

Se réformer pour mieux s'adapter ? Le droit du travail espagnol face à la crise économique

par Adoración GUAMÁN HERNÁNDEZ,

Profesora titular de derecho del trabajo, Universidad de València
et Olivier LECLERC, Chargé de recherche CNRS, Université de Lyon,
CERCRID (UMR 5137), Université Jean Monnet, Saint-Étienne

PLAN

I. Crise économique et droit du travail espagnol

A. La réforme du droit du travail au service de la gestion de la crise économique : le droit du travail peut-il jouer un rôle d'amortisseur des crises économiques ?

B. Le rôle des partenaires sociaux dans la gestion de la crise économique

II. La loi 35/2010 du 17 septembre 2010 portant mesures urgentes pour la réforme du marché du travail

A. Décourager le recours au contrat à durée déterminée

B. Réformer le droit du licenciement pour motif économique

C. Favoriser la flexibilité interne

Introduction

A l'occasion de ce qu'il a affirmé être une réaction à la crise économique, le législateur espagnol a profondément modifié le droit du travail. La loi 35/2010 du 17 septembre 2010 portant mesures urgentes pour la réforme du marché du travail (1), qui constitue un jalon majeur des réformes sociales en cours (2), a ainsi été placée sous le signe de la nécessité : « la crise économique a mis en évidence que [notre] modèle économique et social, qui a conduit à la destruction rapide de centaine de milliers d'emplois, n'était plus tenable » (3). Cette loi reprend pour l'essentiel, mais avec quelques modifications, un décret-loi du 16 juin 2010 (4). Présentées comme indispensables au redressement du « marché du travail », les mesures adoptées ont une incidence profonde et durable sur le droit du travail espagnol.

La loi du 17 septembre 2010 est cependant loin d'exprimer un consensus national : elle s'est heurtée à une forte opposition des deux principales confédérations syndicales espagnoles, l'Union générale des travailleurs (UGT) et les Commissions ouvrières (CCOO), manifestée par une grève générale le 29 septembre 2010. Au-delà des réactions syndicales, c'est dans la rue que les réactions ont été les plus vives (5). Quelques jours avant les élections municipales du 22 mai 2011, des coordinations comme *Juventud sin futuro* ou *Democracia Real YA* ont érigé des campements sur les places de plus de 200 villes espagnoles. Les questions liées au travail ne furent certes pas au cœur des revendications, qui portaient d'abord sur la réforme de la loi électorale, la lutte contre la corruption et le renforcement de la participation des citoyens à la décision politique, mais elles se manifestèrent aussi dans la revendication d'une « autre réforme du marché du travail », favorable à l'interdiction des licenciements économiques collectifs dans les entreprises réalisant des profits, une limitation du recours au travail temporaire, un abaissement de l'âge de départ à la retraite. Au-delà des oppositions politiques qui s'expriment ici, ce sont aussi les modalités du débat qui ont été critiquées, la loi du 17 septembre 2010 ayant été adoptée selon la procédure d'urgence. Une telle précipitation a, du reste, par le passé été

(1) BOE, n° 227, 2010, p. 79278.

(2) Parmi les très nombreuses mesures adoptées à ce jour, signalons la suppression de l'allocation d'aide aux chômeurs en fin de droits, le report de l'âge légal de départ à la retraite de 65 à 67 ans, la baisse du traitement des fonctionnaires de 5 % en moyenne en 2010 et leur gel en 2011, la suspension pour 2011 de la revalorisation des pensions de retraite, la suppression de l'allocation versée lors d'une naissance à partir du 1^{er} janvier 2011.

(3) Exposé des motifs, I.

(4) BOE, n° 147, sect. I, 2010, p. 51662.

(5) Sans doute faut-il y voir un signe d'une désaffection à l'égard des syndicats les plus représentatifs qui, s'ils n'ont pas approuvé la loi du 17 septembre 2010, ont accepté peu après le recul de l'âge de départ à la retraite (*Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones*, 2 février 2011).

condamnée par le Tribunal constitutionnel eu égard à l'importance des réformes en jeu (6). Cette urgence est aussi source de malfaçons dans les textes eux-mêmes, à l'image de celles contenues dans le décret-loi du 16 juin 2010 et finalement corrigées par la loi du 17 septembre 2010 (7).

L'affirmation selon laquelle la réforme du droit du travail espagnol est rendue nécessaire par la crise économique ne cesse d'interroger (8). Non que la gravité de la crise traversée par l'Espagne puisse être mise en doute un seul instant (9). Mais, ainsi qu'Antoine Jeammaud l'avait relevé, il n'est pas simple de déterminer si la réforme du droit du travail est la *conséquence* de la crise économique, à laquelle elle constituerait une *réponse*, ou si les changements qui affectent le droit du travail sont simplement *concomitants* à la crise, sans qu'il soit possible d'établir un lien de causalité entre l'un et l'autre (10).

