre les modifications substantielles des conditions de travail de caractère individuel ou de caractère collectif, possède une entité juridique et pratique beaucoup plus importante. Depuis la Loi 11/1994, cette distinction était basée sur la nature de la source at-

tributive de la condition que l'on prétendait modifier, et la règle générale étant que, en relation avec deux conditions précises, la fonction et les horaires de travail, elle était exceptionnelle, un autre critère entrant donc en jeu : celui des seuils (nombre de travailleurs concernés en fonction du recensement de l'entreprise). Dans tous les cas, la qualification d'une décision de modification précise du chef d'entreprise, individuelle ou collective, avait et continue à avoir une conséquence importante sur l'intensité ou le niveau de participation des représentants des salariés. Alors que, au moins au sens littéral de l'article 41 *ET*, les modifications collectives comportent l'ouverture d'une période de consultations avec pour objectif la signature d'un accord, les modifications individuelles se résument à un simple devoir de notification aux représentants mentionnés de la décision patronale adoptée.

Le Décret-loi royal 3/2012 d'abord, et la Loi 3/2012 ensuite, ont modifié en profondeur le régime de différenciation entre les modifications individuelles et collectives, en supprimant le critère d'évaluation de la nature de l'origine de la décision de modification ou bien, ce qui est la même chose, en uniformisant le régime juridique autour des seuils. Avec ce changement normatif, le cadre des modifications substantielles de dimension individuelle a été élargi dans la même proportion qu'a été rétréci le champ d'application des modifications à caractère collectif. Pour illustrer les changements par quelques exemples simples, il s'agit de modifications des conditions concernant la journée de travail, les régimes du travail à roulements ou le système de rémunération, de conditions établies dans des accords collectifs ou concédées unilatéralement par le chef d'entreprise avec des effets collectifs définies auparavant, comme étant des modifications collectives. Par conséquent, et quel que fût le nombre de salariés concernés, l'adoption de ces mêmes modifications a requis l'ouverture d'une période de consultations. Après l'entrée en vigueur des dispositions réformatrices de 2012, des modifications si remarquables doivent être comprises comme collectives seulement et exclusivement si le nombre des salariés concernés dépasse les seuils légalement prévus (article 41.2).

La révision du catalogue des conditions de travail qui restent sujettes, dans leur modification, au régime juridique de l'ancien article 41 *ET* revêt une importance similaire. Depuis la Loi 11/1994, la doctrine scientifique et la jurisprudence avaient débattu pour savoir si la liste des conditions dans l'ancien premier paragraphe de l'article 41.1 *Et* devait être comprise comme exemplaire ou exhaustive. Le débat s'était alors centré, en particulier, sur la relation avec le *quantum* salarial. Si la réforme de 2012 n'a pas clôt ce débat, qui reste largement ouvert, elle a néanmoins résolu de manière nominative le point central du débat. En effet, conformément à la nouvelle version de l'actuel second paragraphe de l'article 41.1.d) *ET*, la modification qui touche « *au système de rémunération et au nombre de salariés* » sera considérée comme substantielle.

Le jeu combiné de ces deux nouveautés normatives offre des résultats résolument en faveur du chef d'entreprise, brisant de façon brusque et sans cause raisonnable l'équilibre entre les intérêts du chef d'entreprise et ceux des salariés. Le nouveau régime juridique renforce ouvertement les pouvoirs de l'employeur, dont l'exercice n'a été ni modéré ni tempéré par un renforcement parallèle des droits de participation des salariés. Au contraire, ces droits se sont trouvés diminués, de sorte que, pour illustrer cette affirmation avec un exemple simple, un chef d'entreprise employant 11 salariés, dont 2 cadres, pourra réduire le nombre de salariés à 9 sans autre exigence formelle que la simple notification de la décision modificative au délégué du personnel.

