



Conseil d'administration

321^e session, Genève, 13 juin 2014

GB.321/INS/9/4

Section institutionnelle

INS

NEUVIÈME QUESTION À L'ORDRE DU JOUR

Rapport du Directeur général

Quatrième rapport supplémentaire: Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Espagne de la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Confédération syndicale des commissions ouvrières (CC.OO.) et l'Union générale des travailleurs (UGT)

I. Introduction

1. Par une communication en date du 10 mai 2012, la Confédération syndicale des commissions ouvrières (CC.OO.) et l'Union générale des travailleurs (UGT), se référant à l'article 24 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, ont présenté au Bureau une réclamation alléguant que le gouvernement de l'Espagne n'a pas respecté la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982. Le 30 juillet 2012, les deux confédérations ont adressé des allégations complémentaires.
2. L'Espagne a ratifié, le 18 février 1985, la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, laquelle est en vigueur dans ce pays.
3. Les dispositions de la Constitution de l'OIT sur la présentation de réclamations sont les suivantes:

*Article 24**Réclamations au sujet de l'application d'une convention*

Toute réclamation adressée au Bureau international du Travail par une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs, et aux termes de laquelle l'un quelconque des Membres n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle ledit Membre a adhéré, pourra être transmise par le Conseil d'administration au gouvernement mis en cause et ce gouvernement pourra être invité à faire sur la matière telle déclaration qu'il jugera convenable.

*Article 25**Possibilité de rendre la réclamation publique*

Si aucune déclaration n'est reçue du gouvernement mis en cause dans un délai raisonnable, ou si la déclaration reçue ne paraît pas satisfaisante au Conseil d'administration, ce dernier aura le droit de rendre publique la réclamation reçue et, le cas échéant, la réponse faite.

4. Conformément à l'article 1 du règlement relatif à la procédure à suivre pour l'examen des réclamations, tel que modifié par le Conseil d'administration à sa 291^e session (novembre 2004), le Directeur général a accusé réception de la réclamation et en a informé le gouvernement de l'Espagne. A sa 316^e session (novembre 2012), le Conseil d'administration s'est prononcé sur la recevabilité de la réclamation et, à sa 317^e session (mars 2013), ont été désignés les membres du comité tripartite chargé de l'examiner. Le comité tripartite était composé de MM. Raffaele De Luca Tamajo (membre gouvernemental, Italie), Alberto Echavarría Saldarriaga (membre employeur, Colombie) et Yves Veyrier (membre travailleur, France).
5. Le gouvernement de l'Espagne a adressé ses observations dans une communication du 21 décembre 2012.
6. Par ailleurs, en avril 2013, le Bureau a invité les deux confédérations à présenter des informations complémentaires, lesquelles ont été reçues le 29 mai 2013. De son côté, le gouvernement de l'Espagne a transmis des informations supplémentaires les 29 juin et 22 août 2013.
7. Le 20 mars 2014, le comité a transmis au gouvernement et aux deux confédérations un document de la Confédération espagnole des organisations d'employeurs (CEOE) et de la Confédération espagnole des petites et moyennes entreprises (CEPYME) contenant des observations ayant trait à la réclamation. L'Organisation internationale des employeurs (OIE) a exprimé son appui aux observations soumises par la CEOE et la CEPYME.
8. Le 4 avril 2014, le comité a également demandé au gouvernement et aux deux confédérations des informations supplémentaires concernant les recours en inconstitutionnalité en suspens devant la Cour constitutionnelle.
9. En prenant connaissance du document de la CEOE et de la CEPYME, le 7 mai 2014, les deux confédérations ont indiqué qu'elles ne considéraient pas utile de formuler des commentaires à son sujet et elles ont maintenu les termes de leur réclamation.
10. Le 13 mai 2014, le comité a reçu les observations du gouvernement à l'égard du document de la CEOE et de la CEPYME et aux autres questions posées par le comité.
11. Le comité tripartite s'est réuni formellement le 26 mars et le 27 mai 2014 pour examiner la réclamation et adopter son rapport.

II. Examen de la réclamation

Allégations présentées par les organisations plaignantes

Contexte de la réforme du marché du travail de 2012

12. Les deux confédérations rappellent que l'OIT est née du principe selon lequel une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale. Afin d'améliorer les conditions d'emploi et de protéger les travailleurs contre l'inégalité sur laquelle se fonde la relation de travail, la Conférence internationale du Travail a adopté la recommandation (n° 119) sur la cessation de la relation de travail, 1963, qui a été remplacée ultérieurement par la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, et par la recommandation n° 166 correspondante de la même année. Ces instruments visent à renforcer les garanties en faveur des travailleurs en cas de licenciement, en les protégeant contre la cessation arbitraire et injustifiée de la relation de travail de la part de l'employeur et contre les difficultés économiques et sociales que comporte la perte de l'emploi, et favorisent ainsi la sécurité dans l'emploi, qui constitue un aspect essentiel du droit au travail.
13. Les deux confédérations se réfèrent à l'étude d'ensemble de 1995, dans laquelle la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations a indiqué qu'un motif valable était la pierre angulaire de la convention¹. Dans le même sens, le régime légal du licenciement est protégé par la Constitution espagnole, dont l'article 35 reconnaît le droit au travail. Les deux confédérations indiquent que la Cour constitutionnelle a interprété le droit au travail comme étant un droit qui implique que les travailleurs ne peuvent pas être licenciés sans motif valable et qu'ils doivent pouvoir faire valoir ce droit dans le cadre d'une procédure déterminée préalablement et sous contrôle judiciaire².
14. Les deux confédérations indiquent qu'à cause de la crise le système du licenciement a été modifié, en particulier au moyen de la loi n° 35/2010 du 17 septembre portant mesures urgentes pour la réforme du marché du travail. Cette réforme de 2010 a défini plus amplement les conditions, dans lesquelles l'employeur peut licencier légalement pour des raisons économiques et analogues, réforme qui prévoyait pour ce type de licenciement une indemnité d'un montant équivalant à vingt jours ouvrables par an. Selon les deux confédérations, les tendances négatives qui se dessinaient déjà dans la réforme de 2010 ont été portées à leur paroxysme dans le décret-loi royal n° 3/2012 du 10 février 2012 portant mesures urgentes pour la réforme du marché du travail, qui va manifestement à l'encontre du modèle de licenciement défini dans la Constitution espagnole et, plus concrètement, qui viole directement nombre des prescriptions de la convention n° 158.
15. Dans la communication du 30 juillet 2012, les deux confédérations indiquent que le décret-loi royal n° 3/2012 a conduit à l'adoption de la loi n° 3/2012 du 6 juillet portant mesures urgentes pour la réforme du marché du travail. Cette loi a remplacé le décret-loi royal. Les dispositions de la convention n° 158 enfreintes par la réforme du marché du travail de 2012 sont celles qui ont trait à la période d'essai (art. 2, paragr. 2 b)), à la justification du licenciement (art. 4), à l'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un

¹ BIT: *Protection contre le licenciement injustifié*, étude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III (Partie 4B), Conférence internationale du Travail, 82^e session (Genève, 1995), paragr. 76.

² Les deux confédérations renvoient aux décisions de la Cour constitutionnelle n°s 22/1981 du 2 juillet, 20/1994 du 27 janvier, 123/1992, 98/1993, 177/1993 et 192/2003 du 27 octobre.

accident (art. 6, paragr. 1), à la possibilité pour le travailleur de se défendre contre les allégations formulées (art. 7), à la charge de la preuve (art. 9, paragr. 2 *a*) et *b*) et 3) et au contrôle judiciaire (art. 10).

16. Les deux confédérations indiquent que les points qui violent de manière flagrante les dispositions mentionnées de la convention n° 158 sont les suivants:
- fixation d'une période d'essai d'un an dans un nouveau type de contrat de travail à durée indéterminée, ce qui implique l'instauration d'un licenciement sans motif et sans indemnité;
 - nouvelle réglementation des motifs de licenciement économiques, techniques, d'organisation ou de production, si bien que les travailleurs peuvent être licenciés sans motif suffisamment valable et de manière disproportionnée et sans véritable contrôle judiciaire de la décision de l'employeur;
 - lorsque l'employeur choisit de résilier le contrat, suppression des *salarios de tramitación* (en vertu de la Charte des travailleurs, salaires dus au travailleur qui sont échus entre la date de la communication du licenciement et la date de la notification de la décision de justice qui déclare le licenciement injustifié);
 - inclusion en tant que cause de licenciement des absences du travail en raison d'une maladie ou d'une lésion, même si elles sont dûment justifiées (licenciement pour absentéisme).

Fixation d'une période d'essai d'un an dans le nouveau type de contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs

17. Dans leur réclamation de mai 2012, les deux confédérations ont souligné que le nouveau type de contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs (CAE), créé en vertu de l'article 4 du décret-loi royal n° 3/2012, fixe une période d'essai d'un an. Selon les deux confédérations, cette durée ne tient pas compte de la mission, des fonctions et des qualifications du travailleur nécessaires pour son poste de travail, ce qui revient à instituer un licenciement sans motif ni indemnité.
18. En ce qui concerne la réglementation de la période d'essai, l'article 4, paragraphe 3, du décret-loi royal indique textuellement ce qui suit:

Le régime juridique du contrat et les droits et obligations qui en découlent sont d'une manière générale régis par les dispositions de la loi révisée sur la Charte des travailleurs, approuvée en vertu du décret-loi royal n° 1/1995 du 24 mars, ainsi que par les conventions collectives applicables aux contrats à durée indéterminée, sauf en ce qui concerne la durée de la période d'essai, réglementée par l'article 14 de la Charte des travailleurs, qui sera d'une année en tout cas.

Selon les deux confédérations, le régime de la période d'essai – sa durée n'étant pas raisonnable – ne réunit aucune des conditions requises pour pouvoir constituer une exclusion admissible au regard de l'article 2, paragraphe 2 *b*), de la convention n° 158. Les confédérations estiment que la durée de la période d'essai (un an) est à l'évidence excessive, comme l'a déjà considéré la Chambre sociale de la Cour suprême dans deux arrêts ³.

³ Les deux confédérations se réfèrent à l'arrêt de la Cour suprême du 12 novembre 2007 (recours n° 4341/2006), dans lequel cette instance a considéré qu'il ne semble pas raisonnable d'admettre que l'employeur a besoin d'une période d'essai aussi longue [deux ans] pour savoir si le travailleur

19. Les deux confédérations soulignent que, dans le CAE, la durée d'un an n'est pas liée, ni directement ni indirectement, aux qualifications et à la formation professionnelle du travailleur à l'expérience qu'il a acquise tout au long de sa carrière professionnelle, au niveau plus ou moins élevé de responsabilité requis pour le poste de travail ou au degré de difficulté de l'accomplissement des fonctions convenues dans le contrat, si bien que la création et la fonction de la période d'essai, à savoir vérifier les aptitudes et l'adaptation du travailleur au poste de travail, perdent tout leur sens. Il s'agit d'une durée unique et universelle, applicable sans distinction à toutes les tâches faisant l'objet d'un contrat, depuis les fonctions comportant les plus importantes responsabilités de gestion et les fonctions techniques les plus complexes jusqu'aux tâches les plus simples qui requièrent un niveau professionnel et de formation plus élémentaire.
20. En juillet 2012, les deux confédérations ont indiqué qu'ont été reprises à l'article 4 de la loi n° 3/2012⁴ les dispositions déjà établies dans le décret-loi royal n° 3/2012, à deux différences près qui n'ont pas d'incidence sur la réclamation. Les confédérations font observer que le législateur s'est borné à ajouter au paragraphe 3 de l'article 4 de la loi n° 3/2012 que: «les travailleurs qui ont déjà exercé les mêmes fonctions dans l'entreprise ne peuvent pas être soumis à une période d'essai, quelle qu'ait été la nature de leur(s) précédent(s) contrat(s)». Selon les organisations plaignantes, il s'agit d'une simple répétition de ce qu'établit, de manière générale, l'article 14.1 de la Charte des travailleurs pour toutes les périodes d'essai: «est nul l'accord lorsque les travailleurs ont déjà exercé les mêmes fonctions dans l'entreprise, quelle qu'ait été la nature de leur(s) précédent(s) contrat(s)». Ainsi, le législateur a voulu dissiper les doutes quant à l'interprétation de l'application de cette restriction de la période d'essai au contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs.
21. Les deux confédérations indiquent que la seconde nouveauté introduite en juillet 2012 est la déclaration selon laquelle ce type de contrat de travail restera en vigueur «tant que le taux de chômage dans notre pays dépassera 15 pour cent» (disposition provisoire n° 9 de la loi n° 3/2012). Les confédérations indiquent aussi que cette disposition vise à justifier ce nouveau type de contrat de travail mis en place en raison des forts taux actuels de chômage en Espagne (environ 25 pour cent).
22. Les confédérations se refusent à considérer que ce nouveau type de contrat de travail se justifie en tant que mesure de politique d'emploi. Avec l'adoption du décret-loi royal n° 3/2012, ont été établis tout un ensemble d'incitations fiscales en faveur des employeurs et d'avantages sur les cotisations patronales à la sécurité sociale. Ces mesures d'incitation n'ont de sens que dans le cadre d'une politique axée sur la création d'emplois.
23. Les deux confédérations estiment que le caractère déraisonnable et disproportionné de la durée de la période d'essai prévue dans le nouveau type de contrat de travail va à l'encontre de son objectif qui est de favoriser la création d'emplois. Elles déclarent que les droits au travail ne sauraient être supprimés au nom de la réalisation d'objectifs macroéconomiques; dans la situation présente, l'application des normes internationales du travail est reléguée au rang de simples indications qui sont assujetties à des considérations conjoncturelles sur la politique économique.

a les capacités nécessaires pour une activité de ce type (démarchage de clients pour qu'ils figurent dans un annuaire téléphonique). Dans sa décision du 20 juillet 2011 (recours n° 152/2010), la même cour s'est référée à la décision susmentionnée et a confirmé son raisonnement en déclarant que, si la plaignante a été engagée en tant que promoteur de ventes, son travail consistant à vendre des pages jaunes et d'autres produits, l'obliger à effectuer une période d'essai d'un an semble à l'évidence excessif étant donné que l'objet de la période d'essai peut être satisfait amplement avec une durée plus courte.

⁴ Le texte de l'article 4 de la loi n° 3/2012 figure dans l'annexe du présent document.