Éclaircir ce lien n'est pas chose aisée. D'abord parce que la crise économique actuelle n'a pas son origine sur le marché du travail mais dans l'effondrement du marché des crédits immobiliers aux États-Unis, ce qui peut faire douter de ce qu'une réforme du marché du travail puisse en constituer le remède. Tout au plus, le droit du travail, peut-il faire figure de variable d'ajustement destinée à amortir les chocs produits par certains secteurs de l'économie. De fait, la réaction du gouvernement espagnol à la crise s'est d'abord traduite par une augmentation des sommes consacrées aux politiques de l'emploi et aux aides sociales. Cependant, face au creusement du déficit budgétaire (11), et sous la menace consécutive d'une dégradation de la notation de la dette publique de l'État espagnol et des communautés autonomes (12), le gouvernement s'est engagé dans la voie d'une forte réduction des déficits, avec un objectif affiché d'atteindre 3 % du PIB en 2013.

Une autre difficulté d'interprétation tient ensuite au fait que plusieurs des réformes menées en Espagne, concomitamment ou consécutivement à la crise économique, prolongent des évolutions qui étaient déjà en cours bien avant le déclenchement de la crise actuelle. En conséquence, parler de « *réactions à la crise* » à leur sujet revient faire de la crise économique un facteur déterminant de ces réformes, alors qu'il est aussi possible de voir dans cette crise un simple accélérateur de réformes envisagées de plus longue date, voire d'ores et déjà engagées, la crise offrant une circonstance propice à la mise en place d'une réglementation nouvelle.

La loi espagnole du 17 septembre 2010, qui est présentée comme une réponse à la crise économique en cours, illustre cette ambiguïté : très innovante sur certains aspects (II), elle s'inscrit aussi dans la continuité d'évolutions bien antérieures aux difficultés économiques actuelles (I).

I. Crise économique et droit du travail espagnol

Les réformes du droit du travail espagnol entretiennent de longue date des liens étroits avec la gestion des crises économiques (A). La politique d'adoption de « *pactes sociaux* » au niveau national et interprofessionnel qui prévaut en Espagne depuis la fin des années 1970 (13) a, du reste, associé les syndicats les plus représentatifs au niveau national à nombre de ces réformes (B).

A. La réforme du droit du travail au service de la gestion de la crise économique : le droit du travail peut-il jouer un rôle d'amortisseur des crises économiques ?

La crise économique a été un partenaire du droit du travail depuis sa naissance. Ce lien apparaît très nettement en Espagne dès 1931, et surtout depuis 1976 : presque chaque grande réforme du droit du

(6) STC 68/2007 du 28 mars, 2007 (BOE, n° 100, 2007, p. 47), qui censure le décret-loi royal 5/2002.

(7) Cf. F. Valdés Dal-Ré, « Sobre la calidad técnica de la Ley 35/2010, de reforma del mercado de trabajo », *Relaciones laborales*, n° 6, 2011, pp. 1-12.

(8) Cf. F. Valdés Dal-Ré, « La ley de reforma del mercado de trabajo: las singularidades de su objeto y los equívocos de sus objetivos », *Relaciones laborales*, n° 4, 2011, pp. 1-7.

(9) Pour une présentation de la situation économique en Espagne, v. J.-F. Humbert, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur la crise économique et financière en Espagne*, Rapport Sénat n° 385, 2011.

(10) A. Jeammaud, « Crise et relations du travail », in *Droit de la crise, crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Paris, PUF, coll. « Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers », 1997, spéc. p. 96. Voir aussi A. Lyon-Caen et A. Jeammaud, *Droit du travail, démocratie et crise*, Paris, Actes Sud, 1986, spéc. pp. 10 et s.

(11) 11,1 % du PIB en 2009 ; 9,24 % en 2010.

(12) En 2010, 9 des 17 communautés autonomes ont dépassé l'objectif de déficit public régional fixé à 2,4 %.

(13) Pour une présentation d'ensemble et une mise en perspective, v. not. Analistas de Relaciones Industriales, « 25 años de concertación social: a modo de crónica », *Relaciones laborales*, n° 23-24, 2010, pp. 181-228.

travail et de la Sécurité sociale a été justifiée par la nécessité de répondre à une situation de crise économique et à la destruction d'emplois qui s'ensuivit. Trois tendances se dégagent de ces différents moments de réformes.

La première d'entre elles s'est manifestée dès les débuts de la transition politique qui suivit le franquisme. La lutte contre le chômage était alors l'objectif principal. Pour cela, le recours à des formes d'emploi temporaires a été encouragé, avec des conséquences désastreuses pour la structure du marché du travail espagnol. Le Statut des travailleurs (ET) de 1980 a ainsi donné au gouvernement la possibilité de faire des contrats à durée déterminée un instrument de la politique de l'emploi. La réforme de 1994, elle aussi présentée comme constituant une réponse urgente et nécessaire face la crise économique qui s'était fait sentir plus tardivement en Espagne qu'en France, a poursuivi le même objectif, tout en élargissant les possibilités de recourir aux contrats à durée déterminée.

Une deuxième tendance, amorcée au cours des années 1994 et 1997, poursuivait la lutte contre le chômage par le moyen de la flexibilité dans la fixation des conditions de travail, en confiant leur détermination à la négociation collective, par l'autorisation des entreprises de travail temporaire et par la *descausalisation* naissante du licenciement (c'est-à-dire un allègement des motifs du licenciement économique) et la réduction de ses coûts. De timides tentatives pour réduire la précarité de l'emploi ont certes été perceptibles au même moment, mais sans parvenir à mettre fin à ce phénomène en constante augmentation. La précarité, qui constitue l'une des caractéristiques du marché du travail espagnol, a ainsi trouvé son origine dans la « flexibilisation » croissante, en particulier des mécanismes de détermination des salaires au niveau de l'entreprise, dans la réduction du coût du licenciement et dans la naissance du contrat d'encouragement à l'embauche à durée indéterminée (14).