B – La révision des causes autorisant l'exercice des pouvoirs patronaux de modification contractuelle

La réforme de 2012 a également modifié les causes pour lesquelles le chef d'entreprise peut exercer ce pouvoir extraordinaire de modification, aujourd'hui identifié sous l'expression inoffensive de mesure de flexibilité interne, et qui depuis toujours a mis en quarantaine un des principes directeurs du droit commun du contrat de travail : interdisant que le respect des contrats de travail soit laissé à l'appréciation de l'un des contractants (article 1 256 du Code civil).

Avant les réformes de 2012, l'identification du présupposé causal ne se faisait pas avec des critères d'homogénéité, puisqu'il était possible de distinguer jusqu'à quatre formulations différentes. En premier lieu, le recours à la mobilité géographique, dans sa double version de transfert (paragraphe premier, article 40.1 *ET*) et de déplacement (article 40.4 *ET*), à la modification substantielle des conditions de travail (article 41.1 *ET*) et à la réduction de la journée de travail (article 47.2 *ET*) nécessitaient l'existence

d'une « *cause économique, technique, organisationnelle ou de production* ». De son côté, la mobilité fonctionnelle pour l'exécution de fonctions supérieures au groupe professionnel ou à la catégorie professionnelle équivalente, restait assujettie à l'existence de « *raisons techniques ou organisationnelles* » (article 39.2 *ET*) ; raisons qui se transformaient, dans le cas de la mobilité fonctionnelle « *descendante* », « *en nécessités impératives ou imprévisibles de l'organisation productive* » (article 39.2 *ET*).

D'autre part et à l'exception des cas de mobilité fonctionnelle ascendante intergroupe et de réduction de la journée de travail, la législation précédente essayait d'offrir une définition de la cause ou des causes conditionnant l'application de la mesure concrète de flexibilité interne, dont la portée, cependant, n'a pas été commune. S'agissant de mobilité géographique et de modification substantielle des conditions de travail, la cause restait définie en fonction d'un critère téléologique, de manière que, en fin de compte, la cause alléguée passait sur un plan secondaire et que, ce qui comptait réellement, du point de vue de la qualification juridique de la décision patronale, était l'objectif atteint, et pas seulement l'objectif prétendu, par la mesure concrète de flexibilité interne choisie. Jusqu'à la réforme de 2010, les articles 40.1 et 41.1 *ET* avait un discours commun quant à l'identification de cet objectif, alignant ainsi leurs régimes juridiques respectifs. Après l'approbation de la Loi 35/2010, cet objectif téléologique a disparu, du moins d'un point de vue sémantique. D'un côté, l'article 40.1 *ET*, dans la version issue de la réforme de 1994, stipulait que n'importe laquelle des quatre causes susceptibles de protéger une mesure de mobilité géographique était valide « *lorsque l'adoption des mesures proposées contribuait à améliorer la situation de l'entreprise par le moyen d'une organisation plus appropriée de ses ressources favorisant sa compétitivité sur le marché ou une meilleure réponse aux exigences de la demande* ». D'un autre côté, le deuxième paragraphe de l'article 41.1 *ET*, dans la version introduite par la Loi 35/2010, estimait que de telles causes étaient valides « l*orsque l'adoption des mesures proposées contribuait à éviter une évolution négative de l'entreprise ou à améliorer la situation et les perspectives de cette même entreprise par le moyen d'une organisation plus appropriée de ses ressources favorisant sa compétitivité dans le marché ou une meilleure réponse aux exigences de la demande* ».

Avec un tel changement, le régime de causalité des modifications substantielles des conditions de travail s'était écarté du régime applicable à la mobilité géographique ; mais, ce régime de causalité s'est homogénéisé avec celui qui réglementait le recours à la mesure de flexibilité externe par excellence, à savoir le licenciement collectif.