24. Les deux confédérations ont mentionné aussi dans leur réclamation la jurisprudence de la Cour de cassation (Chambre sociale) en France et rappelé son arrêt n° 1210 du 1^{er} juillet 2008 dans lequel ont été examinées les conditions de rupture du contrat «nouvelles embauches». Dans cet arrêt, la Cour de cassation a estimé qu'une période d'essai de deux ans, pendant laquelle l'employeur peut licencier le travailleur sans motivation, ne pouvait pas être considérée comme «raisonnable» au sens de l'article 2, paragraphe 2 b), de la convention n° 158.
25. Dans ce contexte, les deux confédérations se sont référées aussi à la réclamation présentée en août 2005 par la Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO) en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT qui alléguait l'inexécution de la convention n° 158 et d'autres conventions. Dans le cadre de cette réclamation, un comité tripartite a examiné le contrat «nouvelles embauches» (CNE) instauré par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, qui introduisait en France une nouvelle forme de contrat de travail à durée indéterminée pour les nouvelles embauches dans les entreprises de 20 salariés au plus. Le CNE permettait d'échapper à l'application de certaines protections prévues dans le Code du travail en cas de licenciement, individuel ou collectif, au cours des deux premières années de ce type de contrat. Les deux confédérations ont exprimé leur accord avec les conclusions du comité tripartite, dans lesquelles il a exprimé des doutes sur le caractère «raisonnable» de la période d'essai allant jusqu'à deux ans prévue dans le CNE ⁵.
26. Les deux confédérations ont rappelé aussi l'observation formulée en novembre-décembre 2008 par la commission d'experts sur l'application en France de la convention n° 158; la commission avait noté avec satisfaction que, prenant en compte les recommandations du comité qui avait examiné la réclamation et à la suite d'un accord national tripartite, avait été adoptée la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, qui annule les dispositions sur le CNE. Les contrats de ce type en vigueur au moment de la publication de la loi ont été reclassés en contrat à durée indéterminée.
27. En résumé, les deux confédérations estiment qu'une période d'essai aussi longue invite ouvertement les employeurs à résilier le CAE avant la fin de la période d'essai. Les travailleurs engagés en vertu d'un CAE peuvent être licenciés puis remplacés par d'autres personnes aux mêmes postes de travail, sans que des emplois ne soient créés, ce qui impose dans les faits une rotation des effectifs à un même poste de travail. Les deux confédérations indiquent également que, dans son arrêt du 1^{er} juillet 2008, la Cour de cassation en France a critiqué aussi cette rotation des effectifs qui, avait-t-elle estimé, va à l'encontre des fondements d'un Etat social et démocratique de droit: le contrat CNE visait à créer des emplois, mais il promouvait dans la pratique les licenciements sans motif ni indemnisation économiques appropriés.
28. Dans les informations complémentaires qu'elles ont communiquées en mai 2013, les deux confédérations ont indiqué que l'article 2, paragraphe 2, de la convention n° 158 exclut certaines catégories de travailleurs, entre autres ceux effectuant une période d'essai, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable. Cette condition de caractère «raisonnable» est fondamentale aussi dans l'ordre juridique espagnol. Pour déterminer *ce que l'on entend par «raisonnable»*, il faut examiner différents éléments et critères, ce que font les tribunaux.

⁵ Paragraphes 70 et 71 du document GB.300/20/6, rapport du comité tripartite chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France des conventions (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, et (n° 158) sur le licenciement, 1982, présentées en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT/FO).

29. Les deux confédérations insistent sur le fait que le nouveau type de contrat de travail s'éloigne des critères et principes établis dans l'ordre juridique espagnol. Les qualifications, les connaissances et l'expérience du travailleur par rapport aux tâches qu'il doit accomplir sont déterminantes pour fixer la durée de la période d'essai. Il faut moins de temps pour vérifier les aptitudes professionnelles d'un travailleur non qualifié que pour vérifier celles d'un technicien diplômé qui doit effectuer des tâches complexes dans l'entreprise. Les confédérations rappellent qu'il s'agit d'un principe tellement essentiel qu'il régit la législation et la jurisprudence et qu'il y est intégré, en particulier à l'article 14 de la Charte des travailleurs, qui limite la durée de la période d'essai lorsque celle-ci n'a pas été fixée par une convention collective et qui différencie les techniciens spécialisés des autres travailleurs. Ce critère est simple: plus les tâches à accomplir sont complexes, plus longue est la période d'essai.
30. Les deux confédérations estiment qu'une durée d'un an est excessivement longue au regard de la législation espagnole. En effet, même dans la réglementation d'un contrat aussi singulier que le *contrat spécial pour un poste de direction élevé* (décret-loi royal n° 1382/1985 du 1^{er} août), la période d'essai maximale est de neuf mois (art. 5.1 du décret-loi royal).
31. Les deux confédérations indiquent que la réglementation fixée dans le nouveau contrat n'envisage une utilisation ni rationnelle ni raisonnable de la durée de la période d'essai. Sans nuances, la réglementation dit «en tout cas» et ne donne pas assez de latitude pour que l'on puisse l'adapter à une situation concrète. Des périodes d'essai aussi longues favorisent ou peuvent favoriser des situations qui s'apparentent à celles de contrats temporaires mais sans la réglementation ni les garanties prévues pour ces derniers. Dans la législation espagnole, les contrats à durée déterminée prévoient aussi une indemnité de licenciement, les travailleurs bénéficiant des mêmes droits et de la même protection en cas de licenciement abusif.
32. Les deux confédérations indiquent que, alors que le CAE est axé sur les entreprises de moins de 50 salariés «qui, malgré la situation de crise économique, misent sur la création d'emplois», comme l'indique l'exposé des motifs de la loi, il donne aux entreprises une possibilité qui rappelle un type de contrat temporaire qui n'existe plus dans la législation espagnole (il a été abrogé en 1997): le contrat pour création d'une nouvelle activité. Ce contrat avait été créé pour prendre en compte les doutes ou les incertitudes quant à l'organisation du travail ou à la réaction du marché, inhérents aux activités entrepreneuriales nouvelles; par conséquent, il n'était pas de mise pour des activités déjà existantes.
33. Les deux confédérations soulignent que, contrairement au contrat pour création d'une nouvelle activité, le CAE n'est pas présenté comme un contrat temporaire. Le gouvernement persiste à l'appeler contrat «à durée indéterminée», mais l'employeur est tout à fait libre de mettre fin à la relation de travail, à condition de le faire dans l'année qui suit la date de la signature du contrat. Les confédérations insistent sur le fait que, même si, pendant la période d'essai, les travailleurs ou les employeurs peuvent cesser la relation de travail sans avoir à se justifier (sauf si cette décision suppose la violation de droits fondamentaux), dans la pratique, c'est l'employeur qui décide de poursuivre ou non la relation de travail, surtout en temps de crise.
34. Les deux confédérations indiquent que la réforme du marché du travail de 2012 n'a pas pris en compte la question de savoir si l'employeur vient d'intégrer le monde de l'entreprise, s'il a de l'expérience – voire une longue expérience – ou s'il a l'intention de lancer un nouveau produit ou service, avec l'incertitude logique que cela comporte quant à la réaction du marché, contrairement à l'ancien contrat temporaire de lancement d'une nouvelle activité. La seule obligation de l'employeur est de ne pas occuper plus de

49 personnes puisqu'à partir de 50 personnes il ne peut plus recourir à ce type de contrat «avantageux». Ce qui le dissuade de dépasser ce nombre peut, en définitive, soit être une entrave dans les faits au recrutement de davantage de personnel une fois ce chiffre atteint, soit aboutir à une rotation des effectifs, de sorte que des travailleurs ne resteront jamais plus d'un an dans l'entreprise.

35. De plus, dans leur communication de mai 2013, les deux confédérations attirent l'attention sur le fait que le gouvernement s'entête à ne pas utiliser la dénomination correcte en ce qui concerne le CAE. D'abord, en l'appelant contrat de soutien aux «entrepreneurs» et non de soutien aux «employeurs». Les termes «entrepreneur» et «employeur» ne sont pas équivalents. Selon le dictionnaire de la *Real Academia de la Lengua*, l'entrepreneur (*emprendedor*) entreprend avec résolution des activités difficiles ou risquées, et l'employeur (*empresario*) est le propriétaire ou le directeur d'une industrie, d'un commerce ou d'une entreprise. Les deux confédérations estiment que ce sont deux concepts différents: alors que l'employeur déploie des activités dans le but de satisfaire les besoins d'autres personnes en échange d'un gain économique, l'entrepreneur ne recherche pas nécessairement à obtenir une récompense économique mais à relever des défis personnels ou sociaux. Si l'employeur recherche la rentabilité de son projet, l'entrepreneur attache de la valeur à la capacité d'effort, de lutte et d'engagement du travailleur pour son entreprise. Qualifier le CAE de contrat à durée indéterminée est inadéquat puisqu'il ne le devient qu'un an après sa signature.
36. Les deux confédérations notent que cette dénomination («à durée indéterminée») vise à remplir l'objectif énoncé dans le préambule qui est de promouvoir les embauches à durée indéterminée, mais cette initiative est vaine puisque le gouvernement a pris d'autres mesures, par exemple celles contenues dans le *décret-loi royal n° 4/2013 du 22 février portant mesures de soutien aux entrepreneurs et d'incitation à la croissance et la création d'emplois*, publié le 23 février 2013. Ces mesures visent clairement à faciliter les embauches temporaires. De fait, le décret-loi royal n° 4/2013, «pour faciliter l'acquisition d'une première expérience professionnelle», permet par exemple aux entreprises de conclure des contrats temporaires avec de jeunes chômeurs âgés de moins de 30 ans, dont l'expérience est nulle ou inférieure à trois mois (art. 12 du décret-loi royal). Le gouvernement n'a pas créé un nouveau type de contrat mais modifié l'un des types actuels de contrats temporaires (à savoir le contrat de travail occasionnel qui est destiné à faire face à des besoins de production, à une accumulation de travail ou à un surcroît de commandes).
37. Les deux confédérations ajoutent que le contrat à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs – sans doute parce que l'on suppose que les employeurs n'attendront pas une année pour dissoudre la relation de travail – prévoit un ensemble d'exonérations et de mesures d'incitation généreuses, à condition néanmoins que l'employeur garde pendant au moins trois ans le travailleur récemment embauché. Alors que la signature d'un CAE n'entraîne pas nécessairement l'octroi des mesures d'incitation, la très longue période d'essai d'un an fixée par la loi est inhérente au contrat.
38. Les deux confédérations estiment donc que les mesures d'incitation constituent un *avantage supplémentaire* pour l'employeur qui gardera le travailleur pendant au moins trois ans mais qui n'est pas déterminant pour conclure le contrat et ne pas cesser la relation de travail dans l'année qui suit, sans motivation ni obligation. Si l'employeur bénéficie de ces avantages et qu'il ne garde pas le travailleur pendant au moins trois ans, il n'a qu'à restituer le montant des aides qu'il a perçues. Selon les rares données disponibles, en 2012, les entreprises ayant utilisé ce nouveau type de contrat sans choisir de bénéficier des mesures d'incitation fiscale représentaient 82 pour cent de l'ensemble des entreprises qui y avaient recouru. Ainsi, pour 82 pour cent des entreprises, l'important c'est la liberté que

leur donne une période d'essai d'un an, liberté qu'elles préfèrent à l'obtention de mesures d'incitation qui les obligeraient à garder le travailleur pendant trois ans au moins.

Nouvelle réglementation des motifs de licenciement économiques, techniques, d'organisation ou de production

39. Dans leur réclamation de mai 2012, les deux confédérations ont estimé que le nouveau libellé de l'article 51 de la Charte des travailleurs qu'a introduit le décret-loi royal n° 3/2012 permettait de licencier sans motif suffisamment important et proportionné et sans véritable contrôle judiciaire de la décision de l'employeur. La loi n° 3/2012 a apporté des précisions, mais celles-ci n'atténuent pas, de l'avis des deux confédérations, une double atteinte à la convention n° 158, en son article 4, qui interdit qu'un travailleur soit licencié sans «motif valable», suffisamment important et proportionné, et aux paragraphes 1 et 3 de son article 9, qui garantissent le contrôle judiciaire de la décision de l'employeur visant à rompre le contrat de travail.
40. En vertu des réformes introduites par la loi n° 3/2012, les dispositions contestées du paragraphe 1 de l'article 51 de la Charte des travailleurs sont les suivantes:

Article 51. Licenciement collectif

1. Aux effets des dispositions de la présente loi, on entend par licenciement collectif la résiliation de contrats de travail pour des motifs économiques, techniques, d'organisation ou de production lorsque, au cours d'une période de quatre-vingt-dix jours, la résiliation de contrats de travail touche au moins:

- a) 10 travailleurs, dans les entreprises qui occupent moins de 100 travailleurs;
- b) 10 pour cent des effectifs des entreprises qui occupent entre 100 et 300 travailleurs;
- c) 30 travailleurs dans les entreprises qui comptent plus de 300 travailleurs.

On entend par motifs économiques les situations dans lesquelles les résultats de l'entreprise indiquent une situation économique défavorable, par exemple des pertes, actuelles ou prévues, ou une baisse persistante du volume des revenus ordinaires ou des ventes de l'entreprise. En tout cas, on estime que la baisse est persistante si, pendant trois trimestres consécutifs, le volume des revenus ordinaires ou des ventes de chaque trimestre est inférieur à celui enregistré pendant le premier trimestre de l'année précédente.

On entend par motifs techniques les situations dans lesquelles des changements ont lieu, entre autres, dans les moyens ou instruments de production, par motifs d'organisation les changements, entre autres, dans les systèmes et méthodes de travail du personnel ou dans les modalités d'organisation de la production, et par motifs de production les changements, entre autres, tant dans la demande des produits ou services que l'entreprise cherche à commercialiser.

41. Les deux confédérations soulignent qu'ont été supprimées deux prescriptions importantes du texte précédent de l'article 51 de la Charte des travailleurs. L'un des paragraphes supprimés, qui définissait les motifs économiques, indiquait textuellement ce qui suit:

On entend par motifs économiques les situations dans lesquelles les résultats de l'entreprise indiquent une situation économique défavorable, par exemple des pertes, actuelles ou prévues, ou une baisse persistante du volume des revenus qui peuvent compromettre la viabilité de l'entreprise ou sa capacité de maintenir le niveau d'emploi. A ces effets, l'entreprise devra démontrer les résultats allégués et justifier qu'ils rendent raisonnable la décision de licencier dans le but de préserver ou de favoriser la compétitivité de l'entreprise sur le marché.

42. L'autre paragraphe qui a été supprimé à l'article 51 de la Charte des travailleurs définissait les motifs techniques, d'organisation ou de production. Il indiquait que, pour satisfaire les conditions requises dans le texte antérieur, l'entreprise devait non seulement démontrer l'existence de ces motifs mais aussi «... justifier le caractère raisonnable, au regard de ces motifs, de la décision de licencier dans le but de prévenir une évolution défavorable de l'entreprise ou d'améliorer sa situation en réorganisant plus adéquatement ses ressources et de favoriser ainsi sa compétitivité sur le marché ou de mieux répondre aux exigences de la demande».
43. Les deux confédérations reconnaissent que la formulation de ces deux prescriptions était en soit assez souple en ce qui concerne la justification des causes économiques, techniques, d'organisation ou de production. Néanmoins, elle obligeait l'entreprise à justifier le caractère raisonnable du licenciement collectif soit pour prévenir une évolution défavorable de l'entreprise – ce qui laissait entendre que le licenciement répondait à une situation de risque qui se produirait si l'on ne procédait pas à un licenciement collectif –, soit pour améliorer l'organisation des ressources de l'entreprise de manière à favoriser sa compétitivité sur le marché. Ainsi, le licenciement, dans cette seconde hypothèse, visait à surmonter le manque d'efficacité de l'entreprise sur le marché.
44. Le nouveau libellé de l'article 51.1 de la Charte des travailleurs, selon les deux confédérations, n'évoque pas le caractère raisonnable du licenciement collectif pour des motifs économiques, techniques, d'organisation ou de production. L'objectif recherché par le législateur a pour conséquence de supprimer toute appréciation du caractère raisonnable du licenciement en empêchant les juges d'«examiner les motifs invoqués pour justifier» le licenciement ainsi que «les autres circonstances du cas» et de «déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs» (art. 9, paragr. 1 et 3, de la convention n° 158).
45. Les deux confédérations indiquent qu'il ressort de l'alinéa V de l'exposé des motifs tant du décret-loi royal que de la loi n° 3/2012 ultérieure que les dispositions susmentionnées de la convention n° 158 ne sont pas respectées puisqu'il dit ce qui suit:

Des innovations sont aussi introduites en ce qui concerne la justification de ces licenciements. La loi se limite désormais à définir les motifs économiques, techniques, d'organisation ou de production qui justifient ces licenciements, et d'autres références normatives qui introduisaient des éléments incertains sont supprimées. Au-delà du contenu légal concret [...], ces références incorporaient des projections d'avenir, qu'il était impossible de démontrer, *ainsi qu'une évaluation de la finalité de ces licenciements, ce qui a conduit les tribunaux à rendre en de nombreuses occasions des jugements en opportunité concernant la gestion de l'entreprise. Il est désormais établi clairement que le contrôle judiciaire de ces licenciements doit se limiter à évaluer l'existence de faits, à savoir les motifs*. Cette notion vaut tant pour le contrôle judiciaire des licenciements collectifs que pour les licenciements pour causes objectives (ancien art. 52 c) de la Charte des travailleurs) [les italiques et les caractères gras ont été ajoutés par les deux confédérations].