La troisième tendance, à laquelle se rattache la réforme de septembre 2010 (15), a abordé la lutte contre le chômage et contre la temporalité par deux voies. D'un côté, le contrôle du recours au travail temporaire et le versement de bonifications afin de promouvoir les contrats à durée indéterminée. De l'autre côté, et de façon plus importante encore, la politique de

réduction du coût du licenciement a été poursuivie, avec l'élargissement du champ d'application du contrat d'encouragement à l'embauche à durée indéterminée, la création du licenciement « express » (sans cause), l'élargissement des causes justifiant le licenciement économique, l'allègement des procédures de licenciement.

De ce mouvement de flux et de reflux des politiques de l'emploi, les partenaires sociaux sont loin d'avoir été absents. Ces derniers font ainsi figure d'acteurs clés de la gestion des crises économiques.

B. Le rôle des partenaires sociaux dans la gestion de la crise économique

On l'a dit, les deux confédérations syndicales qui jouissent de la plus grande représentativité en Espagne, l'UGT et les CCOO, se sont opposées fortement à l'adoption de la loi du 17 septembre 2010. Cet « *échec du dialogue social* » (16) mérite d'être souligné, tant il contraste avec la vivacité de la négociation interprofessionnelle au cours des vingt dernières années. L'ancien premier ministre José Luis Rodríguez Zapatero avait fermement affirmé la volonté d'associer les syndicats les plus représentatifs au niveau national à l'élaboration de la législation sociale, ainsi que l'illustre la signature d'une déclaration tripartite pour le dialogue social en 2004 (17), confirmée après les élections législatives de 2008 (18). L'activité conventionnelle au cours des dernières années avait d'ailleurs été importante, ce qui place l'Espagne parmi les rares pays européens à conserver une négociation interprofessionnelle vivace (19).

Un désaccord aussi profond entre le gouvernement et les syndicats les plus représentatifs au niveau national ne s'était plus produit depuis le milieu des années 1990, à l'occasion, précisément, de la grande réforme du droit du travail espagnol opérée par les lois de 1994, elles-mêmes consécutives à la crise économique du début des années 1990. Ce retrait de l'activité conventionnelle interprofessionnelle ne doit cependant pas leurrer (20). En effet, cette négociation a constitué depuis plusieurs années un mode très important de gestion des difficultés économiques.

En premier lieu, les syndicats les plus représentatifs au niveau national participent à l'encadrement des salaires en déterminant la fourchette d'évolution recommandée

(14) Sur ce contrat, v. *infra*, II A.

(15) Ainsi que des textes ultérieurs : v. not. le décret-loi 1/2011 du 11 février 2011, de *medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas*, BOE, n° 37, 2011, p. 15133.

(16) V. Gómez, « La reforma laboral de 2010: crónica de un diálogo social frustrado », *Relaciones laborales*, n° 21-22, 2010, pp. 33-46.

(17) *Competitividad, empleo estable y cohesión social. Declaración para el dialogo social*, 8 juill. 2004.

(18) *Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social*, 29 juill. 2008.

(19) Ainsi que le souligne la Commission européenne dans le rapport *Industrial Relations in Europe 2010*, 4 mars 2011.

(20) Rappelons que l'opposition à la loi de 2010 affichée par les syndicats les plus représentatifs n'a pas empêché la signature d'autres textes par la suite : v. *supra*, note 5 et *infra*, note 53.

pour les négociations dans les entreprises. Présente dès juin 1981 dans l'Accord national sur l'emploi, cette démarche a pris une importance toute particulière avec la signature, à partir de la fin des années 1990, des Accords interprofessionnels sur la négociation collective, convenus entre les syndicats les plus représentatifs au niveau national (les CCOO et l'UGT), le patronat (CEOE et CEPYME) et le gouvernement. Ainsi, l'AINC de 2003 (21) affichait l'objectif de réduire l'inflation et d'améliorer la compétitivité des entreprises. Reprenant à son compte les prévisions de croissance et d'inflation formulées par le gouvernement, il s'engageait dans une politique de modération salariale, qui sera poursuivie dans l'AINC de 2005 (22). Plus récemment, l'« *Accord pour l'emploi et la négociation collective 2010, 2011 et 2012* » (23), signé par les partenaires sociaux (accord bipartite) le 9 février 2010 et qui sera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2012, formule un diagnostic partagé à propos de la situation économique. Si les moyens retenus pour orienter l'évolution salariale changent (24), c'est bien une politique de modération salariale qui est réaffirmée.