La réforme de 2012 a entraîné une évolution normative, double et fondamentale : d'une part, elle a modifié les causes autorisant ces modifications et, d'autre part, elle en a redéfini le sens. En ce qui concerne le premier aspect, cette évolution a touché les changements fonctionnels. Jusqu'à l'entrée en vigueur de cette réforme, et comme cela a déjà été constaté, l'application de la mobilité fonctionnelle ascendante requérait des raisons justificatives de caractère technique ou organisationnel. La mobilité descendante, cependant, restait assujettie à une exigence causale plus rigoureuse et vérifiable, définie par l'expression « nécessités impératives ou imprévisibles de l'activité de production ». Les réformes adoptées en 2012 ont mené à l'unification du présupposé causal des deux modalités de mobilité fonctionnelle ; unification qui comportait l'extension des possibilités concédées au chef d'entreprise de confier aux salariés l'exécution de tâches, l'exercice de fonctions ou de spécialisations professionnelles correspondant à celles de groupes professionnels inférieurs. La précédente exigence, qui était une exigence de base, a été changée en souvenir historique, élargissant les pouvoirs d'adaptabilité de l'employeur dans des termes privés de l'exigence d'une décision patronale objective raisonnable.

La nouvelle réglementation a également redéfini le sens des présupposés causals des deux autres novations substantielles, celle concernant le lieu de résidence et celle concernant les conditions de travail, réunifiant leur régime mis en quarantaine par le législateur de 2010, comme cela a déjà été justifié. Allant dans le même sens, les premiers paragraphes des articles 40.1 et 41.1 *ET*, après avoir déclaré que ces novations requéraient « *l'existence de raisons économiques, techniques, organisationnelles ou de production qui les justifiassent* », ajoutent, dans leurs champs respectifs d'application normative, que « *seront considérées comme telles les raisons liées à la compétitivité, à la productivité ou liées à l'organisation technique ou l'organisation du travail dans l'entreprise* ». De ce côté, les législateurs de 2012, tant le législateur d'urgence que l'ordinaire, ont éliminé de façon abrupte le précédent critère, à caractère téléologique ou finaliste, qu'on utilisait pour identifier

les causes citées ; critère en fonction duquel les organismes de juridiction sociale (ou certains de ses propres organes) appliquèrent très souvent le test de proportionnalité entre la mesure adoptée et l'objectif atteint par cette mesure, afin de vérifier la régularité juridique de la décision patronale. Et, à la place, les législateurs de 2012 l'ont remplacé par un critère extrêmement confus, lié en bonne partie à des facteurs économiques génériques, à caractère éminemment étranger à l'activité productive, et donc, à l'abri de contrôles rigoureux, et dotés d'un potentiel d'application très propice à la validation juridique des pouvoirs extraordinaires exercés par le chef d'entreprise, pouvoirs qui lui ont été concédés.

C – Les changements de procédures

Concernant les changements normatifs survenus dans la procédure, nous avons déjà eu l'occasion de parler du formidable impact que la reformulation des modifications substantielles des conditions de travail a eu sur le droit de consultation des représentants du personnel, réduisant le champ opérationnel de ce droit dans des termes que l'on est obligé de qualifier de très larges. De plus, la suppression de l'exigence de certaines nécessités impératives ou imprévisibles de l'activité de production, pour appliquer la mobilité fonctionnelle descendante, a entraîné une seconde modification : le devoir pour le chef d'entreprise de notifier ces nécessités aux représentants des salariés. Á partir de l'entrée en vigueur du Décret-loi royal 3/2012, le régime applicable à cette modalité de la mobilité fonctionnelle (article 39.2 *ET*), non modifié par la Loi 3/2012, a non seulement élargi son champ d'application, mais a aussi expérimenté une flexibilité formelle remarquable.

Dans un contexte de suppression des droits de participation des représentants du personnel, comme exposé précédemment, il devient absolument nécessaire de revendiquer la nécessité d'une interprétation systématique des articles 39, 40 et 41 *ET* à la lumière des règles établies dans le deuxième paragraphe de l'article 64.5 du même texte législatif. Dans la mesure où les hypothèses d'application de toutes les décisions de modification prises par l'entreprise soumises à examen, entraînent des « changements importants » dans l'organisation de l'entreprise et dans les contrats de travail, le chef d'entreprise, quel que soit le nombre de salariés concernés, doit informer et consulter les représentants de salariés de façon obligatoire et avant l'adoption de la décision de l'employeur concernant la prétendue flexibilité interne. Dans certains cas, les droits d'information et de consultation seront assujettis aux règles spéciales établies aux articles 40 et 41 *ET* ; et dans d'autres cas, ces droits seront exercés conformément aux règles communes prévues à l'article 64 *ET*.