46. Les deux confédérations soulignent que l'exposé des motifs montre que la volonté du gouvernement est d'empêcher la justice de contrôler le caractère nécessaire ou raisonnable du licenciement. L'employeur peut alléguer que les licenciements sont une mesure raisonnable pour préserver ou favoriser la compétitivité de l'entreprise sur le marché. L'employeur n'est pas tenu de préciser les éléments ou les critères en fonction desquels il décide du nombre de travailleurs qui seront touchés par le licenciement collectif.
47. Dans les informations complémentaires qu'ils ont communiquées en mai 2013, les deux confédérations ont indiqué que les informations contenues dans l'exposé des motifs ont été réaffirmées lors des débats parlementaires, comme le montre le Journal des sessions du

Congrès des députés de l'Espagne. Lors des débats du 8 mars 2012, qui ont débouché sur la validation du décret-loi royal n° 3/2012, la porte-parole socialiste a affirmé ce qui suit:

Le licenciement, Mesdames et Messieurs les députés, est facilité. Il échappe désormais à tout contrôle, au contrôle syndical et au contrôle administratif puisque nous supprimons l'autorisation administrative. Et il échappe, en violation du droit à une protection judiciaire effective, qui est prévu à l'article 24 de la Constitution, au contrôle judiciaire puisque vous introduisez une modification manifestement perverse en ce qui concerne les compétences des tribunaux du travail. Cette modification perverse, c'est que l'on dit aux juges et aux tribunaux que, dorénavant, les plaintes pour licenciement seront examinées uniquement à la lumière du motif; en d'autres termes, ils pourront vérifier l'existence du motif mais sans en analyser la proportionnalité. Comment est-il possible que dans l'exposé des motifs, là où il est question de la modification de la procédure judiciaire, on dise que jusqu'à aujourd'hui les juges du travail rendaient des jugements en opportunité à propos des décisions des employeurs? Les juges ne rendent pas de jugements en opportunité; ils déterminent, une fois invoqué le motif du licenciement, si celui-ci est proportionné aux conséquences du licenciement. Désormais, il suffit d'invoquer une baisse des revenus pour empêcher le juge d'évaluer la proportionnalité du motif du licenciement.

Les deux confédérations indiquent que la ministre de l'Emploi et de la Sécurité sociale, qui défendait la loi, après avoir affirmé au commencement des débats que «les motifs du licenciement justifié ont été précisés aussi pour éviter une judiciarisation excessive», a répondu avec une certaine irritation que «ce que nous cherchons à faire, c'est de préciser les motifs pour *éviter des imbroglios judiciaires*».

48. Les deux confédérations indiquent que l'objectif de la réforme du marché du travail de 2012 est clair et ne fait aucun doute. Il est que la justice ne puisse pas déterminer si le licenciement est nécessaire ou, s'il est justifié, en évaluer le caractère raisonnable ou proportionnel.
49. Les deux confédérations expliquent dans leur communication de juillet 2012 que la loi n° 3/2012 a précisé la portée du motif économique du licenciement objectif et collectif: «en tout cas, on entend que la baisse est persistante si, pendant trois trimestres consécutifs, le volume des revenus ordinaires ou des ventes de chaque trimestre est inférieur à celui enregistré au cours du même trimestre de l'année précédente». Les deux confédérations ajoutent que, dans le décret-loi royal n° 3/2012, il n'était question que du volume des revenus, sans préciser s'il s'agissait des revenus ordinaires ou non, et qu'il n'indiquait pas que la comparaison devrait porter sur les mêmes trimestres d'une année sur l'autre. Les deux confédérations soulignent que seuls sont pris en compte les revenus ordinaires, sans que soit considérée l'évolution d'un autre type de revenus qui pourraient correspondre à d'autres secteurs d'exploitation de l'entreprise, par exemple l'absence de revenus extraordinaires tirés de la vente d'actifs, d'actions ou d'immeubles.
50. En outre, la loi n° 3/2012 a apporté d'autres précisions sur les modalités de calcul de la baisse des ventes, laquelle peut être en soi un motif de licenciement. La législation n'a ajouté aucun élément permettant de considérer cette baisse comme un motif légitime de licenciement. Au contraire, elle renforce la conclusion que le licenciement peut être une mesure automatique et justifiée par l'évolution du chiffre d'affaires ordinaires de l'entreprise. Cette évolution défavorable ainsi que la baisse des revenus par rapport au trimestre de l'année précédente sont prises en compte pour licencier le travailleur, quelle que soit la répercussion de ces faits sur la marche de l'entreprise et sans que les organes judiciaires ou administratifs ne puissent s'assurer que le licenciement est justifié et vérifier son caractère raisonnable et proportionnel.
51. Les deux confédérations affirment que, si l'article 4 de la convention n° 158 dispose qu'un travailleur ne devra pas être licencié «sans qu'il existe un motif valable de licenciement» d'un caractère suffisamment valable et proportionnel, conformément à l'article 8,

paragraphe 1, le travailleur licencié «qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial» tel qu'un juge de première instance ou un tribunal. Les deux confédérations estiment que la clé c'est l'article 9, paragraphes 1 et 3, de la convention, qui dispose que les juges sont «habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas» et à «déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs», fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise.

52. Les deux confédérations soulignent dans la communication de mai 2013 qu'ont été enfreints, d'une part, l'article 4 de la convention n° 158, en vertu duquel un travailleur ne peut pas être licencié sans «motif valable», raisonnable ou proportionnel, mais aussi l'article 9, paragraphes 1 et 3, de la même convention, qui garantit le contrôle judiciaire des décisions de licenciement de l'employeur, en habilitant les juges à «examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement *ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié*», et à s'assurer que le licenciement a été «véritablement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise». Est également violé le droit des travailleurs à une protection judiciaire effective puisque, dans la pratique, ils n'ont aucun recours (art. 8, paragr. 1) pour faire vérifier le caractère raisonnable de la décision de licenciement ou la nécessité de rompre le contrat de travail. En découle directement une violation du droit au maintien dans l'emploi et de la nécessité d'un motif suffisamment valable de licenciement (art. 4).
53. De l'avis des deux confédérations, ce qui précède met en évidence une inobservation manifeste de l'article 9 de la convention. En définitive, cet article exige qu'un juge puisse s'assurer que le motif du licenciement était justifié, étudier les circonstances du cas et établir que le motif invoqué est suffisant et, nécessairement, qu'il y a une proportionnalité ou une concordance entre le motif et le licenciement tel qu'il est justifié, pour «déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs» et non pour d'autres types de considérations discrétionnaires de l'entreprise. L'objectif de la nouvelle législation est que les organes judiciaires se prononcent sur les licenciements portés à leur connaissance sans même pouvoir vérifier le caractère rationnel ou proportionnel de la mesure prise par l'employeur.
54. Les deux confédérations se réfèrent à l'étude d'ensemble de 1995, dans laquelle la commission d'experts a fait observer que la raison d'être de la convention n° 158 est de renforcer les garanties en faveur des travailleurs en cas de licenciement afin de «limiter le pouvoir discrétionnaire de l'employeur de mettre fin à la relation de travail pour un motif quelconque ou sans motif» et de les protéger contre la décision arbitraire et injustifiée de l'employeur en exigeant que la nécessité du licenciement soit justifiée. Cette justification constitue la «pierre angulaire» de l'ensemble de la convention et vise à empêcher un abus de droit de la part de l'employeur et la cessation abusive de la relation de travail, de sorte que «le licenciement qui n'est pas objectivement raisonnable» est réputé abus du droit de licencier⁶.
55. Selon les deux confédérations, la nouvelle formulation de l'article 54.1 de la Charte des travailleurs viole le droit des travailleurs à une protection judiciaire effective puisque, dans la pratique, ils ne disposent d'aucun moyen de recours (art. 8, paragr. 1, de la convention) pour que soient vérifiés le caractère raisonnable de la décision de licencier ou la nécessité de rompre le contrat de travail. De plus, avec la même intention, sont enfreints le droit au maintien dans l'emploi et la nécessaire existence d'un motif suffisamment valable de licenciement (art. 4).

⁶ BIT: *Protection contre le licenciement injustifié*, op. cit., paragr. 83.

56. Dans la communication de mai 2013, les deux confédérations indiquent que la violation flagrante des normes internationales et constitutionnelles dans la législation interne, que comporte la réforme du marché du travail de 2012, a suscité toute une vague de critiques qui apparaissent dans la doctrine judiciaire. Les deux confédérations soulignent qu'ont été formulées des résolutions judiciaires qui considèrent qu'il faut procéder à une interprétation fortement correctrice de la portée de la réforme et qui continuent d'exiger un examen du caractère raisonnable du licenciement ainsi que le plein contrôle judiciaire des motifs du licenciement, y compris en appliquant directement la convention n° 158. Toutefois, la Cour suprême n'a statué que sur un cas de licenciement collectif en se fondant sur la nouvelle législation – arrêt du 20 mars 2013 de la Cour suprême, recours n° 81/2012 – et souligné seulement la nécessité de fournir des documents suffisants pendant la période de consultations des représentants des travailleurs.
57. Les deux confédérations indiquent aussi que la Cour constitutionnelle ne s'est pas prononcée sur la réforme du marché du travail de 2012 mais que n'ont pas encore été tranchés plusieurs recours en inconstitutionnalité qui dénoncent, précisément, le non-respect des exigences de causalité et de contrôle judiciaire des licenciements collectifs et qui incorporent les principes d'interprétation élaborés par l'OIT.

Lorsque l'employeur opte pour la résiliation du contrat de travail, suppression des «salarios de tramitación»

58. Dans leur réclamation de mai 2012, les deux confédérations ont indiqué que le décret-loi royal n° 3/2012 avait reformulé les paragraphes 1 et 2 de l'article 56 de la Charte des travailleurs, modifiant ainsi la réglementation des *salarios de tramitación* en cas de licenciement injustifié, lesquels doivent être versés lorsque l'employeur choisit de réintégrer le travailleur.
59. Les deux confédérations rappellent que l'article 56 de la Charte des travailleurs disposait que, si le licenciement est déclaré injustifié, l'employeur peut soit réintégrer le travailleur, soit résilier le contrat de travail. Dans ce dernier cas, il doit verser au travailleur une indemnité équivalant à 33 jours de salaires par année de prestation de services. La nouvelle réglementation dit que, si l'employeur choisit de dissoudre la relation de travail en versant l'indemnité correspondante, il n'est pas tenu de verser des *salarios de tramitación* mais qu'il devra le faire s'il réintègre le travailleur. Par conséquent, un travailleur licencié de manière injustifiée conserve le droit de percevoir les salaires échus entre la communication du licenciement et la notification de la décision de justice, uniquement et exclusivement si l'employeur choisit de le réintégrer. Comme le dispose l'article 56.4 de la Charte des travailleurs, cette exception ne s'applique pas aux représentants des travailleurs, qui conservent le droit de percevoir les *salarios de tramitación* quelle que soit l'option choisie – réintégration du représentant des travailleurs ou résiliation du contrat de travail, assortie d'une indemnité –, choix qui revient au représentant des travailleurs (et non à l'employeur) dans le cas où la justice qualifierait le licenciement d'injustifié.
60. Les deux confédérations rappellent que la Cour constitutionnelle, dans sa décision n° 84/2008 du 20 octobre, s'était déjà opposée à la suppression des *salarios de tramitación* lorsqu'elle avait examiné la situation créée par le décret-loi royal n° 5/2002 du 24 mai, portant mesures urgentes pour la réforme du système de protection contre le chômage et l'amélioration de l'employabilité, et constaté la violation du droit à une protection judiciaire effective, en indiquant ce qui suit:

Le fait que, tel qu'établi, le droit de l'employeur de choisir une possibilité ou une autre, une fois que la justice a déclaré que le licenciement est injustifié, peut rendre plus ou moins intéressante, en fonction des circonstances, l'une ou l'autre possibilité, ou le fait que, dans ce choix, un type ou un autre de considérations peut peser davantage, sont des questions qui

touchent la réglementation matérielle des effets du licenciement injustifié mais qui ne limitent aucunement la portée de la protection judiciaire contre le licenciement.

61. Selon les deux confédérations, la suppression des *salarios de tramitación* qu'a maintenue la loi n° 3/2012 entraîne l'inobservation de l'article 4 de la convention n° 158. Le droit d'option de l'employeur, les *salarios de tramitación* étant supprimés s'il choisit de rompre le contrat de travail (et s'il ne s'agit pas d'un représentant des travailleurs) porte atteinte au droit au travail et à l'interdiction connexe de licencier sans motif valable. Cette suppression prive le travailleur d'une protection réelle et effective contre les licenciements illégaux ou sans motif qui ne s'accompagnent pas d'une indemnité adéquate, comme prévu par l'article 10 de la convention. Qui plus est, on instaure ainsi un mécanisme qui, dans de nombreux cas, rend plus onéreuse la réintégration du travailleur que son indemnisation, comme c'est le cas pour les travailleurs ayant peu d'ancienneté dans l'entreprise.
62. Dans la communication de juillet 2012, les deux confédérations ont souligné que les corrections introduites par la loi n° 3/2012 ne font que remplacer le paiement d'une indemnité par l'option d'en verser une si la justice déclare le licenciement injustifié. L'employeur est libre de décider de résilier le contrat de travail. Or il se peut qu'aucune indemnité n'ait été versée au travailleur, même si le licenciement est injustifié ou si aucune procédure n'a été respectée. Les deux confédérations soulignent aussi qu'il est donné des effets extinctifs au simple choix de l'employeur de payer une indemnité. Son paiement suffit pour dissoudre la relation de travail, ce qui constitue une atteinte absolue aux principes généraux de l'embauche puisqu'il empêche de garantir au travailleur licencié de manière injustifiée qu'il percevra l'indemnité qui lui était due avant que le licenciement ne devienne effectif.
63. Les deux confédérations indiquent que la seule volonté de l'employeur peut priver également le travailleur de son salaire, ou d'une indemnité adéquate de licenciement, étant donné que, pendant toute la procédure judiciaire intentée contre le licenciement et même si la justice déclare illégale l'action de l'employeur, la loi n° 3/2012 permet à l'employeur de ne pas dédommager le travailleur de la perte des salaires échus pendant la procédure judiciaire, en lui proposant une réparation appropriée.
64. La suppression des *salarios de tramitación* constitue une incitation économique, irrationnelle et arbitraire au licenciement qui va à l'encontre de la stabilité de l'emploi, ce qui est radicalement contraire au droit au travail. Leur suppression ne peut pas être considérée comme une mesure neutre; elle stimule et promeut manifestement l'option de la cessation de la relation de travail. Les deux confédérations estiment que cette mesure est ouvertement contraire à la portée et au sens de la convention n° 158 ainsi qu'aux observations que la commission d'experts a formulées dans l'étude d'ensemble de 1995: «Tel que formulé, l'article 10 privilégie l'annulation du licenciement et la réintégration comme moyens de réparation du licenciement injustifié» parce qu'ils «garantissent la sécurité d'emploi» des travailleurs lorsqu'ils sont licenciés abusivement⁷.
65. Les deux confédérations indiquent que la suppression des *salarios de tramitación* a un impact pernicieux dans le cas d'un contrat de travail conclu récemment, c'est-à-dire qui représente moins d'un an et neuf mois de prestations de services. Dans ces situations, le montant des *salarios de tramitación* à la charge de l'employeur, qui équivaut en moyenne à 60 jours, est supérieur à l'indemnité pour rupture du contrat, qui équivaut à 33 jours ouvrés par année de travail selon la nouvelle réglementation. Si la procédure judiciaire contre le licenciement a une durée inférieure, l'écart diminue et, si elle est supérieure, c'est l'inverse. Quoi qu'il en soit, il est moins coûteux pour l'employeur de licencier sans motif ou sans respecter la procédure légale que de réintégrer le travailleur dans son poste de

⁷ BIT: *Protection contre le licenciement injustifié*, op. cit., paragr. 219 et 221.

travail. Cet effet juridique est imputable exclusivement à la nouvelle réglementation qui prive le travailleur licencié injustement des *salarios de tramitación* et dispense l'entreprise de lui verser une indemnité dans le cas où elle déciderait de cesser la relation de travail.