Une deuxième illustration du rôle de la négociation interprofessionnelle dans la gestion de la crise économique est fournie par l'accord tripartite sur l'amélioration de la croissance et de l'emploi du 9 mai 2006. Les syndicats les plus représentatifs au niveau national, le patronat et le gouvernement y font un nouveau pas en faveur de la réduction de la précarité des emplois. L'accord vise notamment à limiter l'enchaînement des contrats à durée déterminée. Se voient reconnaître le bénéfice d'une subvention pendant trois ans les entreprises qui embauchent en CDI des salariés âgés de moins de 30 ans ou de plus de 45 ans, des femmes sans activité professionnelle depuis plus de 5 ans ou des chômeurs de longue durée. La teneur de l'accord a été largement reprise par la loi 43/2006 du 29 décembre 2006 (25).

La loi du 17 septembre 2010 portant mesures urgentes pour la réforme du marché du travail, même si elle marque une rupture du dialogue social, s'inscrit bien dans la continuité de cet effort législatif, ainsi que l'illustre son premier titre qui annonce l'objectif de « *réduire la dualité et le recours au travail temporaire sur le marché du travail* ».

II. La loi 35/2010 du 17 septembre 2010 portant mesures urgentes pour la réforme du marché du travail

Bien que la loi du 17 septembre 2010 adopte des mesures *urgentes*, ses dispositions ne présentent pas un caractère conjoncturel. Tout au contraire : la loi modifie profondément de nombreuses dispositions du Statut des travailleurs espagnol (26). La loi de 2010 vise, selon son exposé des motifs, à porter remède aux faiblesses structurelles du marché du travail (27). Aussi, loin de s'attacher au seul traitement social de la crise, la loi affiche-t-elle l'ambition de « *poser les bases d'un*

nouveau modèle de croissance plus équilibré et créateur d'emplois de qualité » et de « *contribuer à augmenter la productivité de l'économie espagnole* ». On relèvera ici trois principaux aspects de la réforme (28), en laissant de côté les dispositions relatives au placement des chômeurs et aux entreprises de travail temporaire (29). La loi du 17 septembre 2010 vise à décourager le recours au contrat à durée déterminée (A), à réformer le

(21) *Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003*, BOE, n° 47, 2003, p. 7539.

(22) *Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005*, BOE, n° 64, 2005, p. 9354.

(23) F. Valdés Dal-Ré, « El acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2010, 2011, 2012) », *Relaciones laborales*, n° 10, 2010, pp. 77-88.

(24) La fixation des salaires dans les entreprises devra se faire dans une fourchette de croissance des salaires (plancher et plafond) établie par l'accord lui-même pour chacune des années où il sera en vigueur, et ce par référence aux prévisions économiques du gouvernement et de la Banque centrale européenne.

(25) BOE n° 312, 2006, p. 46586. Voir aussi J. Gorelli Hernández, « Espagne : la réforme du travail de 2006 », *Revue internationale du travail*, vol. 146, n° 1-2, 2007, pp. 123-127.

(26) V., insistant sur le caractère structurel de la réforme, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, « La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo », *Relaciones laborales*, n° 21, 2010, pp. 1-32.

(27) « *La forte sensibilité de l'emploi aux cycles économiques ; le nombre important et anormalement élevé de travailleurs temporaires et la forte segmentation entre travailleurs fixes et temporaires ; le faible développement de la flexibilité interne*

dans l'entreprise ; la faible capacité de placement du service public de l'emploi ; la persistance de discriminations dans l'emploi des femmes, des personnes handicapées et des chômeurs les plus âgés » (exposé des motifs, préc.).

(28) Pour une première présentation en langue française, v. E. Martín Puebla, « Radiographie d'une réforme », RDT, n° 9, 2011, pp. 521-530.

(29) Sur cet aspect de la réforme, v. not. F. Valdés Dal-Ré, « La reforma de la intermediación laboral », *Relaciones laborales*, n° 21, 2010, pp. 129-157 ; F. J. Calvo Gallego, M. C. Rodríguez-Piñero Royo, « La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal », *Relaciones laborales*, n° 21, 2010, pp. 159-195 ; J. López López, C. Chacartegui Jávega, « Intermediación en el mercado de trabajo y empresas de trabajo temporal en la Reforma 2010 : sobre la violación de derechos fundamentales », in A. Baylos Grau (coord.), *Garantías de empleo y derechos en la Ley 35/2010 de reforma laboral*, Editorial Bomarzo, 2011, pp. 115-140 ; F. J. Calvo Gallego, M. Rodríguez-Piñero Royo, « Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal », *Temas laborales*, n° 107, 2010, pp. 303-335. V. aussi Real Decreto-ley 3/2011 du 18 févr. 2011, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, BOE, n° 43, 2011, p. 19240.

droit du licenciement pour motif économique (B) et à favoriser la flexibilité dans l'entreprise (C).

A. Décourager le recours au contrat à durée déterminée

Les dispositions de la loi 35/2010 s'attachent à faire perdre de leur intérêt aux formes contractuelles temporaires, décourageant par là les entreprises d'y recourir. Plutôt que de déclarer illicite le recours à ces contrats, le législateur a préféré « favoriser » l'embauche en CDI, en le rendant plus « attractif ».

1) Trois mesures doivent concourir à la réalisation de cet objectif, mettant chacune l'accent sur des aspects différents des contrats temporaires.