Enfin, la réforme de 2012 a réduit également les délais de procédure que doit observer le chef d'entreprise pour instaurer la prétendue mesure de flexibilité. Allant dans ce sens, le délai d'information du chef d'entreprise aux salariés concernés de sa décision de modifier les conditions de travail à caractère individuel, est passé de 30 à 15 jours (article 41.3 *ET*). La réduction effectuée sous l'effet des décisions patronales de modifications collectives conclues sans accord – soumises aujourd'hui à un bref délai de 7 jours à compter de la notification, qui peut survenir immédiatement après la clôture de la période de consultations (article 41.5 *ET*) – est plus radicale.

III – La réduction de la journée de travail comme mesure de flexibilité interne

Très probablement attirée par les effets positifs de l'expérience allemande, la réforme du *ET* de 2012, d'abord mise en œuvre par le Décret-loi royal 10/2010, puis par la Loi 35/2010, a consacré une attention particulière à une mesure concrète de flexibilité : la réduction de la journée de travail. Aussi bien le Décret-loi royal 3/2012 que la loi dérogatoire à la précédente ont traité de cette mesure. Et elles l'ont fait sans introduire de changements dans leur régime juridique substantif, l'article 47 modifié se limitant à reproduire, dans son second alinéa et dans sa plus stricte littéralité, le contenu de ce même article, dans sa version antérieure.

Cependant et de manière indirecte, cette modification spécifique de la journée de travail, articulée par le moyen de la procédure de réduction de certains des paramètres de mesure (jour, semaine, mois ou année) a connu de très importantes modifications dans sa réglementation formelle. La réforme de 2010 a soumis cette mesure concrète de flexibilité interne à la procédure administrative prévue pour les décisions patronales de suspension des contrats de travail des salariés à son service. La profonde révision de la procédure effectuée par le Décret-loi royal 3/2012 et confirmée par la Loi 3/2012 s'est soumise à ses décisions et a touché au régime juridique de la journée de travail, comme

il ne pouvait en être autrement à la suite du renvoi que l'article 47.2 a effectué et continue à effectuer à la « procédure prévue dans l'alinéa antérieur », qui est, précisément celui qui concerne la suspension.

Á partir de l'entrée en vigueur des dispositions législatives citées, les mesures prises par l'entreprise de réduction de la journée de travail et de suspension des relations professionnelles, conservent le proche rapport de procédure précédent. Il n'est pas non plus question aujourd'hui de faire un examen approfondi de la nouvelle procédure de telles mesures. Il suffit d'effectuer quelques observations à caractère général : la principale étant, bien entendu, la suppression de l'autorisation administrative, remplacée par une simple communication à cette autorité, tout en conservant, néanmoins, la nécessité d'ouvrir une période de consultations avec les représentants des salariés. Cela effectué, et comme cela arrive avec les licenciements collectifs, le chef d'entreprise notifie à l'autorité professionnelle et aux représentant sa décision de suspendre ou de réduire la journée de travail, ouvrant une double voie de contestation de sa décision : d'une part et dans tous les cas, la voie de la requête individuelle des travailleurs concernés, et d'autre part, la voie du conflit collectif, limitée aux suspensions ou aux réductions qui concernent un nombre de salariés supérieur aux seuils légalement prévus – communs aux autres mesures à caractère collectif (mobilité géographique collective, modifications substantielles des conditions de travail et licenciement économique).