66. Les deux confédérations soulignent que, en vertu de la convention n° 158, il faut garantir une réparation «adéquate» en cas de licenciement injustifié et par conséquent, reconnaître au travailleur le droit aux *salarios de tramitación* lorsque l'entreprise choisit de le réintégrer. Dans cette hypothèse, le travailleur ne perçoit pas une indemnité pour fin de services, précisément parce qu'il n'est pas mis un terme à la relation de travail et que l'emploi est maintenu. Quoi qu'il en soit, rien n'oblige à ce que le dédommagement du travailleur prenne exclusivement la forme du paiement d'une indemnité étant donné que cette compensation ne fixe aucun paramètre quant à la période de la procédure judiciaire. En revanche, si le travailleur est réintégré, les *salarios de tramitación* sont dus, ce qui rend évident le fait que l'indemnité ne couvre pas le dommage causé par l'absence d'emploi du travailleur jusqu'à la date de la décision de justice ou jusqu'à la résiliation du contrat, laquelle devient effective avec le versement d'une indemnité pour fin de services.
67. Les deux confédérations indiquent que, si l'entreprise choisit de dissoudre la relation de travail, les modalités de compensation liées à la période d'attente de la décision judiciaire sont modifiées. Les *salarios de tramitación* cessent d'être un élément structurel de la relation de travail pour devenir un élément différent qui est laissé à l'entière discrétion de l'employeur, lequel l'utilisera en fonction de ses intérêts subjectifs. Pour garantir le respect de l'article 10 de la convention n° 158, qui dispose indiscutablement que, en cas de licenciement sans motif valable les juges «devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate», il faut garantir aux travailleurs une protection dans le cas où la justice tarderait à se prononcer sur le caractère justifié ou non du licenciement.
68. Les deux confédérations soulignent que la situation actuelle ne garantit pas au travailleur une protection minimale pendant la procédure judiciaire, lorsqu'il n'a pas assez cotisé ou qu'il ne réunit pas les conditions légales pour bénéficier de la protection contre le chômage. Pendant la période au cours de laquelle les *salarios de tramitación* sont dus, le travailleur reste lié par la relation de travail étant donné que, d'un côté, les effets extinctifs ne se produisent que si l'indemnité est versée (art. 56.1 de la Charte des travailleurs) et que, de l'autre, lorsque l'entreprise décide de réintégrer le travailleur, cela suppose qu'il est tenu de reprendre son travail. La suppression des *salarios de tramitación* entraîne non seulement la perte de l'indemnité, mais aussi celle des prestations de chômage à un moment où le travailleur dispose de peu de possibilités d'entreprendre une autre activité productive, pour le compte d'autrui ou dans le cadre d'autres modalités de travail. Malgré la situation vulnérable du travailleur, la réforme du marché du travail de 2012 a éliminé tout type d'indemnisation en sa faveur pendant la procédure judiciaire au cours de laquelle, dans le cas où il ne pourrait pas accéder aux prestations du système de protection contre le chômage ou à d'autres prestations sociales, il sera privé de toute protection.
69. Les deux confédérations indiquent que, pour les travailleurs temporaires, la baisse du montant des indemnités aura un effet encore pire puisque, étant donné qu'ils comptent peu de périodes de prestations de services aux fins de la quantification de l'indemnité, beaucoup hésiteront à contester leur licenciement.
70. Les deux confédérations soulignent que l'article 10 de la convention n° 158 privilégie la réintégration du travailleur licencié, lorsque le licenciement est injustifié et sans motif suffisant, en établissant que, si la réintégration n'est pas possible, il appartient au juge ou à un organisme analogue de déterminer quelle indemnité est adéquate et d'en ordonner le paiement au travailleur licencié de manière injustifiée. Conformément à l'article 10 de la convention, la décision quant à ce qui constitue une indemnité adéquate incombe exclusivement au juge et non à l'employeur.

71. Dans leur communication de mai 2013, les deux confédérations rappellent que la Cour suprême a réaffirmé que les *salarios de tramitación* s'entendent comme étant la somme qui doit être versée pour dédommager le travailleur qui n'a pas eu de revenus pendant la procédure au terme de laquelle son licenciement a été déclaré injustifié ou nul (arrêt de la Cour suprême du 1^{er} mars 2004 (recours n° 008/4846/2002)). En cas de «licenciement illégal», la législation espagnole fait une distinction entre les divers critères de dédommagement du travailleur. La perte du poste de travail qu'entraîne un licenciement illégal, si le travailleur n'est pas réintégré, est réparée par une indemnité dont l'employeur doit s'acquitter. En Espagne, si le licenciement est déclaré injustifié, l'employeur a le choix entre la réintégration du travailleur ou son indemnisation pour la perte de son emploi. Si le travailleur licencié est un représentant des travailleurs, c'est lui qui décide de l'une ou l'autre possibilité. Enfin, lorsque le licenciement est déclaré nul, il n'y a pas de choix et le travailleur doit être réintégré.
72. Les deux confédérations indiquent que, pour que le licenciement soit éventuellement déclaré «illégal», le travailleur doit saisir la justice en entamant la procédure voulue, ce qui ne laisse rien préjuger de la qualification finale du licenciement, nul ou injustifié, par les tribunaux, et ce quelle que soit l'option choisie – réintégration ou indemnisation. Dans la tradition de la législation espagnole, lorsque le licenciement est déclaré «illégal», la réparation «adéquante» se fait par le versement des *salarios de tramitación* par l'employeur, c'est-à-dire une somme équivalente au montant des salaires non perçus pendant la procédure.
73. Les deux confédérations soulignent que la nature indemnitaire des *salarios de tramitación* est exprimée au paragraphe 2 de l'article 56 de la Charte des travailleurs qui dispose que l'on peut soustraire du montant total des *salarios de tramitación* celui des salaires perçus par le travailleur au titre d'un autre emploi qu'il aura éventuellement occupé pendant la procédure. L'arrêt du 12 mars 2013 de la quatrième Chambre de la Cour suprême résume ainsi sa doctrine constante:
- [...] si le travailleur a fourni des services à une autre entreprise pendant la procédure, il faut soustraire du montant total des «salarios de tramitación» le montant des rémunérations perçues au titre de ce nouvel emploi [...], ce qu'ont indiqué aussi les arrêts de la Cour suprême du 29 janvier 1987 et des 27 février, 30 avril et 11 mai 1990. Par conséquent, conformément à cette doctrine, les «salarios de tramitación» ont clairement une nature indemnitaire puisqu'ils ont pour but, tant en cas de licenciement nul que de licenciement injustifié, d'indemniser le travailleur de l'un des préjudices entraînés par le licenciement, à savoir l'absence de rémunération depuis la date du licenciement et pendant toute la procédure judiciaire; autrement dit, si la personne en question a travaillé pour une autre entreprise pendant l'ensemble ou une partie de la période de la procédure et si elle a perçu la rémunération correspondante, il est évident que, en ce qui concerne le montant de cette rémunération, il n'y a pas eu de préjudice et, s'il n'y a pas eu de préjudice, il ne peut pas y avoir non plus d'indemnisation. Par conséquent, dans de tels cas, il n'y a pas de «ratio legis», c'est-à-dire le fondement essentiel qui justifie l'obligation de verser les «salarios de tramitación», et, s'il n'y a plus de cause qui justifie et entraîne la «ratio legis», cette obligation ne peut exister que dans la mesure correspondante.*
74. Les deux confédérations indiquent que la réforme du marché du travail de 2012, en privant les travailleurs de cette compensation économique lorsque l'employeur n'opte pas pour la réintégration mais pour l'indemnisation, viole les principes de la convention n° 158 puisque, dans ces cas, la décision dépend exclusivement de l'employeur. Même s'il s'agit des mêmes faits, des mêmes circonstances, de la même législation applicable pour déterminer le caractère licite ou non du licenciement, et d'une même décision judiciaire déclarant le licenciement injustifié, c'est l'employeur qui par son choix détermine la compensation que doit percevoir le travailleur. Les deux confédérations ont déjà indiqué qu'en vertu de l'article 10 de la convention n° 158 il n'appartient pas à l'employeur de déterminer cette indemnité. Si l'employeur, en cas de licenciement illégal, choisit de ne

pas rétablir la relation de travail, la réglementation faisant l'objet de la présente réclamation prive le travailleur d'un «dédommagement» au titre de la période de la procédure judiciaire.

75. Les deux confédérations indiquent que ce que l'on peut entendre par «indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée» en vertu du principe de la convention n° 158, lorsque que le licenciement est illégal, est naturellement sujet à discussion; mais, pour que l'indemnité soit convenablement fixée, il faudra sans aucun doute tenir compte de chaque marché du travail. La tendance de la législation espagnole ces dernières années, et en particulier depuis la réforme du marché du travail de 2012, a été de faciliter le licenciement et de réduire considérablement le coût des indemnités correspondantes. Pourtant, la situation du marché du travail espagnol, avec un taux de chômage qui était en 2007 d'environ 8,5 pour cent, qui a atteint 27,2 pour cent en 2013 et qui ne cesse d'augmenter, ne justifie pas de réduire le dédommagement alors que la perte de l'emploi suppose aujourd'hui plus de détresse pour le travailleur, et cela d'autant plus que les réformes de ces dernières années ont aussi sérieusement affecté la protection sociale en matière de chômage et d'allocations.
76. Les deux confédérations reconnaissent que l'indemnisation ou la réparation au titre de la notion de période de «*tramitación*» est toujours en vigueur, laquelle est considérée comme adéquate dans la législation lorsque l'employeur choisit la réintégration. L'indemnité de licenciement en Espagne est divisée en deux principes, et le travailleur bénéficie d'un dédommagement au titre de la période de «*tramitación*», et non du coût que suppose la perte du poste de travail. On ne peut donc pas considérer comme «adéquate» une indemnité de licenciement qui élimine l'un des éléments de la réparation sans que, dans ces cas, soit accru l'autre élément. Au contraire, la réforme du marché du travail de 2012 a fait passer le montant des indemnités pour licenciement injustifié de 45 jours de salaire par année ouvrée avant la réforme à 33 jours aujourd'hui. Les situations dans lesquelles le législateur a éliminé cet élément du dédommagement en cas de licenciement illégal sont les mêmes que pour le licenciement légal. En ce qui concerne le travailleur et la réponse de la législation à la conduite de l'employeur, les situations sont identiques. Le licenciement est injustifié. Ce qui différencie les deux situations – la conséquence étant que, dans un cas, le travailleur obtiendra une compensation au moyen des *salarios de tramitación* mais pas dans d'autres cas – tient à la décision que l'employeur prendra, une fois déclarée l'illégalité du licenciement. Cela est contraire aussi aux dispositions de l'article 10 de la convention n° 158.
77. Enfin, les deux confédérations indiquent que la suppression des *salarios de tramitación* lorsque l'indemnité est versée est sans nul doute un moyen efficace d'encourager l'employeur à choisir cette possibilité plutôt que de réintégrer le travailleur, tant cette option a un coût sensiblement inférieur pour l'employeur, mais au détriment des intérêts des travailleurs qui, outre un préjudice économique direct, subiront d'autres effets collatéraux comme l'absence de cotisations à la sécurité sociale et la baisse de la protection qui en résulte.
78. Les deux confédérations considèrent que la décision, conforme à la loi, de ne verser les *salarios de tramitación* que dans le cas où le travailleur est réintégré, incite l'employeur à choisir la solution qui respecte le moins le droit au travail et le principe de stabilité dans l'emploi. Cette situation ne respecte pas la préférence pour la réintégration énoncée à l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT:

Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils

devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée.

Licenciement pour absentéisme

- 79.** Dans leur réclamation de mai 2012, les deux confédérations ont indiqué que le nouveau libellé de l'article 52 d) de la Charte des travailleurs, qui porte sur la résiliation du contrat pour des causes objectives, introduit le licenciement pour absentéisme, ce qui est contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la convention n° 158. Conformément aux réformes apportées par la loi n° 3/2012, les dispositions contestées de l'article 52 d) de la Charte des travailleurs indiquent textuellement ce qui suit:

Article 52. Résiliation du contrat pour des causes objectives

Le contrat peut être résilié:

[...]

- d) En cas d'absences du travail, même justifiées mais intermittentes, qui atteignent 20 pour cent des jours ouvrables pendant deux mois consécutifs, si le total des jours d'absence au cours des douze mois précédents atteint 5 pour cent des jours ouvrables, ou 25 pour cent pendant quatre mois non consécutifs au cours d'une période de douze mois.

Aux fins du paragraphe précédent, ne sont comptabilisées comme absences du travail ni celles dues à une grève légale, pendant la durée de cette dernière, à l'exercice d'activités de représentation légale des travailleurs, à un accident du travail, à la maternité, à un risque pendant la grossesse et l'allaitement, à des maladies dues à la grossesse, à l'accouchement ou à l'allaitement, à la paternité, à des congés et à des vacances ni les absences en raison d'une maladie ou d'un accident non professionnel, lorsque l'arrêt maladie a été prescrit par les services de santé officiels et que sa durée est de plus de vingt jours consécutifs, ni les absences en raison d'un état physique ou psychologique découlant d'actes de violence sexiste, attestés par les services de protection sociale ou les services de santé, selon le cas.

Ne sont pas comptabilisées non plus les absences dues au traitement médical d'un cancer ou d'une autre maladie grave.