La loi joue d'abord sur la *durée* des contrats à caractère temporaire : pour éviter la pérennisation de situations précaires, la loi prévoit, comme cela était déjà applicable aux *contratos eventuales* (art. 15 ET), que le contrat à objet défini (*contrato de obra o servicio determinado*) sera automatiquement requalifié en CDI si sa durée excède trois ans (ou quatre ans en cas d'accord collectif). Le salarié devra se voir remettre un certificat constatant cette requalification.

Concernant, ensuite, l'*enchaînement de contrats avec le même travailleur*, la loi modifie l'article 15.5 du Statut des travailleurs. Dans sa rédaction issue de la loi 43/2006, le texte prévoyait la requalification de la situation contractuelle en CDI lorsqu'un même salarié était embauché par des contrats successifs pendant au moins vingt-quatre mois au cours des trente derniers mois, avec ou sans solution de continuité. Les conditions posées pour cela par la loi de 2006 sont sensiblement allégées par la loi 35/2010. Alors que la première exigeait que le travail ait lieu sur le même poste et au sein de la même entreprise, la loi nouvelle permet désormais la requalification des contrats de ceux qui ont travaillé sur des postes de travail différents, de la même entreprise ou du groupe d'entreprises (30).

L'*indemnité compensatrice* versée à l'issue d'un contrat à durée déterminée, enfin, est modifiée par la loi 35/2010. En prévoyant son augmentation progressive à l'horizon 2015, la loi s'efforce d'aligner à terme le coût que représente pour l'entreprise l'expiration de ce contrat

avec celui engendré par le licenciement régulier pour motif économique, soit douze jours de salaire par année d'ancienneté au lieu de huit jours.

2) La capacité de ces mesures à favoriser effectivement le recours au CDI est cependant sujette à caution (31). En effet, plusieurs mesures de la loi 35/2010 encouragent un mouvement inverse, comme la facilitation du recours aux contrats de formation et aux contrats d'apprentissage (art. 11 et 12) ou l'extension du périmètre d'intervention des entreprises de travail temporaire (art. 17). A cela s'ajoute que les dispositions prévues à l'article 15.5 du Statut des travailleurs, qui viennent d'être présentées, ont depuis lors été suspendues jusqu'au 31 août 2013 par un décret-loi du 26 août 2011 (32). Mais l'exemple le plus emblématique de l'ambivalence de la loi de 2010 sur ce point est celui du contrat d'encouragement à l'embauche à durée indéterminée (*contrato de fomento de la contratación indefinida*). Créé en 1997, ce contrat était alors destiné aux personnes rencontrant de graves difficultés pour accéder au marché du travail (chômeurs de longue durée, jeunes en difficulté...). Conclu pour une durée indéterminée, il est assorti, en cas de rupture injustifiée, d'une indemnisation d'un montant plus faible que celle versée dans le cas d'un CDI classique (33 jours de salaire par année d'ancienneté, avec un plafonnement à deux ans, au lieu de 45 jours de salaire), ce qui est réputé encourager – ou ne pas décourager – les employeurs à y recourir. Dès 2001, les cas de recours à ce contrat avaient été élargis (33). La loi de 2010 parachève ce mouvement en étendant considérablement ces cas de recours (art. 3). La longue liste des hypothèses dans lesquelles un tel contrat peut être signé mentionne aussi bien les jeunes entre 16 et 30 ans, que les personnes âgées de plus de 45 ans, et plus largement encore « les chômeurs inscrits depuis au moins un mois sans interruption comme demandeurs d'emploi ». Un élargissement aussi remarquable des cas de recours au contrat d'encouragement à l'embauche à durée indéterminée pourrait bien, ainsi que le soulignent certains auteurs (34), en faire – à rebours des intentions affichées par le législateur – une forme privilégiée d'accès à l'emploi à durée indéterminée (35).

(30) Notons toutefois que la loi ne règle pas, contrairement à ce que les syndicats avaient souhaité, la situation dans laquelle plusieurs travailleurs temporaires se relayent sur un même poste de travail.

(31) M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, « La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo », préc. ; J. Lahera Forteza, « La reforma de la contratación laboral », *Relaciones laborales*, n° 21, 2010 ; C. L. Alfonso Mellado, « Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos », *Temas laborales*, n° 107, 2010, p. 87.

(32) Real Decreto-ley 10/2011 du 26 août 2011, *de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del*

programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, BOE, n° 208, 2011, p. 94109, art. 5.

(33) Loi 12/2001 du 9 juillet 2001, *de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*, disp. add. 1, BOE, n° 164, 2001, p. 24890.

(34) M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, « La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo », préc.

(35) Le décret-loi 10/2011 du 26 août 2011 (préc.) renforce encore cette tendance en facilitant la requalification de certains contrats de travail temporaires en contrat d'encouragement à l'embauche à durée indéterminée (art. 4).

B. Réformer le droit du licenciement pour motif économique

De façon quelque peu paradoxale, c'est aussi l'encouragement du recours au CDI qui est mis en avant par l'exposé des motifs de la loi 35/2010 pour faciliter considérablement le licenciement pour motif économique. L'idée ici est des plus simples : si le licenciement économique est rendu plus aisé, l'employeur hésitera (peut-être) moins à recruter un salarié en CDI. Le licenciement économique s'affirme ainsi peu à peu comme une mesure de gestion courante de l'entreprise (36).