En lien avec ce dernier aspect, on ne manque pas d'attirer l'attention sur la différentiation que le législateur introduit dans le traitement des contestations émises par les représentants des salariés concernant ces décisions singulières : celles concernant la suspension et la réduction de la journée de travail, et celles concernant le licenciement collectif. Alors que ces premières décisions sont renvoyées, sans aucun ajout et comme cela a été signalé, vers la voie du conflit collectif (articles 153 et suivants de la *LRJS*, cette autre décision est assujettie à une nouvelle modalité de procédure (article 138 de la *ley rituaria laboral* - loi rituaire du travail), qui est venue modifier de façon certaine et assortie d'objectifs qui sont loin d'être innocents, le système de distribution de la compétence objective instauré de manière générale entre les organismes de l'ordre juridictionnel social (Chapitre II, articles 8 et suivants de la loi mentionnée).

IV – Flexibilité interne et négociation collective

Poursuivant, comme cela a été montré, la voie ouverte par la réforme de 2012, les deux dispositions légales parues en 2012 ont procédé à l'extension des mesures de flexibilité interne aux changements des conditions de travail conclues dans les conventions collectives statutaires. Ces dernières règles ont, pour l'instant, modifié la gestion juridique de l'institution qui, depuis la réforme de 1994, était configurée comme un cas typique d'inapplication partielle de la convention applicable à l'entreprise (A). Mais, en donnant un tour de vis à la fonction de gestion de la convention collective, le législateur réformiste de 2012 a modifié d'autres règles qui, et seulement de manière ouvertement forcée, peuvent être qualifiées de mesure de flexibilité interne. Il s'agit de la modification des règles de résolution des conflits de concurrence entre les conventions collectives (article 84 *ET*), ainsi que de la suppression sans délai de l'ultra-activité des conventions dénoncées et arrivées à terme (article 86.3 *ET*) (B).

A – L'inapplication des conditions de travail établies dans la convention à efficacité générale

La première modification introduite dans le Titre III *ET* concerne l'article 82.3 et est susceptible d'être réorientée avec une rigueur conceptuelle vers la notion de flexibilité interne. Ce passage juridique traitait auparavant, dans son deuxième paragraphe et dans les suivants, de ce qu'on appelle l'abaissement de salaire. La nouvelle réglementation a réuni en un seul principe le régime juridique de ce type de modification, principe énoncé auparavant au sein de deux principes juridiques différents : les articles 41.6 et 82.3, tous deux extraits du texte statutaire.

Á la manière de ce qui s'est passé concernant l'autre modalité de modification des conditions de travail (celles établies par des accords individuels, par des décisions unilatérales du chef d'entreprise ou encore par des accords et des conventions collectives), les changements normatifs introduits dans cette autre catégorie de modification ont été intenses et étendus, portant sur quatre aspects essentiels : les sujets susceptibles d'être abaissés (1), les causes justificatives de l'abaissement (2), les conventions objets d'inapplication (3) et l'issue d'un conflit survenant en cas de clôture de la période de consultations (pourquoi continue-t-on à appeler période de consultations ce qui est en réalité

un processus de négociation ?) sans qu'un accord n'ait été trouvé (4).

1 – Dans la législation précédente, l'éventuelle inapplication de la convention collective à efficacité générale ne concernait pas toutes les conditions de travail réglementées dans cette même convention ; ne comprenant exclusivement que celles expressément autorisées, c'est-à-dire les conditions suivantes : les horaires et la répartition du temps de travail, le régime de travail par roulement, le système de rémunération et de résultats et, enfin, les fonctions. La réforme a élargi cette liste, y intégrant deux nouvelles conditions de travail : la journée de travail et les « améliorations volontaires de l'action protectrice de la Sécurité Sociale ».