- 80.** Les deux confédérations indiquent que la nouveauté de la réglementation réside dans le fait que l'absentéisme individuel de courte durée, même s'il est dû à une maladie ou à un accident, est considéré comme un motif valable de rupture unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur et dans l'intérêt exclusif de l'entreprise. L'absence du travailleur pour cause de maladie devient donc un motif valable de licenciement.
- 81.** Les deux confédérations affirment que les deux modifications principales de l'alinéa d) de l'article 52 de la Charte des travailleurs en ce qui concerne le calcul des absences du travail sont les suivantes. Tout d'abord, en ce qui concerne les absences qui atteignent 20 pour cent des jours ouvrables au cours de deux mois consécutifs, une nouvelle condition est créée: que «le total des absences pendant les douze mois précédents atteigne 5 pour cent des jours ouvrables». En appliquant ce critère au calcul des absences non seulement on prend en compte les absences pendant deux mois consécutifs (20 pour cent), mais aussi au cours des douze mois précédents (5 pour cent). Cette dernière disposition (5 pour cent au cours des douze mois précédents) ne s'applique pas si le licenciement est justifié au regard du critère qui prévoit un total d'absences représentant 25 pour cent des jours ouvrables pendant quatre mois non consécutifs au cours d'une période de douze mois.
- 82.** Deuxièmement, les deux confédérations indiquent qu'ont été définis les cas dans lesquels ne sont pas comptées les absences dues à une incapacité temporaire, par exemple un «traitement médical du cancer ou d'une autre maladie grave». Par conséquent, outre les absences pour maladie ou accidents professionnels qui ne sont jamais comptabilisées, les

absences dues à des maladies non professionnelles ne le sont pas aux fins du calcul de l'absentéisme dans les cas suivants:

- a) Si le travailleur ou la travailleuse se sont absents pour recevoir un traitement médical – dans ce cas, il n'est pas exigé que le travailleur ou la travailleuse soit en congé maladie –, il suffit qu'il ou elle doive recevoir des soins médicaux liés à une maladie grave. Cette situation pose le problème des absences qui empêchent de travailler, non en raison d'un traitement médical nécessaire mais des limitations entraînées par la maladie. Selon les deux confédérations, la loi n° 3/2012 exige qu'il s'agisse d'un traitement médical, mais elle n'admet pas une simple absence due aux limitations physiques ou psychologiques du travailleur ou de la travailleuse.
- b) En ce qui concerne la classification des maladies prévues dans la loi n° 3/2012, seuls sont reconnus le cancer ou les maladies graves. Ce point pose aussi un problème étant donné qu'un grave souci de santé n'est pas un motif suffisant: il doit découler d'une maladie, ce qui élimine les cas dus à un accident non professionnel. Cela n'est pas raisonnable.

83. De plus, les deux confédérations indiquent que de nouvelles difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit de qualifier une maladie de «grave», terme qui oblige à éliminer des pathologies qui ont une incidence limitée sur la santé. Or cette disposition ne permet pas de fixer le niveau à partir duquel on considère que l'affection est assez grave pour être exclue du calcul de l'absentéisme. La gravité de la maladie devrait être évaluée tant en fonction de l'affection qu'elle entraîne que de l'évolution attendue de l'affection après l'application des soins médicaux correspondants. Sa gravité devrait être logiquement évaluée une fois connus les résultats des soins médicaux et sans que la nouvelle réglementation n'impose d'évaluer le degré de nécessité d'un traitement médical. En ce qui concerne le cancer, la loi n° 3/2012 a rendu automatique l'évaluation de cette maladie grave dans tous les cas, si bien qu'une fois le diagnostic posé toutes les absences motivées, y compris bien sûr les absences antérieures au diagnostic, mais qui ont conduit à consulter un médecin pour obtenir un diagnostic, ne sont pas prises en compte.

84. Les deux confédérations se disent préoccupées par la situation créée par la réforme du marché du travail, qui limite le droit à la vie privée du travailleur puisque l'entreprise prend connaissance du diagnostic des affections du travailleur ou de la travailleuse, y compris l'éventuel diagnostic d'un cancer ou d'une autre maladie grave.

85. Les deux confédérations rappellent que la Déclaration de Philadelphie de 1944 dispose que «le travail n'est pas une marchandise» et qu'il faut mener «la lutte contre le besoin», d'où «l'obligation solennelle» de promouvoir «l'extension des mesures de sécurité sociale» et d'assurer une «protection adéquate de la vie et de la santé des travailleurs dans toutes les occupations». De plus, dans son Préambule, la Constitution de l'Organisation dénonce les conditions de travail qui impliquent «l'injustice, la misère et les privations» pour un grand nombre de travailleurs et, parmi les objectifs de l'Organisation, y est énoncée l'amélioration urgente de ces conditions, notamment en veillant à «la protection des travailleurs contre les maladies générales ou professionnelles et les accidents résultant du travail».

86. Les deux confédérations indiquent qu'à son article 6 la convention n° 158 donne un rang normatif à l'obligation pour les pays qui l'ont ratifiée de protéger les travailleurs contre la maladie non seulement en leur assurant assistance médicale et protection sociale en cas d'absence du travail, mais aussi en les protégeant contre l'employeur qui, sitôt qu'un travailleur devient moins utile parce qu'il s'absente du travail en raison d'une maladie ou d'un accident non professionnels, peut décider arbitrairement, obéissant à son simple intérêt économique, de se passer du travailleur en le licenciant.

- 87.** Selon les deux confédérations, la commission d'experts a partagé cette préoccupation en expliquant que l'objectif de l'article 6 de la convention est de «protéger l'emploi du travailleur à un moment où, pour des raisons de force majeure, il est dans l'impossibilité de s'acquitter de ses obligations»⁸. La convention n° 158 ne définit pas la notion d'absence temporaire mais veut dire que l'absence temporaire du travail pour cause de maladie doit avoir une durée raisonnable, justifiée par un certificat médical et qu'elle «devrait être telle qu'elle reste compatible avec l'objectif visé par l'article qui est de protéger l'emploi» et le travailleur malade⁹. Dans différents pays, l'absence temporaire pour cause de maladie peut se situer dans une fourchette allant de quelques mois à plusieurs années, de nombreux pays ayant adopté une durée de six mois. Elle se traduit généralement par une suspension pendant une durée déterminée du contrat de travail (avec le maintien des prestations de l'employeur ou une prise en charge partielle ou totale des prestations de sécurité sociale) et par l'interdiction de licencier pendant cette période ou une autre période prescrite.
- 88.** Selon les deux confédérations, l'article 6, paragraphe 2, de la convention n° 158 permet de définir, dans la législation ou la pratique nationales, ce qu'est une absence temporaire (pour la différencier d'une absence permanente) ou de requérir éventuellement un certificat médical ou de prévoir des limitations dans l'application du paragraphe 1. La législation nationale ne peut pas concevoir l'absence temporaire comme l'autorisation de déroger totalement aux prescriptions de l'article 6. Elle devrait seulement moduler sa portée dans certains cas, par exemple lorsque la fréquence des absences met en évidence le manque de capacité du travailleur. La législation espagnole a réglementé par le passé les effets successifs d'une absence du travail de plus de six mois ou de plus de 18 mois, mais toujours sous l'angle de l'incapacité de travail.
- 89.** Les deux confédérations réaffirment que le décret-loi royal n° 3/2012 a permis de considérer la maladie comme un motif valable de licenciement. Pour appliquer la convention n° 158, il aurait fallu se focaliser sur la maladie du travailleur et non sur le fardeau pour l'employeur, ou sur l'incapacité du travailleur, laquelle justifie le licenciement. Les deux confédérations réfutent l'idée selon laquelle la durée de l'absence – neuf jours au cours de deux mois en moyenne – constitue un déséquilibre économique pour l'employeur, sans prendre en compte la culpabilité ou non du travailleur, son ancienneté ou sa carrière professionnelle. Il n'est conforme ni aux valeurs et principes de l'Organisation ni aux dispositions de l'article 6 de la convention n° 158 de pouvoir justifier, sur la base de la réforme introduite par la loi n° 3/2012, un licenciement dû simplement et directement au fait que le travailleur ou la travailleuse est malade.
- 90.** Dans leur communication de mai 2013, les deux confédérations dénoncent à nouveau la modification, en vertu de la réforme du marché du travail de 2012, de l'article 52 d) de la Charte des travailleurs, laquelle a pour effet de dissocier, d'un côté, les absences individuelles du travailleur et, de l'autre, l'absentéisme global dans l'entreprise. Avec la formulation antérieure, l'employeur ne pouvait pas licencier le travailleur «pour des absences du travail, même justifiées» quand le taux d'absentéisme total des effectifs sur le lieu de travail ne dépassait pas 5 pour cent pendant les mêmes périodes. Cette condition liait le licenciement individuel aux conséquences négatives qu'un certain niveau d'absentéisme sur le lieu de travail avait pour l'entreprise, et on la justifiait par le coût économique de ce comportement global. De plus, elle restreignait énormément la capacité de l'employeur de licencier pour ce motif parce que le licenciement n'était pas fondé exclusivement sur les absences du travailleur, considéré individuellement, et qu'il fallait prendre en compte l'absentéisme global. La suppression de cette condition, qui n'était ni

⁸ BIT: *Protection contre le licenciement injustifié*, op. cit., paragr. 137.

⁹ *Ibid.*

accessoire ni insignifiante, fait que le contenu de ce principe change considérablement au point de conférer à l'employeur des facultés qu'il n'avait pas auparavant. Par conséquent, la possibilité de compter les absences justifiées pour maladie, y compris celles de moins de vingt jours certifiées pourtant par les services médicaux officiels, revêt aujourd'hui une toute autre importance et doit être examinée sous un autre angle car elle devient maintenant un motif suffisant pour justifier le licenciement, ce qui contrevient aux dispositions de l'article 6, paragraphe 1, de la convention n° 158.

Impact de la réforme du marché du travail de 2012

91. Dans une communication reçue en mai 2013, les deux confédérations présentent des informations complémentaires, notamment une évaluation de l'impact de la réforme du marché du travail de 2012, plus d'un an après son imposition par le gouvernement. Les deux confédérations renvoient au Programme national de réformes de l'Espagne pour 2013 (PNR-2013), que le gouvernement a présenté aux institutions européennes, dans lequel on reconnaît *«qu'il est essentiel de contrôler le degré d'application de la réforme et d'en évaluer l'incidence, afin de savoir si elle atteint les objectifs recherchés»*. Le gouvernement a annoncé *«l'élaboration de nouveaux indicateurs de suivi (au moyen des statistiques sur le nombre d'entreprises qui choisissent de ne plus être liées par les dispositions d'une convention collective ou des améliorations apportées aux données statistiques sur les conventions collectives), l'amélioration des statistiques sur l'emploi et le suivi de la jurisprudence des tribunaux en ce qui concerne leurs décisions relatives à la réforme du marché du travail, afin de corriger les problèmes à un stade précoce. C'est pourquoi, en 2013, le suivi de la réforme se poursuivra par l'intermédiaire des commissions et des groupes constitués à cet effet, et un premier rapport d'évaluation des effets de la réforme pendant la première année de sa mise en œuvre sera publié lorsque les données de l'Enquête sur la population active (EPA) pour le premier trimestre de 2013 auront été analysées (CSR 5.1.5). Le rapport d'évaluation analyse l'impact de la réforme sur les principaux indicateurs du marché du travail, la création d'emplois, la baisse du taux de chômage et le taux d'emploi temporaire, et les données seront vérifiées avant juillet 2013 par un organisme indépendant renommé. Ce rapport aidera à définir les mesures à prendre à l'avenir dans ce domaine.»*
92. Les deux confédérations rappellent que les objectifs recherchés de la réforme du marché du travail de 2012 étaient *«d'établir un cadre clair pour faciliter la gestion efficace des relations professionnelles et la création d'emplois, ainsi que la stabilité dans l'emploi dont notre pays a besoin»*. La flexisécurité étant l'objectif, il a été affirmé que les mesures prises en vertu de la réforme du marché du travail visent à favoriser l'employabilité des travailleurs, le recrutement à durée indéterminée et d'autres formes d'emploi, en s'attachant particulièrement à promouvoir le recrutement dans les PME et celui de jeunes, à encourager la flexisécurité au sein de l'entreprise en tant qu'alternative à la suppression d'emplois, à favoriser l'efficacité du marché du travail pour réduire la dualité du marché du travail, grâce à des mesures concernant principalement la résiliation de contrats de travail.
93. Pour vérifier le degré de réalisation de ces objectifs, les deux confédérations présentent leur analyse des données existantes pour le premier trimestre de 2013 de l'EPA (publiée le 25 avril 2013 par l'Institut national de statistique). Selon l'EPA, le nombre de personnes ayant un emploi a diminué depuis le commencement de la réforme du marché du travail (premier trimestre de 2012).
- *En un an, le nombre de personnes ayant un emploi a diminué de 5 pour cent; entre le premier trimestre de 2012 et le premier trimestre de 2013, il a baissé de 800 000.*

- En ce qui concerne le chômage, selon l'EPA, *le nombre de chômeurs continue d'augmenter chaque trimestre – plus 10 pour cent* entre le début de 2012 et le début de 2013, de sorte que le taux de chômage a atteint un niveau record en Espagne et touche déjà 27 pour cent de la population active.

94. En ce qui concerne le recrutement, selon les statistiques concernant tous les types de contrats (à l'exception du nouveau contrat à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs sur lequel des indications sont données plus loin) publiées par le Service public national pour l'emploi (SEPE), les deux confédérations observent que:

- **En mars 2012 - mars 2013** (par rapport à mars 2011 - mars 2012), **le recrutement a baissé de 3,1 pour cent**, les contrats initiaux de 3,4 pour cent, et les contrats temporaires de 4,2 pour cent (tâches déterminées, travailleurs occasionnels, intérimaires et stagiaires). Le nombre de contrats visant à remplacer les départs à la retraite et de contrats de formation s'est accru. Celui des contrats initiaux à durée indéterminée a augmenté de 14,6 pour cent.
- Les contrats visant à promouvoir l'engagement à durée indéterminée ont *nominativement* disparu avec la réforme. En réalité, tous les contrats ordinaires à durée indéterminée présentent désormais les caractéristiques de ce contrat (avec des indemnités de licenciement moindres). Les transformations en contrats à durée indéterminée ont augmenté de 8,8 pour cent, tandis que le recrutement de personnes handicapées a baissé (de 10,3 pour cent pour le recrutement à durée indéterminée et de 3,9 pour cent pour le recrutement temporaire).
- Il n'y a pas de données ventilées concernant le nouveau contrat à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs, données qui sont incluses dans celles portant sur les contrats ordinaires à durée indéterminée; il est donc impossible de savoir combien il y a de contrats de ce nouveau type.
- Selon les rares informations disponibles, entre février et mai 2013, 30 400 contrats de ce type avaient été conclus, soit 14,1 pour cent de l'ensemble des contrats ordinaires à durée indéterminée (qui incluent les nouveaux contrats à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs); en août, les chiffres cumulés étaient de 50 232 contrats (13,9 pour cent des contrats ordinaires à durée indéterminée) et de 77 260 en décembre (12,2 pour cent de l'ensemble des contrats à durée indéterminée). On constate une tendance à la baisse de ce pourcentage.
- En 2012, 82 pour cent de ces nouveaux contrats signés n'étaient pas assortis d'incitations fiscales. Selon les deux confédérations, les entreprises qui concluent ce type de contrats *préfèreraient bénéficier de la période d'essai d'un an plutôt que d'être tenues de maintenir le poste de travail pendant trois ans*.
- **L'effet de substitution du nouveau type de contrat** de soutien aux entrepreneurs sur les contrats temporaires (stages, tâches déterminées, formation, etc.) **se traduit par une baisse du nombre d'engagements temporaires**. Par exemple, les contrats de stage ont baissé de 18,4 pour cent en mars 2012 - mars 2013 par rapport à la précédente période.
- Se fondant sur les rares données périodiques disponibles au sujet **des nouveaux contrats de soutien aux entrepreneurs** (on ne connaît pas leur nombre exact et détaillé par mois, pas plus qu'il n'y a d'informations périodiques sur les contrats qui bénéficient d'exonérations ou d'avantages fiscaux), **les deux confédérations indiquent qu'ils ont été peu utilisés pendant la période à l'examen**:
 - ils représentent 0,6 pour cent seulement de l'ensemble des *contrats* conclus;

- 7,6 pour cent de l'ensemble des *contrats à durée indéterminée*;
 - 12,2 pour cent des *contrats ordinaires à durée indéterminée* (catégorie dont ils relèvent);
 - tout au long de la période à l'examen, on note une baisse du recours à ce type de contrat qui bénéficie de mesures d'encouragement.
- En ce qui concerne les recrutements temporaires, ils représentent encore environ 90 pour cent de l'ensemble des recrutements et, malgré la destruction d'emplois et la baisse du nombre de recrutements, le **taux d'emploi temporaire est de 22,1 pour cent**.