Pour bien comprendre les changements apportés par la loi 35/2010, il faut rappeler que le droit espagnol connaît, aux côtés du licenciement disciplinaire, un licenciement pour motif économique consécutif à des causes économiques, techniques, organisationnelles ou productives (37). En apparence homogène, la catégorie des licenciements économiques est en réalité plurielle : ces causes ne sont pas appréciées de la même façon selon le nombre des salariés concernés par le licenciement. Il y a ainsi lieu de distinguer, d'une part, le *licenciement économique collectif* (art. 51 ET) qui concerne les licenciements d'une certaine importance quantitative (38) et le *licenciement économique objectif* qui concerne un nombre de salariés inférieur aux seuils établis par le Statut des travailleurs (art. 52 c. ET).

En simplifiant quelque peu, on dira que la justification du licenciement économique objectif a longtemps été plus souple que celle du licenciement collectif, en particulier en ce qu'elle permettait le licenciement pour prévenir des difficultés et non seulement pour faire face à des difficultés constatées. Or, la loi 35/2010 réalise ici un changement majeur : non seulement elle unifie l'appréciation de la justification des deux types de licenciements économiques, mais surtout elle le fait dans le sens d'un rapprochement avec le licenciement objectif. En la matière, les changements apportés sont d'une très grande importance, ils concernent aussi bien la définition du motif du licenciement économique que la procédure suivie ou encore son coût.

Sur le fond, le législateur donne une nouvelle définition des causes de licenciement économique et

cesse de faire de ce dernier *l'ultima ratio*, utilisable seulement dans les situations graves où la survie de l'entreprise est en jeu. Si le Statut des travailleurs continue d'énumérer de manière limitative les causes de licenciement et de distinguer les causes économiques et les causes ayant un caractère technique, d'organisation et de production (39), la loi précise désormais les cas dans lesquels le licenciement apparaîtra comme justifié : s'agissant des causes économiques, le licenciement sera justifié lorsqu'il permet de « *préserver ou favoriser la position compétitive* » de l'entreprise sur le marché ; s'agissant des causes techniques, organisationnelles ou productives, la décision de licencier aura un caractère « *raisonnable* » lorsqu'elle visera à « *prévenir une évolution négative de l'entreprise ou pour améliorer sa situation grâce à une meilleure organisation de ses ressources, qui favorise sa position compétitive sur le marché et une meilleure réponse aux exigences de la demande* » (art. 51 ET). La visée préventive du licenciement économique est ainsi affirmée avec une grande netteté.

Le licenciement est encore facilité par les divers *allègements procéduraux* que réalise la loi 35/2010, en vue d'en accélérer le déroulement. Le délai de préavis adressé au salarié se trouve ainsi réduit de 30 à 15 jours. De même, la nullité du licenciement pour raisons de forme est supprimée au profit de la sanction applicable en cas d'irrégularité du licenciement (*improcedencia*), comme pour le licenciement disciplinaire.

Enfin, le licenciement économique voit son *coût* sensiblement réduit par la loi du 17 septembre 2010. À cette fin, le législateur a d'abord prévu, à titre transitoire (40), qu'une partie de l'indemnité versée au salarié (huit jours par année d'ancienneté) en cas de licenciement économique sera prise en charge par le Fonds de garantie salariale : la mesure est immédiatement applicable aux licenciements pour motif économique mettant fin à un contrat à durée indéterminée conclu après le 18 juin 2010 et dont la durée a été supérieure à un an (41). La disposition concerne toutes les ruptures, quelle que soit la personne qui en a pris l'initiative, que le licenciement soit justifié ou non (42). De même, elle bénéficie à toutes les entreprises, quelle que soit leur forme sociale et quels que soient leurs résultats, que ces

(36) S. del Rey Guanter, « El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET », *Relaciones laborales*, n° 21, 2010, pp. 111-127 ; J. M. Goerlich Peset, « La reforma de la extinción del contrato de trabajo », *Temas laborales*, n° 107, 2010, p. 265.

(37) Pour une présentation générale : E. Martín Puebla, « Le motif économique de licenciement (Espagne) », *RDT*, n° 11, 2010, pp. 671-674.

(38) Au moins 10 salariés dans une période de 90 jours dans les entreprises de moins de 100 salariés ; au moins 10 % de l'effectif dans les entreprises employant 100 et 300 salariés ; 30 % dans les entreprises employant plus de 300 salariés.

(39) Sous l'angle de la légistique, il n'est pas sans intérêt de relever que la loi donne dorénavant, après l'énonciation de chaque cause de licenciement, une liste d'exemples destinés à illustrer les situations qu'elles recouvrent (art. 51.1 ET).

(40) La disposition devait valoir, selon la loi de 2010 (disp. transitoire n° 3), jusqu'à la mise en place d'un Fonds de capitalisation (v. *infra*). Le décret-loi 10/2011 du 26 août 2011 (préc.) a porté cette échéance au 31 décembre 2013 (art. 3 §3).

(41) Pour les contrats antérieurs ou d'une durée inférieure à 1 an, l'indemnité reste entièrement à la charge de l'employeur.