2 – La définition de la cause constitue le deuxième des changements introduits dans la gestion des abaissements de salaire. Dans la législation précédente, en effet, chacune des deux voies de modification énonçait des causes différentes : alors que la modification réglementée dans l'article 41.6 *ET* restait assujettie à la concomitance d'une des quatre causes communes, définie conforme à un critère téléologique, le présupposé causal de l'abaissement de salaire a approuvé, après la réforme de 2012, une version très proche de celle des licenciements collectifs. Les réformes de 2012 ont unifié le régime des causes habilitantes de l'inapplication d'une convention collective, opérant sur un double front. D'un côté, elles ont étendu à l'abaissement de salaire l'invocation par le chef d'entreprise, non seulement de raisons économiques, mais aussi, en plus, l'invocation des trois autres raisons qui complètent le cercle des causes de justification des mesures de flexibilité interne ou de licenciement économique. D'un autre côté, elles ont défini la cause économique en des termes qui reproduisent la nouvelle formulation plus précise prévue pour valider la décision de l'entreprise d'effectuer un licenciement collectif ; c'est-à-dire une « situation économique négative, avec des cas tels que l'existence de pertes réelles ou prévues, ou la baisse persistante du niveau de ses revenus ou de ses ventes ». L'unique différence réside dans le fait qu'en cas d'abaissement de salaire, le délai pour invoquer la persistance d'une baisse de revenus ou de ventes est ramené à 2 trimestres consécutifs, contre 3 dans le cas du licenciement collectif.

La Loi 3/2012 est venue apporter une meilleure clarté dans l'identification de ce présupposé causal, intégrant dans son évaluation un élément obligatoire de comparaison. Aujourd'hui, la simple diminution des revenus et des ventes pendant 3 trimestres consécutifs ne suffit plus ; il est nécessaire que les niveaux des revenus ordinaires ou des ventes soient reconnus, par le biais d'un jugement contradictoire, inférieurs à ceux du même trimestre de l'année précédente.

3 – Dans la législation précédente, la question relative au type de conventions dont les conditions pouvaient être modifiées, ne disposait pas d'une réponse unique : les conventions modifiables dans le cadre de l'article 41.6 *ET* pouvaient être soient les conventions de secteur, soit les conventions de l'entreprise (paragraphe premier). Cette dualité n'était pas autorisée pour les abaissements de salaires, dont le champ d'application restait circonscrit aux conventions de « portée supérieure à l'entreprise » (paragraphe 2, article 82.3 *ET*).

Dans la nouvelle version de l'article 82.3 *ET*, les conventions collectives dont les conditions de travail, y compris les conditions de salaire, peuvent être l'objet d'une inapplication, font – tant les conventions sectorielles que les conventions d'entreprise, ou inférieure – disparaître ainsi l'ancienne différenciation normative. De ce point de vue, les abaissements des conventions, en particulier celles concernant les conditions salariales, s'alignent sur les réformes introduites par les articles 84.2 et 86.3 *ET*, formant avec elles un *continuum* dont le but n'est autre que de multiplier les moyens mis à disposition des employeurs pour adapter les conditions de travail de leurs salariés ; celles-ci tirant leur origine de l'autonomie individuelle ou de l'autonomie collective.

4 – Le dernier des changements introduits, concerne, comme cela était déjà prévu, le mode de résolution des conflits découlant de l'absence d'accord entre le chef d'entreprise et les représentants des salariés au sujet de la concrétisation de la modification de la condition ou des conditions prétendues. Dans cet ordre des choses, il ne sera pas utile de rappeler que la réforme de 2010 a ordonné aux accords interprofessionnels au niveau étatique ou des Communautés autonomes, de mettre en place des procédures d'application générale et directe pour résoudre les divergences lors de la négociation des accords de modification des conditions signées collectivement, y compris l'obligation prévue de soumettre les divergences à un arbitrage volontaire. Tenant compte de cette injonction, les partenaires sociaux ont signé le 7 février 2012 l'Accord V pour la