95. Les deux confédérations estiment que **la réforme du marché du travail a favorisé le recours aux licenciements alors qu'en théorie elle était destinée à favoriser d'autres formes de flexibilisation face à la crise**, comme la suspension temporaire du travail ou la réduction du temps de travail, lesquelles se sont également accrues. Les deux confédérations font une analyse des flux de sortie de l'emploi et affirment par ailleurs que les travailleurs sous contrats à durée indéterminée licenciés en 2012 avaient une ancienneté beaucoup plus longue que ceux licenciés les années précédentes, ce qui est directement lié à la diminution du coût du licenciement. Alors que l'ancienneté moyenne d'un travailleur sous contrat à durée indéterminée licencié était de 66 mois en 2009, de 69 mois en 2010 et de pratiquement 74 mois en 2011, au quatrième trimestre de 2012, elle était de presque 80 mois (79,8 mois).

96. Entre janvier 2012 et février 2013, **le nombre de plans de régulation de l'emploi**, appelés aujourd'hui procédures de licenciement collectif, **a augmenté de 22 pour cent**. Les plans *non négociés* ont augmenté de 78 pour cent (leur proportion est passée de 5 pour cent en janvier 2012 à 7 pour cent en février 2012) et les plans *négociés* de 19 pour cent seulement, ce qui est manifestement dû à la réforme qui a supprimé l'obligation d'obtenir une autorisation administrative. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme, le nombre de plans qui ont été présentés s'est considérablement accru. En janvier 2013, **le nombre de plans qui ont été traités a augmenté de 32 pour cent par rapport à janvier 2012**.

97. Si l'on examine les données sur les inscriptions de bénéficiaires de **prestations contributives**¹⁰, **ventilées selon le motif donnant droit aux prestations**, même s'il s'agit d'informations qui ne recouvrent pas toutes les informations puisqu'une bonne partie des inscriptions concernent l'allocation de chômage ou les aides sociales (non contributives), on voit quelle est la tendance depuis l'entrée en vigueur de la réforme du marché du travail. D'après l'analyse mensuelle de ces inscriptions dans le système de prestations contributives en 2012, on observe deux phénomènes depuis la réforme du marché du travail: d'une part, de février 2012 à février 2013, le nombre des premières inscriptions de bénéficiaires de prestations contributives a augmenté dans les différents cas suivants:

- dans les cas de *résiliation volontaire*: la principale cause de cet accroissement est la *modification des conditions de travail* et, dans une moindre mesure, la *mobilité géographique*;
- dans les cas de *licenciement pour causes objectives*;

¹⁰ Informations du SEPE sur la base de celles fournies par les travailleurs ayant droit à l'allocation de chômage, à qui il est demandé le motif de leur licenciement pour qu'ils puissent percevoir leur allocation. Même si ces informations ne permettent pas de mesurer exactement les niveaux de licenciement, les travailleurs licenciés n'ayant pas tous droit à l'allocation de chômage, elles indiquent la tendance et l'importance de chaque moyen utilisé pour résilier le contrat.

- dans les cas qui découlent de licenciements collectifs, principalement les situations de réduction du temps de travail.

Les plus fortes augmentations se produisent dans le nombre des résiliations volontaires (plus 77 pour cent), des plans de régulation de l'emploi ou de licenciements collectifs (plus 62,2 pour cent) et de licenciements pour causes objectives (plus 49,2 pour cent). Par ailleurs, quant **aux licenciements individuels**, on constate une augmentation du nombre de conciliations à la suite d'une entente, ce qui montre l'incertitude que représente pour un travailleur le fait de saisir la justice dans un cadre législatif qui facilite la décision de l'employeur de licencier.

- 98.** Les deux confédérations soulignent le grand nombre de **conflits du travail** qui ressort des données publiées par le ministère de l'Emploi et de la Sécurité sociale: en 2012, **les conflits sous la forme de grèves se sont considérablement intensifiés**, tant leur nombre (presque 13 pour cent de plus qu'en 2011) que leur impact sur le travail et l'économie (plus 45,9 pour cent de grévistes et plus 16,6 pour cent de journées non travaillées). Il y a eu aussi **une augmentation du nombre des conflits soumis par les parties aux procédures de règlement autonome** gérées par le Service interconfédéral de médiation et d'arbitrage (SIMA), mécanismes fondés sur l'autonomie collective, soit plus 43 pour cent par rapport aux données de 2011.
- 99.** Les deux confédérations soulignent que le nombre des actions menées à bien par **l'inspection du travail et de la sécurité sociale**, selon les informations de cette dernière, s'est accru en 2012 de 5 pour cent par rapport à l'année précédente.
- 100.** Les deux confédérations indiquent aussi que le volume **des cas traités et tranchés par les juges de première instance et les tribunaux** de l'ordre juridictionnel social a augmenté, en 2012, de 6 pour cent par rapport à 2011, les chiffres étant supérieurs à ceux de 2009, année qui avait enregistré alors la plus forte augmentation. Le nombre de conflits individuels a augmenté de 5 pour cent par rapport à 2011 et ceux relatifs à des licenciements de 10 pour cent.
- 101.** Les deux confédérations indiquent que la justice s'est prononcée sur des aspects importants de la réforme du marché du travail de 2012¹¹. Les premières décisions judiciaires sur les licenciements collectifs ont déclaré **la nullité des licenciements, essentiellement parce que les employeurs n'avaient pas respecté** la procédure de consultation qu'ils doivent mener avec les représentants des travailleurs (une réglementation du licenciement aussi souple que celle introduite par la réforme du marché du travail a, sans doute, laissé penser à une part importante des employeurs espagnols qu'il n'était même pas nécessaire de respecter les procédures prévues par la loi), mais beaucoup de décisions judiciaires ont confirmé que les motifs allégués étaient fondés (motifs économiques, techniques, d'organisation ou de production) et déclaré le licenciement conforme au droit, étant donné la capacité de décision maximale des employeurs qu'a instituée la réforme du marché du travail dans ce domaine, au détriment des droits des travailleurs, ce qui a motivé la présente réclamation pour violation de la convention n° 158.
- 102.** **Pour résumer, les deux confédérations affirment que la réforme du marché du travail n'a ni créé d'emplois ni permis de freiner leur destruction. Hausse du chômage, facilitation du licenciement individuel et collectif, dégradation des conditions de**

¹¹ Décisions de la Chambre des affaires sociales de l'*Audiencia Nacional* (voir définition au paragr. 145) des tribunaux supérieurs de justice de plusieurs communautés autonomes, et l'arrêt récent de la Cour suprême du 13 mars 2013, qui a confirmé l'arrêt du Tribunal supérieur de justice de Madrid du 30 mai 2012.

travail de l'ensemble des travailleurs, accroissement du nombre de conflits du travail et judiciarisation des relations professionnelles, tels sont ses résultats¹².

Actions de recours en inconstitutionnalité

- 103.** Dans leur communication de mai 2013, les deux confédérations indiquent que n'a pas encore été tranché le recours en inconstitutionnalité présenté par le groupe parlementaire socialiste et celui de la gauche plurielle contre divers aspects de la réforme du marché du travail, dont certains font l'objet de la présente réclamation. La Cour constitutionnelle a déclaré ce recours recevable.
- 104.** Les deux confédérations soulignent dans leurs communications de mai 2013 et 2014 qu'il faudra plusieurs années à la Cour constitutionnelle pour se prononcer sur ces recours. Elles insistent pour obtenir que l'Organisation internationale du Travail se prononce à ce sujet afin de pouvoir constater que la réglementation actuellement en vigueur ne garantit pas dûment la réalisation des engagements internationaux pris par l'Espagne.

Observations du gouvernement

Contexte de la réforme du marché du travail
entreprise en 2012

- 105.** Dans sa communication de décembre 2012, le gouvernement indique que la crise économique sans précédent que l'Espagne traverse depuis 2008 a révélé les faiblesses des institutions du marché du travail. Selon les données recueillies dans le cadre de l'EPA, au moment où le décret-loi royal n° 3/2012 était approuvé, 5 273 600 personnes étaient au chômage après une augmentation de 295 300 personnes au dernier trimestre de 2011, ce qui représentait 577 000 chômeurs de plus par rapport au dernier trimestre de 2010. A la même période, le taux de chômage s'établissait à 22,85 pour cent, en hausse de 1,33 point par rapport au troisième trimestre de 2011.
- 106.** Le gouvernement précise que, depuis le début de la crise, plus de 3,2 millions de postes de travail ont été supprimés, à raison de près de 100 000 postes par mois au cours du dernier trimestre de 2011. A la fin de cette année-là, on a dépassé la barre fatidique d'un million et demi de familles dont tous les membres actifs étaient au chômage. Entre le premier trimestre de 2008 et le dernier trimestre de 2011, l'Espagne a perdu 11 pour cent de ses emplois, contre 2,5 pour cent dans la zone euro. La crise a frappé tous les pays d'Europe avec plus ou moins d'intensité, mais l'Espagne a détruit plus vite un plus grand nombre d'emplois que les principales économies européennes.
- 107.** D'après le gouvernement, la crise a montré qu'en Espagne l'emploi revêt un caractère extrêmement saisonnier par rapport au cycle économique, ce qui est inhabituel dans les pays développés. Depuis le déclenchement de la crise, et contrairement à ce qui s'est produit dans d'autres pays européens, les entreprises espagnoles ont eu le plus souvent recours au licenciement plutôt qu'à des mesures de flexibilité interne. Ce choix n'est dû ni à un hasard, ni à un caprice: il traduit les faiblesses du marché du travail espagnol, d'un côté entravé par un fort taux d'emploi temporaire – avec un investissement moindre dans la formation et de plus fortes chances d'être licencié pour le travailleur – et, d'un autre

¹² Le Conseil économique et social de l'Etat du Royaume d'Espagne, à sa session plénière du 29 mai 2013, a approuvé le rapport de 2012 sur la situation socio-économique et du travail. Les informations jointes à la présente communication d'allégations sont étayées par les données figurant au chapitre II de ce rapport intitulé «*Mercado de Trabajo, Políticas de Empleo y Relaciones Laborales*» (Marché du travail, politiques de l'emploi et relations professionnelles).

côté, doté d'un cadre juridique qui ne favorise pas suffisamment les mécanismes de flexibilité interne et de négociation collective, lesquels laisseraient aux entreprises une meilleure marge de manœuvre pour adapter les conditions de travail aux changements du système économique et productif. Le marché du travail se caractérise par une très forte dualité avec, d'une part, de nombreux travailleurs sous contrat de travail à durée indéterminée, qui bénéficient généralement d'augmentations de salaires négociées collectivement (parfois supérieures aux gains de productivité et au taux d'inflation) et d'une protection appréciable contre le licenciement; et, d'autre part, un grand groupe de travailleurs sous contrat temporaire qui ne bénéficient pas de la même protection face au licenciement et qui constituent le principal mécanisme d'ajustement des entreprises.

- 108.** Le gouvernement indique que la situation antérieure était manifestement défavorable sur le plan de l'équité et qu'elle a causé une détérioration particulièrement grave du marché du travail pour les jeunes. Il souligne que ce n'est pas par hasard que 27 pour cent des emplois perdus au dernier trimestre de 2011, en variation interannuelle, concernent les travailleurs de moins de 25 ans et que, si l'on tient compte des travailleurs âgés de 25 à 29 ans, cela représente plus de 50 pour cent des pertes. Plus de 82,3 pour cent des jeunes qui travaillent occupent un emploi temporaire sans l'avoir souhaité. Les premières personnes à être licenciées sont celles qui ont été embauchées sous contrat temporaire et, parmi les personnes au bénéfice d'un contrat à durée indéterminée, ce sont très probablement aussi les jeunes travailleurs qui sont licenciés en premier. Le gouvernement indique que cette situation n'est pas due à une productivité plus faible des jeunes, mais simplement au fait qu'ils sont les derniers arrivés dans l'entreprise et que, par conséquent, leur licenciement revient moins cher. La dualité du marché est si forte que l'entreprise, plutôt que de licencier le travailleur qui contribue le moins au projet de l'entreprise, préfère se séparer de celui qui coûte le moins en indemnités de départ. Il en résulte qu'à la fin de 2011 près d'un jeune actif sur deux se trouvait sans emploi.
- 109.** Le gouvernement dit que la réforme du marché du travail entreprise en 2012 vise uniquement à créer les conditions propices à une amélioration rapide de la situation qui vient d'être décrite. Le premier but de la réforme est d'augmenter la flexibilité interne des entreprises de sorte que, en cas de changements ou de difficultés, celles-ci puissent s'adapter aux nouvelles circonstances, l'objectif étant de maintenir l'emploi plutôt que de licencier. L'autre but recherché est de mettre en place les moyens d'éliminer la dualité qui caractérise le marché du travail en misant résolument sur le contrat à durée indéterminée.
- 110.** Le gouvernement déclare que la réforme du marché du travail a reçu un accueil favorable de la part des institutions internationales. Il mentionne à cet égard un rapport sur l'Espagne du Fonds monétaire international, daté du 27 juillet 2012, dans lequel il est dit que:

En ce qui concerne la politique du marché du travail, il a été entrepris en février une réforme en profondeur qui prévoit des mesures visant à atténuer la dualité du marché (réduction des coûts de licenciement des travailleurs au bénéfice d'un contrat permanent, en cas de licenciement injustifié) et la rigidité des salaires, et à augmenter la flexibilité interne des entreprises (en privilégiant les conventions négociées au niveau de l'entreprise par rapport aux conventions collectives de portée plus large).

Les administrateurs ont souligné qu'il était urgent de poursuivre les progrès dans les domaines de la compétitivité et de l'emploi, compte tenu du niveau élevé de chômage, en particulier chez les jeunes. Ils se sont félicités des mesures prises récemment concernant le marché du travail qui visent, d'une part, à atténuer la dualité de ce dernier et la rigidité des salaires et, d'autre part, à augmenter la flexibilité interne des entreprises. Ces efforts devraient être complétés par des mesures supplémentaires visant à améliorer les marchés de produits et de services ainsi que le cadre d'activité des entreprises. De manière plus générale, les administrateurs ont appelé à la mise en œuvre rapide du programme de réforme structurelle établi par le gouvernement.