(42) Voir la critique de J. M. Goerlich Peset, « La reforma de la extinción del contrato de trabajo », *préc.*, spéc. p. 294-295.

derniers soient dégradés ou non. Au-delà de ces mesures temporaires, la loi 35/2010 a prévu la création d'un Fonds de capitalisation (43). Cette nouvelle institution constitue un mécanisme assurantiel, qui permet la « *socialisation du coût du licenciement* » (44), en répartissant la charge financière entre les entreprises (45). La loi 35/2010 se borne à prévoir la mise en place de ce Fonds au plus tard au 1^{er} janvier 2012 (46) et à donner de brèves indications sur la forme qu'il pourrait prendre. Elle prévoit ainsi que le Fonds versera au travailleur une somme équivalente à un nombre à déterminer de jours par année d'ancienneté lorsque celui-ci est licencié (que ce soit pour motif économique ou pour un motif disciplinaire), ce qui réduit d'autant l'indemnisation versée par l'entreprise, sans abaisser l'indemnité versée aux salariés. La loi indique, en outre, que les sommes accumulées au profit du salarié lui seront versées si surviennent d'autres événements que le licenciement : mobilité géographique, développement d'activités de formation, départ à la retraite. La loi est en revanche muette sur la manière dont le Fonds sera abondé. Tout juste indique-t-elle que l'abondement devra se faire sans augmentation des cotisations patronales...

C. Favoriser la flexibilité interne

Le chapitre II de la loi du 17 septembre 2010 prévoit des « *mesures pour favoriser la flexibilité interne négociée dans les entreprises et pour favoriser l'usage de la réduction de la durée du travail comme instrument d'ajustement temporaire de l'emploi* » (47). Trois séries de dispositions traduisent au premier chef cet objectif de « *flexibilité négociée* ».

Concernant d'abord la modification substantielle des conditions de travail, le législateur a altéré profondément la teneur de l'article 41 ET. Les motifs pour lesquels il est possible de modifier substantiellement les conditions de travail sont, en premier lieu, élargis pour intégrer une *dimension préventive* : une telle modification peut être proposée aux salariés si la mesure contribue « *à prévenir une évolution négative de l'entreprise ou à améliorer sa situation et ses perspectives grâce à une organisation adéquate de ses ressources qui favorise sa position compétitive sur le marché ou une meilleure adéquation aux exigences de la demande* ». Mais c'est, en second

lieu, sur les modalités de mise en œuvre d'une modification substantielle que la loi innove le plus fortement. En effet, l'absence de représentation des salariés faisait jusqu'à présent souvent obstacle à l'application de l'art. 41 ET dans les PME. Dorénavant, cette absence pourra être surmontée. Les travailleurs se voient proposer un choix : soit ils désignent « *démocratiquement* » (c'est-à-dire par un scrutin) des travailleurs de l'entreprise à fin de consultation par l'employeur, soit ils décident de mettre en place une commission *ad hoc* et temporaire composée de membres désignés par les syndicats représentatifs et les plus représentatifs. La loi consacre ainsi l'émergence d'une troisième voie de représentation entre la représentation syndicale et la représentation élue.

La portée de cette dernière innovation est d'autant plus grande qu'elle a vocation à intervenir, ensuite, lorsque l'employeur entend imposer unilatéralement aux salariés une *mobilité géographique* pour des motifs économiques, techniques, organisationnels ou productifs. Alors qu'une consultation des représentants des salariés est ici encore nécessaire, la loi 35/2010 permet à ces représentants *sui generis* d'intervenir à défaut de représentation élue dans l'entreprise. En outre, la loi limite la période de consultation avec les représentants légaux des travailleurs à une durée maximum de 15 jours et elle permet expressément aux parties de remplacer cette période de consultation par des mesures de médiation ou d'arbitrage.

Un troisième facteur de flexibilité, dont la portée est considérable, est institué par la loi de 2010 dans le domaine de la *dérogation salariale*. On sait, en effet, que l'article 82.3 I du Statut des travailleurs donne efficacité *erga omnes* aux accords collectifs qu'il mentionne (48). Mais l'article 82.3 II institue aussitôt une exception : les accords collectifs d'un niveau supérieur à l'entreprise pourront prévoir les conditions et procédures permettant à une entreprise de déroger aux règles salariales que ces mêmes accords comportent. Ces « *clauses de dérogation conventionnelle en matière salariale* » (*descuelgue salarial*) (49) permettent donc à une entreprise d'échapper aux dispositions salariales prévues par un accord collectif de niveau supérieur. Pour cette raison, ces clauses étaient jusqu'alors soumises à un

(43) Disposición adicional décima.

(44) J. M. Goerlich Peset, « La reforma de la extinción del contrato de trabajo », préc., spéc. p. 290.

(45) *Ibid.*, spéc. p. 292.

(46) Le décret-loi 10/2011 (préc.) reporte cette échéance au 31 décembre 2013 afin de laisser se dérouler une négociation interprofessionnelle au cours du premier semestre de l'année 2013 (art. 3 § 1).

(47) Voir J. Cruz Villalón, « La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010 », *Relaciones laborales*, n° 10, 2010, pp. 81-110 ; S. del Rey Guanter, « Las medidas sobre flexibilidad

interna en la ley 35/2010. Una aproximación inicial », *Temas laborales*, n° 107, 2010, spéc. p. 168 et s.