résolution autonome des conflits (*V Acuerdo para la solución autónoma de conflictos – ASAC*), quelques jours avant que le gouvernement du *Partido Popular* (*PP*) ne publie le Décret-loi royal 3/2012. Malgré cela, le nouveau régime juridique de l'abaissement par les entreprises de la convention en vigueur – qu'il s'agisse de la convention sectorielle ou de la convention d'entreprise – donne une nouvelle, bien que très discutable, impulsion au processus de recherche, à quelque prix que ce soit, d'un accord d'inapplication, en mettant en place et en imposant de façon obligatoire, la formule arbitrale ; dans le cas où les parties ne se soumettraient pas aux procédures établies dans l'accord interprofessionnel de référence, ou dans le cas où ces procédures n'auraient pas permis de résoudre les divergences. Il n'est pas ici question de discuter de la conformité constitutionnelle d'une telle règle ; il suffit de mettre l'accent sur la règle erratique et extravagante qui confie à la Commission Consultative des Conventions Collectives ou bien aux institutions des Communautés autonomes de même nature, la décision de prononcer en leur sein l'attribution de l'arbitrage ou de désigner un arbitre extérieur afin que ce soit lui qui le prononce, plutôt que de confier cela à la Fondation Sima ou bien aux tribunaux correspondants ou encore aux instituts professionnels des Communautés autonomes qui exercent des fonctions identiques.

B – Autres réformes de la négociation collective

En plus de la révision en profondeur du régime de modification, par les entreprises, des conditions de travail établies dans la convention en vigueur, le Décret-loi royal 3/2012 d'abord, puis la Loi 3/2012 ensuite, ont commencé à modifié deux aspects très importants du système statutaire de négociation collective, dans le but de promouvoir des mesures de flexibilité interne, considérées comme une alternative à la destruction des emplois.

1 – Le premier concerne la priorité d'application que l'article 84.2, dans la version précédente du Décret-loi royal 7/2011, confère à la convention d'entreprise. Cette réforme, celle de 2011, a conféré à la priorité d'application mentionnée, le caractère d'un dispositif, susceptible donc d'être bloqué ou modéré dans sa validité d'application par un accord ou une convention collective au niveau étatique ou des Communautés autonomes, convention négociée conformément à l'article 83.2 *ET*. La réforme de 2012 a modifié de manière radicale la nature de cette priorité dont on parle tant, et qu'on affirme à l'abri de la disposition de ces accords et de ces conventions ; à savoir que l'absence de priorité est considérée comme une règle d'ordre public. Avec une telle solution, les législateurs de 2012, tant le législateur extraordinaire que l'ordinaire, continuent non seulement d'insister sur cette idée durement instrumentale de la négociation collective, mais démantèlent, en plus, les options légales d'organisation des négociations qui peuvent naître de l'autonomie collective – et qui, de fait, sont restées présentes dans l'Accord II pour l'emploi et la négociation collective 2012, 2013, 2014 du 25 janvier 2012 – dont l'exercice reste sacrifié au nom de l'efficacité d'un marché qui, semble-t-il, ne tolère comme limites professionnelles que celles jugées compatibles avec ses intérêts particuliers par chaque titulaire d'une organisation productive.

2 – La modification du jeu d'application de la nouvelle règle de concomitance, établie dans l'article 84.2 peut être considérée comme une mesure de facilitation de flexibilité interne, bien qu'elle soit très secondaire et éloignée. Il en va autrement avec le dernier des changements entraînés par la réforme de 2012 du système statutaire de négociation collective, à savoir l'imposition d'une limite temporelle à la validité de l'ultra-activité de conventions collectives dénoncées où arrivées à terme ; limite dont la considération en tant que moyen pour faciliter l'adaptation des conditions de travail ou de l'organisation du travail aux besoins du marché, constitue une insulte et un simple hommage à la rhétorique du langage. Initialement fixé par le Décret-loi royal 3/2012, le délai d'ultra-activité a connu, en 2 ans, une diminution drastique par le fait de la Loi 3/2012. En dehors de la diversité des façons de poursuivre cet objectif, cette mesure, imprégnée d'idéologie pro-entreprise, peut remettre à plus tard une des caractéristiques les plus remarquables et les plus unanimement appréciées de notre système de négociation : la paix sociale.