111. Le gouvernement évoque par ailleurs un projet de conclusions, établi en vue de l'élaboration de l'étude économique de l'OCDE consacrée à l'Espagne, qui indiquait que la réforme du marché du travail de 2012 avait marqué un progrès considérable s'agissant de la clarification des motifs du licenciement, de la diminution des indemnités de licenciement ou de la facilité accrue avec laquelle les entreprises pouvaient adapter les salaires et le temps de travail aux fluctuations de la conjoncture économique.

Fixation d'une période d'essai d'un an dans le nouveau type de contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs

112. Dans les observations qu'il a présentées en décembre 2012, le gouvernement indique que la convention n° 158 contient, à l'article 2, des dispositions qui permettent, dans des cas très concrets, de moduler les règles régissant les motifs de la rupture du contrat de travail, ou d'y déroger. Le gouvernement se réfère au texte intégral de l'article 4 de la loi n° 3/2012 qui établit le «contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs (CAE)»¹³.
113. Par ailleurs, le gouvernement relève que, selon la neuvième disposition transitoire de la loi n° 3/2012, ce type de contrat sera appliqué «jusqu'à ce que le taux de chômage dans notre pays passe au-dessous de 15 pour cent», un élément fondamental pour examiner la pleine conformité de ce contrat avec la convention n° 158. Dans sa communication d'août 2013, le gouvernement insiste sur le caractère transitoire de ce nouveau type de contrat.
114. Le gouvernement soutient qu'il convient de nuancer l'importance des décisions de la Cour suprême mentionnées par les deux confédérations. Il reconnaît que la cour a jugé que les dispositions d'accords collectifs prévoyant des périodes d'essai de deux ans et d'un an étaient abusives et donc frappées de nullité. Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée de la jurisprudence établie par les décisions du 12 novembre 2007 et du 20 juillet 2011 de la justice ordinaire. Selon le gouvernement, ces deux décisions offrent une conception restreinte de la raison d'être d'une période d'essai dont l'utilité serait limitée à «rendre possible une connaissance réciproque des parties au contrat, de sorte que l'employeur puisse évaluer le comportement du travailleur et examiner s'il convient de maintenir le lien contractuel établi». Le gouvernement affirme que la période d'essai prévue dans le CAE remplit des fonctions plus étendues.
115. A cet égard, le gouvernement indique que la convention n° 158 prévoit la possibilité d'exceptions à l'obligation de motiver le licenciement, en évoquant concrètement le cas des travailleurs qui effectuent une période d'essai, même si elle établit que cette période doit satisfaire à deux conditions fixées par l'article 2, paragraphe 2 b), à savoir que sa durée doit être fixée d'avance et qu'elle doit être raisonnable. Dans ses communications de décembre 2012 et d'août 2013, le gouvernement insiste, sur le fait que **la convention n° 158 ne définit pas la notion de «durée raisonnable»** appliquée à la période d'essai que les travailleurs doivent effectuer, **de sorte qu'il appartient à chaque pays de déterminer les périodes considérées comme raisonnables**, à condition que cela soit fait en toute bonne foi.
116. Le gouvernement fait référence à la décision du Conseil d'administration du BIT dans le cadre de l'adoption du rapport du comité tripartite chargé d'examiner la réclamation qui avait été présentée par une confédération syndicale française alléguant l'inexécution par la France de la convention n° 158, article 2, paragraphe 2 b), concernant l'instauration dans ce pays, en août 2005, d'un type de contrat dénommé «contrat nouvelles embauches»

¹³ Le texte de l'article 4 de la loi n° 3/2012 est reproduit dans l'annexe du présent document.

(CNE). Le gouvernement rappelle que la caractéristique principale du CNE était que, durant les deux premières années, celui-ci pouvait être résilié par l'une quelconque des parties sans qu'il soit nécessaire de fournir un motif quel qu'il soit, ni de remplir les formalités propres à un licenciement. A cette occasion, le gouvernement français avait avancé comme argument que la période de deux ans «[était] une période spécifique dite de consolidation de l'emploi, qui permet[tait] notamment à un employeur de mesurer la viabilité économique et les perspectives de développement de son entreprise»¹⁴.

- 117.** Le gouvernement renvoie dans ses communications au paragraphe 71 du rapport du comité tripartite qui contient expressément la conclusion suivante:

[...] les considérations politiques sous-jacentes visées ci-dessus, ainsi que les mesures prises pour compenser l'exclusion de la protection ou en limiter le champ peuvent aider à justifier la relative longueur de la période d'exclusion. La principale préoccupation doit cependant être de s'assurer que la durée de l'exclusion des avantages de la convention se limite à ce qui peut raisonnablement être considéré comme nécessaire à la lumière des objectifs pour lesquels la période d'ancienneté a été fixée, à savoir «en particulier [permettre] à l'employeur de mesurer la viabilité économique et les perspectives de développement de son entreprise» et permettre aux travailleurs concernés d'acquérir des qualifications ou de l'expérience. Le comité note que la durée normalement considérée comme raisonnable de la période d'ancienneté requise n'excède pas six mois en France. Il pourrait ne pas exclure la possibilité qu'une période plus longue se justifie pour permettre aux employeurs de mesurer la viabilité économique et les perspectives de développement, mais se trouve dans l'incapacité de conclure, sur la base des circonstances apparemment prises en compte par le gouvernement pour déterminer cette durée, qu'une période d'une durée aussi longue que deux ans soit raisonnable (mots soulignés par le gouvernement de l'Espagne).

- 118.** Le gouvernement souligne l'importance de ce raisonnement du comité tripartite qui, d'après lui, ne rejette pas complètement la possibilité de fixer une période d'essai supérieure à six mois, mais qui dit seulement que la validité de cette dernière dépendrait de l'existence d'une justification suffisante pour rendre sa durée raisonnable. Selon le gouvernement, le comité tripartite a admis qu'une période d'essai raisonnable n'était pas seulement celle dont la durée était plus ou moins longue mais aussi celle dont le caractère raisonnable était lié à des considérations politiques ainsi qu'aux autres caractéristiques du type de contrat visé, ce qui pouvait justifier sa longueur.
- 119.** En outre, dans sa communication d'août 2013, le gouvernement estime qu'il faut par conséquent tenir compte du fait que le caractère raisonnable de la durée de la période d'essai doit être examiné à la lumière des objectifs attachés à cette période de prestation de travail, de telle sorte que, en marge de l'objectif consistant à vérifier les aptitudes du travailleur, cette période soit l'occasion pour ce dernier d'acquérir des compétences et une expérience professionnelle. La période d'essai doit en outre permettre à l'employeur de vérifier la viabilité économique et les perspectives de développement du projet de son entreprise. Tous ces objectifs doivent s'insérer dans un contexte économique, un cadre d'emploi et une structure d'entreprise définis.
- 120.** Le gouvernement reconnaît que cela peut provoquer une certaine perplexité, comme l'indique l'arrêt n° 1210 du 1^{er} juillet 2008 rendu en France par la Chambre sociale de la Cour de cassation, au vu du fait que la législation nationale prétend favoriser l'emploi par une incitation à la rupture de contrats sans justification, ni compensation pécuniaire. Toutefois, le gouvernement souligne que l'application de l'article 2, paragraphe 2 b), de la convention n° 158 est souple, ainsi qu'il ressort du *document final de la Réunion tripartite*

¹⁴ Voir document GB.300/20/6, paragr. 71, nov. 2007.

*d'experts chargés d'examiner la convention n° 158 et la recommandation n° 166, adoptée par les experts gouvernementaux et travailleurs*¹⁵:

[...]

- 3) la convention n° 158 fournit une base de protection dont doivent bénéficier les travailleurs en cas de cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur et permet une mise en œuvre des principes qu'elle contient par les Etats Membres à travers un éventail de mécanismes, y compris les conventions collectives, les sentences arbitrales ou les décisions judiciaires, ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, ainsi que la législation nationale;
- 4) la convention contient un certain nombre de clauses de flexibilité et prévoit également une certaine souplesse dans sa mise en œuvre, notamment par le biais:
 - a) de l'exclusion de certaines catégories de travailleurs du champ d'application de certaines ou de l'ensemble des dispositions de la convention, soit à tout moment (article 2, paragraphe 2), soit tel qu'indiqué dans le premier rapport devant être soumis dans les deux ans suivant la ratification (article 2, paragraphes 4 et 5);

121. Le gouvernement indique que, même si l'article 2, paragraphe 2 *b*), de la convention fait référence au caractère raisonnable de la durée de la période d'essai, ce concept juridique indéfini doit être concrétisé par la législation nationale, étant entendu que ce sont les tribunaux nationaux qui devront déterminer dans chaque cas l'existence d'une violation de la convention, s'agissant du caractère raisonnable de la période d'essai.

122. Le gouvernement soutient que le CAE est parfaitement conforme à la convention en se fondant sur trois arguments. Premièrement, **dans le cadre du CAE, la période d'essai ne sert pas seulement à vérifier que le travailleur convient pour le poste de travail, mais aussi à évaluer la viabilité de la création du poste et de son maintien.** Dans l'exposé des motifs de la loi n° 3/2012, sont évoquées les mesures visant à encourager l'embauche à durée indéterminée des personnes qui «subissent le plus violemment les conséquences de la crise économique: les jeunes sans-emploi et – pour ce qui est de la question traitée ici – les petites et moyennes entreprises (PME). Seules les entreprises employant moins de 50 travailleurs, qui sont celles qui souffrent le plus des effets de la crise, peuvent utiliser le CAE. L'intention du législateur est confirmée dans l'exposé des motifs de la loi n° 3/2012 selon lequel ces entreprises sont celles qui, «malgré la situation de crise économique, misent sur la création d'emplois». Le mot «miser» est clairement associé au deuxième objectif de la période d'essai, qui est d'évaluer la viabilité de la création du poste de travail et de son maintien.

123. Le gouvernement affirme que la réforme du marché du travail de 2012 a pour but de favoriser l'embauche, ce qui explique que la période d'essai ait un objectif plus large que celui que l'on associerait habituellement à cette période. Dans le cas du CAE, la période d'essai a non seulement pour but la connaissance réciproque des deux parties, mais également de vérifier que le poste de travail est viable sur le plan économique et qu'il peut être maintenu dans le temps, de sorte que le chef d'entreprise puisse disposer d'un délai raisonnable pour confirmer ses perspectives et pour qu'en définitive l'embauche à durée indéterminée soit facilitée. Dans sa communication d'août 2013, le gouvernement insiste sur le fait que ce qui précède prend tout son sens à la lecture de la neuvième disposition transitoire de la loi n° 3/2012, qui établit la nature transitoire du CAE en l'associant à la situation sur le marché du travail et, par extension, à la situation économique en général.

¹⁵ Paragraphe 127 du document TMEE/C.158-R.166/2011/2, rapport final, Réunion tripartite d'experts chargés d'examiner la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, et la recommandation (n° 166) sur le licenciement, 1982 (Genève, 18-21 avril 2011).

124. Deuxièmement, le gouvernement appelle l'attention sur la différence importante qui existe entre le CAE et le contrat «nouvelles embauches» (CNE). Pour éviter un quelconque amalgame entre le CAE espagnol et le CNE français, le gouvernement souligne que, au lieu des deux ans prévus dans le CNE, la loi n° 3/2012 (art. 4, paragr. 3) fixe une période d'essai d'un an pour le CAE. Le législateur espagnol a opté pour une période d'essai «relativement longue» et non «excessivement longue». La période d'un an prévue est plus proche du délai de six mois, considéré comme normalement raisonnable en France, que de la période de deux ans prévue par le contrat «nouvelles embauches», au sujet de laquelle le comité tripartite s'est trouvé dans l'incapacité de conclure qu'elle était d'une durée raisonnable.
125. Troisièmement, le gouvernement insiste sur le fait que le comité tripartite qui a examiné la réclamation concernant le CNE a indiqué dans son rapport que «les considérations politiques sous-jacentes [...] peuvent aider à justifier la relative longueur de la période d'exclusion». Il répète donc que **la période d'essai prévue dans le CAE doit être reliée au but poursuivi par chaque type de contrat dans le cadre de la réforme du marché du travail de 2012**. Celle-ci vise à stimuler l'entrepreneuriat et surtout à favoriser l'emploi par des contrats de durée indéterminée. Selon le gouvernement, le premier objectif est clair et se dégage de la désignation même (*nomen iuris*) du nouveau contrat et des affirmations contenues dans l'exposé des motifs de la loi n° 3/2012: il s'agit d'un contrat qui «vise à faciliter l'embauche de travailleurs par ces entreprises» et qui a pour objet de «favoriser la stabilité de l'emploi» (art. 4, paragr. 1, de la loi n° 3/2012). Le CAE est étroitement lié à la politique de l'emploi tant pour ce qui est de ses principaux destinataires (art. 4 de la loi n° 3/2012, paragr. 1, en ce qui concerne les travailleurs, et paragraphes 6 et 7 en ce qui concerne les entreprises), que s'agissant du caractère transitoire de ce type de contrat, puisque celui-ci ne restera en vigueur que jusqu'à ce que le taux de chômage en Espagne passe au-dessous de 15 pour cent (neuvième disposition transitoire de la loi n° 3/2012).
126. Le gouvernement appelle l'attention sur les subventions et les bonifications dont bénéficient les entreprises qui embauchent un travailleur dans le cadre du CAE. Les paragraphes 4 et 5 de la loi n° 3/2012 prévoient d'importantes incitations fiscales ainsi que des bonifications sur les cotisations de sécurité sociale pendant trois ans (avec, en outre, une augmentation du montant chaque année) pour les entreprises qui embauchent sous ce type de contrat des personnes qui font partie de catégories particulières, mais à la condition que l'employeur maintienne dans l'emploi le travailleur qu'il a engagé pendant au moins trois ans à compter de la date de l'embauche, sous peine de devoir restituer les incitations et bonifications dont il a bénéficié (art. 4, paragr. 7, de la loi n° 3/2012).
127. Dans sa communication d'août 2013, le gouvernement insiste sur les avantages que présente le nouveau type de contrat pour le travailleur (lequel peut, dans certains cas, percevoir en plus de son salaire 25 pour cent de l'allocation de chômage à laquelle il avait droit au moment de son embauche), ou sur le fait que l'employeur doit nécessairement satisfaire à des conditions définies pour pouvoir conclure ce type de contrat (par exemple, outre maintenir pendant trois ans le contrat conclu selon ces modalités, garder pendant la même période le même niveau d'emploi dans l'entreprise). Quant à l'obligation de rétrocession des avantages en cas de non-respect des conditions prescrites par la réglementation, le gouvernement rappelle qu'elle s'applique à n'importe quel type de contrat visant à favoriser l'emploi qui s'accompagne d'aides ou bonifications en matière fiscale ou de sécurité sociale; cette obligation garantit donc la protection du travailleur, le maintien du poste dans l'entreprise, la promotion de l'embauche et le niveau de l'emploi.
128. En réponse à l'argument de fond présenté par les deux confédérations dans le cadre de la réclamation, selon lequel la loi n'a pas d'autre but que d'offrir un moyen caché de procéder à des licenciements sans fournir de motif ni verser d'indemnisation, le gouvernement fait valoir que, pour le CAE, ont été instaurées deux incitations fiscales

destinées aux personnes soumises à l'impôt sur les sociétés et aux contribuables de l'impôt sur le revenu des personnes physiques qui mènent des activités économiques, lesquelles visent à favoriser ce type de contrats. Le paragraphe 7 de l'article 4 de la loi n° 3/2012 (reproduit dans l'annexe) prévoit que, pour bénéficier de ces incitations, l'entreprise **doit maintenir dans l'emploi le travailleur engagé, pendant au moins trois ans à compter de la date de l'embauche.**