(48) V. F. Valdés Dal-Ré, « La eficacia jurídica del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada (I y II) », *Relaciones laborales*, n° 2, 2004, pp. 67-74 et pp. 75-82.

(49) Sur ces clauses, v. F. Navarro Nieto, « Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva », *Temas laborales*, n° 107, 2010, spéc. p. 198 et s. ; v. aussi J. A. Fernández Avilés, « Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad "interna" », *Relaciones laborales*, n° 11, 2011, pp. 15-66.

régime juridique restrictif. En particulier, la dérogation par accord d'entreprise n'était possible que si un accord au périmètre plus large l'avait prévu.

La loi 35/2010 modifie les conditions et procédures applicables aux clauses de dérogation salariale : l'accord collectif d'entreprise devient une source normative autonome sans qu'un accord de niveau supérieur ait au préalable ouvert une telle possibilité de dérogation. Pendant la période de dérogation, c'est l'accord d'entreprise qui fixe les dispositions salariales applicables dans l'entreprise : l'accord devra déterminer les conditions salariales et programmer la convergence progressive de ces dernières avec les dispositions prévues par l'accord collectif de niveau supérieur, au cours d'une période de trois ans au maximum (art. 82.3 V ET). Le changement est d'autant plus important que, dans le même temps, la loi modifie les circonstances dans lesquelles la dérogation est possible : alors que le Statut des travailleurs n'admettait une telle dérogation que « *lorsque [la] stabilité économique [de l'entreprise] pourrait être affectée par l'application [des dispositions de l'accord de "branche"]* », la loi de 2010 fait référence aux cas où « *la situation et les perspectives économiques de l'entreprise pourraient être affectées par l'application de ces dispositions, grevant les possibilités de maintien de l'emploi* ».

Conclusion

Au-delà même des innovations qu'elle comporte, la loi 35/2010 conforte en définitive des mouvements profonds du droit du travail espagnol : une attention toujours plus grande donnée à la capacité des entreprises à « s'adapter » aux changements de leurs positions sur le marché – capacité que le droit du travail

est réputé entraver –, décentralisation de la négociation collective, émergence de représentants des salariés, qui ne sont ni des représentants élus, ni des représentants syndicaux. Que la crise économique actuelle ait pu accentuer ces traits, cela est fort possible ; qu'elle en soit à l'origine, voilà qui mérite un peu plus de prudence. Du reste, la capacité de la loi à répondre aux attentes placées en elle est déjà discutée : son entrée en vigueur n'a empêché ni la dégradation du chômage, ni l'accroissement du travail à durée déterminée et de la précarité.

Le destin de la loi du 17 septembre 2010 est largement suspendu à son entrée en vigueur, elle-même en grande partie échelonnée dans le temps, et à l'adoption de ses décrets d'application (50). Elle ne fait cependant d'ores et déjà plus figure que de pièce d'une modification plus vaste du droit du travail espagnol. Une importante réforme de la négociation collective, déjà annoncée (51) et préfigurée (52) par la loi 35/2010, est en effet appelée à compléter et à approfondir la réforme du marché du travail. Faute pour les syndicats les plus représentatifs d'être parvenus à un accord avec les organisations patronales avant la date butoir fixée par la loi 35/2010 (53), le gouvernement a adopté un décret-loi 7/2011 du 10 juin 2011 (54) qui affecte profondément aussi bien la légitimation pour négocier que les procédures de négociation, la survie des conventions collectives ou la structure de la négociation collective et le recours aux instruments extra-juridictionnels de solution des litiges. L'urgence de l'action réformatrice a ceci de frustrant qu'elle est si vite détrônée par une nouvelle urgence.

Adoración Guamán Hernández et Olivier Leclerc

(50) Voir notamment sur les licenciements collectifs : Real Decreto 801/2011 du 10 juin 2011, *por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos* (BOE, n° 141, 2011, p. 61027) ; sur l'emploi des jeunes : Real Decreto-ley 10/2011 (préc.).

(51) 21^e disposition additionnelle.

(52) Rappelons que la loi 35/2010 a déjà modifié le droit de la négociation collective sur un point très important : la flexibilisation par la volonté de l'employeur des conditions fixées dans une convention collective incluant le salaire (v. *supra*, II, C).

(53) Les partenaires sociaux avaient toutefois adopté en janvier 2011 un « *Accord portant sur des principes de base pour la réforme*

de la négociation collective » (*Acuerdo de criterios básicos para la reforma de la negociación colectiva*), lui-même repris *in extenso* dans l'*Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones* du 2 février 2011 (préc.). Les signataires s'engageaient à négocier un accord interprofessionnel à ce sujet. Le gouvernement a cependant estimé que la négociation n'aboutissait pas assez rapidement et a décidé de couper court.

(54) Real Decreto-ley 7/2011, du 10 juin 2011, *de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva* (BOE, n° 139, 2011, p. 60070). Pour une première présentation en langue française, voir Jesús Baz Rodríguez et Rafael Sastre Ibarreche, "La réforme de la négociation collective en Espagne", RDT, n° 12, 2011, p. 722.