- 129.** Le gouvernement indique qu'il existe d'autres dispositions permettant d'éviter le recours abusif au CAE, par exemple: *a)* les travailleurs temporaires engagés auparavant par l'entreprise ne sont pas tenus d'accomplir une période d'essai; *b)* une entreprise ne peut pas conclure de CAE si, dans les six mois précédant la conclusion du contrat, elle a procédé à des licenciements pour des causes objectives qui ont été déclarées irrecevables par une décision de justice, ou à un licenciement collectif – et cela sans préjudice de l'application des dispositions générales de droit commun destinées à lutter contre l'utilisation frauduleuse d'un type de contrat.
- 130.** Le gouvernement ajoute que l'objet de la réforme du marché du travail de 2012 était de créer un nouveau type de contrat de travail à durée indéterminée, auquel seules pourraient avoir recours les entreprises de moins de 50 travailleurs qui, malgré la crise économique, misaient sur la création d'emplois. La différence de durée de la période d'essai, par rapport aux autres formes de contrats, est due à la crise et à l'incertitude engendrée par la situation actuelle.
- 131.** Le gouvernement indique que d'autres pays européens ont pris des mesures similaires mais qu'ils ont opté pour d'autres solutions. Le gouvernement signale que, par la loi n° 92 du 28 juin 2012, l'Italie a pris une série de mesures visant à réformer le marché du travail dans la perspective de la croissance¹⁶. Parmi ces mesures, on peut citer l'introduction d'un nouveau paragraphe *1bis* dans l'article 1 du décret législatif n° 368 du 6 septembre 2001, portant incorporation de la directive n° 1999/70/CE du conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée¹⁷. La nouvelle disposition établit ce qui suit:

1bis. La condition énoncée au paragraphe 1 [obligation de consigner dans le contrat les causes qui le justifient] n'est pas obligatoire dans le cas de la première relation de travail à durée déterminée instaurée, pour une période maximale de douze mois, entre un employeur ou une entreprise utilisatrice [par l'intermédiaire d'une agence de placement temporaire] et un travailleur, en vue de l'accomplissement de tous types de fonctions, que ce soit dans le cadre d'un contrat à durée déterminée ou de la première mission du travailleur au titre d'un contrat de mise à disposition. Les conventions collectives signées entre les organisations de travailleurs et d'employeurs les plus représentatives au niveau national peuvent disposer, directement pour les conventions négociées entre confédérations ou conclues au niveau sectoriel, ou par délégation pour les conventions de niveau inférieur, que la condition énoncée au premier paragraphe [obligation de consigner dans le contrat les causes qui le justifient] n'est pas obligatoire dans les cas où l'embauche à durée déterminée ou le contrat de mise à disposition s'insère dans un processus organisationnel engagé pour les raisons indiquées à l'article 5, paragraphe 3 [commencement d'une nouvelle activité, lancement d'un nouveau produit ou service, adaptation à un changement technologique important, projets de recherche,

¹⁶ Loi n° 92 du 28 juin 2012, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita* (Dispositions en matière de réforme du marché du travail dans une perspective de croissance), *Journal officiel* de la République italienne n° 153 du 3 juillet 2012, supplément ordinaire n° 136.

¹⁷ Décret législatif n° 368 du 6 septembre 2001, *Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES* (mise en œuvre de la directive n° 1999/70/CE concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée), *Journal officiel* de la République italienne n° 235 du 8 octobre 2001.

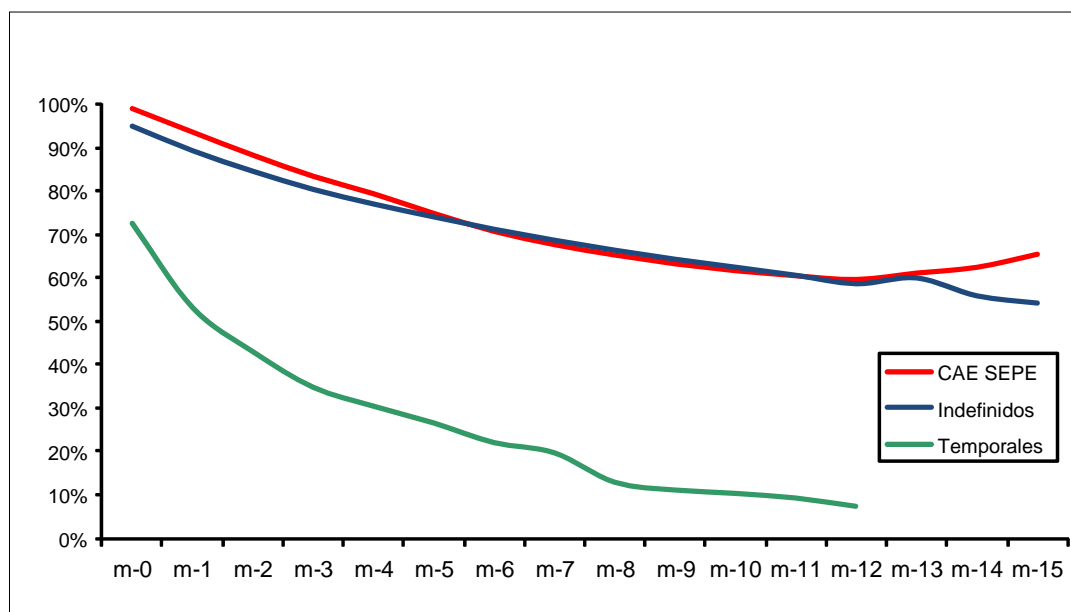
renouvellement d'une commande importante], dans la limite globale de 6 pour cent du nombre total des travailleurs en poste dans l'unité de production.

- 132.** Le gouvernement indique que la réforme lancée en juin 2012 en Italie avait elle aussi pour but de faciliter l'embauche. Toutefois, la disposition susmentionnée suppose, dans la pratique, la suppression de l'obligation de justifier le licenciement dans le cas d'un contrat temporaire lorsqu'il s'agit du premier contrat qu'une entreprise conclut avec un travailleur pour une période maximale de douze mois, et dans les cas où la négociation collective le permet dans des circonstances définies, dans une limite correspondant à un pourcentage du nombre total de travailleurs. A la différence de la voie suivie en Italie, la réforme entreprise en Espagne, si elle a le même objectif, prévoit quant à elle l'instauration d'un nouveau type de contrat de travail à durée indéterminée, assorti d'importantes incitations en matière fiscale et de sécurité sociale.
- 133.** Le gouvernement fait savoir que, entre la date de l'entrée en vigueur de la réforme du marché du travail et le 31 octobre 2012, la signature de 54 541 nouveaux contrats CAE a donné lieu à de nouvelles affiliations au régime de sécurité sociale. Parmi ces contrats, **29 453 contrats concernaient des travailleurs âgés de moins de 30 ans** (54,1 pour cent du total), un chiffre sur lequel le gouvernement appelle particulièrement l'attention étant donné que les jeunes font partie des groupes les plus touchés par la crise économique.
- 134.** Selon le gouvernement, le fait que le terme employé dans la loi n° 3/2012 soit *empresedor* plutôt que *empresario* est une question purement terminologique puisqu'il ressort très clairement de la loi que seules les entreprises de moins de 50 travailleurs peuvent avoir recours au CAE.
- 135.** Dans sa communication d'août 2013, le gouvernement apporte quelques précisions concernant les mesures d'incitation à l'embauche:
- S'agissant des contrats ou des mesures d'incitation, tous les cas envisagés dans la loi n° 3/2012, à l'exception d'un seul, concernent exclusivement l'embauche de jeunes de moins de 30 ans. Dans le cas où cette condition n'est pas remplie, lors de l'embauche réalisée dans le cadre de nouveaux projets de jeunes entrepreneurs, la raison en est que cette limite d'âge ne s'applique pas au travailleur engagé (lequel doit avoir au moins 45 ans), mais à la personne autonome qui l'engage, laquelle doit avoir moins de 30 ans; la mesure d'incitation prévue exige en outre que le contrat ait une durée indéterminée.
 - L'une des nouvelles mesures d'incitation prévues, qui consiste en une réduction de 100 pour cent de la part patronale des cotisations de sécurité sociale pour des risques ordinaires concernant le travailleur embauché, s'adresse exclusivement à des entreprises de très petite taille (neuf travailleurs au maximum) et, ce qui est encore plus important, elle s'applique dans tous les cas à un contrat à durée indéterminée.
 - Dans le cas du premier emploi d'un jeune – qui concerne seulement les jeunes de moins de 30 ans dont l'expérience professionnelle est inexistante ou inférieure à trois mois –, c'est-à-dire un emploi dont l'objet est précisément l'acquisition d'une première expérience professionnelle, le gouvernement souligne que la loi encourage la requalification en un emploi de durée indéterminée en prévoyant, dans ce cas de figure, des réductions des cotisations de sécurité sociale.
- 136.** Le gouvernement répond par ailleurs à la préoccupation exprimée par les deux confédérations au sujet d'un effet possible de rotation des effectifs et de remplacement des travailleurs plus âgés par des personnes plus jeunes qui coûtent moins cher. Le gouvernement se réfère aux dispositions de l'article 4, paragraphe 6, de la loi n° 3/2012

(reproduit dans l'annexe) et ajoute que les données disponibles ne révèlent l'existence d'aucun phénomène de rotation ni de remplacement des travailleurs¹⁸.

- 137.** Le gouvernement répond aussi aux doutes des deux confédérations selon lesquelles, à cause des bonifications et incitations, «les employeurs n'attendront pas un an pour mettre fin» à un CAE. Les deux confédérations avaient indiqué que, compte tenu de la durée d'un an de la période d'essai prévue par la loi n° 3/2012, les travailleurs embauchés sous ce type de contrats seraient congédiés juste avant la fin de cette période pour être remplacés par d'autres travailleurs.
- 138.** D'après l'analyse du gouvernement, les données dont dispose le ministère de l'Emploi et de la Sécurité sociale permettent d'écarter la possibilité que les employeurs résilient le CAE avant la fin de la première année. Si le gouvernement reconnaît qu'il faut être prudent dans l'évaluation de la situation car le nombre des contrats de plus d'un an est encore faible à seulement dix-sept mois de l'entrée en vigueur de la loi, il ressort des analyses réalisées par le ministère que les CAE n'ont pas engendré une forte rotation des travailleurs, et le taux de maintien de ces contrats, une fois passé le délai d'un an à compter de leur signature, est très similaire à celui des contrats à durée indéterminée et, en tout cas, très supérieur à celui des contrats temporaires conclus aux mêmes dates.

Maintien des contrats relevant de l'aide aux entreprises par rapport aux contrats à durée indéterminée et aux contrats temporaires



Source: Ministère de l'Emploi et de la Sécurité sociale, données tirées du registre des contrats du Service public de l'emploi de l'Etat (SEPE) et de l'affiliation à la sécurité sociale.

- 139.** Pour suivre l'évolution des contrats CAE, le gouvernement se fonde sur les affiliations au régime de sécurité sociale découlant des embauches déclarées au Service public de l'emploi de l'Etat (SEPE). Dans un petit nombre de cas, l'affiliation n'est pas effectuée au cours du mois de la déclaration du CAE. Cela peut se produire, par exemple, lorsqu'il s'avère que les conditions à remplir pour l'enregistrement de ce type de contrats ne sont

¹⁸ Le gouvernement signale que les données sur les embauches peuvent être consultées sur la page Web du Service public de l'emploi de l'Etat (SEPE). L'analyse présentée par le gouvernement fait partie du rapport d'évaluation de la réforme du marché du travail qui est élaboré en vertu des dispositions juridiques applicables.

pas réunies. Par ailleurs, pour les contrats qui ont été pris en considération, on a éliminé les incohérences et les erreurs telles que les doublons, les codes erronés ou les dates ne concordant pas avec la période couverte par l'analyse.

140. Le gouvernement explique la méthodologie qui a été appliquée aux fins de l'analyse précédente:

- On a établi le total des affiliations qui découlent des CAE déclarés au SEPE et qui sont rattachées au mois au cours duquel les contrats ont été enregistrés, à compter de février 2013.
- On a vérifié à la fin de chaque mois le maintien de l'affiliation découlant du CAE auprès de la même caisse de sécurité sociale (code de compte de cotisation, selon la terminologie de la sécurité sociale) en s'assurant qu'il n'y ait pas eu entre-temps de désaffiliation.
- On a calculé la moyenne pondérée du maintien dans l'emploi pour chaque mois à compter de la signature du contrat.
- On a comparé les résultats obtenus avec le pourcentage de personnes engagées au cours du même mois de la même année dans le cadre de contrats à durée indéterminée et assortis de caractéristiques similaires (à savoir, des contrats qui n'ont pas été requalifiés au cours du temps et qui sont à temps complet). La taille de l'entreprise ayant embauché les travailleurs n'entre pas en ligne de compte. Sont exclus les contrats concernant des personnes handicapées, des employés de maison et du personnel intermittent, en raison de leurs caractéristiques particulières.
- On a aussi comparé les résultats obtenus avec le pourcentage de personnes engagées au cours du même mois sous contrat temporaire. Le maintien dans l'emploi est calculé comme étant le pourcentage de personnes qui restent affiliées à la sécurité sociale à la fin de chaque mois, par rapport au total des inscrits à la fin du mois de référence (mars 2012 pour les premiers contrats) sous contrat temporaire.

141. Le gouvernement conclut, sur la base de cette analyse préliminaire, que le CAE donne des résultats similaires à ceux d'un contrat à durée indéterminée et non à ceux d'un contrat temporaire. En tout cas, l'analyse montre que, jusqu'à présent:

- 59,4 pour cent des CAE conclus il y a plus de douze mois ont été maintenus. Ce niveau est semblable à celui des autres contrats qui étaient initialement à durée indéterminée et à temps complet et qui ont été signés au même moment (58 pour cent).
- A mesure que les CAE conclus pendant l'été atteindront douze mois, la moyenne de maintien dans l'emploi risque de baisser légèrement, mais devrait rester proche des niveaux actuels. Le taux de maintien qui a été observé est différent pour les contrats signés à différents mois de l'année et, en particulier, il est plus faible pour les contrats conclus durant les mois du printemps et de l'été, comme on peut le constater à la lecture du tableau. Ce phénomène explique par ailleurs pourquoi les courbes de maintien dans l'emploi se redressent à partir du douzième mois. Il s'agit d'un effet de «composition»: ce sont les moyennes portant seulement sur les contrats conclus pendant les mois de février, mars et avril qui donnent un taux supérieur à celui des mois suivants.
- Le rythme des désaffiliations dans le cas des CAE est similaire à celui observé pour les contrats qui sont initialement à durée indéterminée et à temps complet: il est d'environ quatre à cinq points de pourcentage pour chaque mois initial, puis il se

stabilise autour de un ou deux points de pourcentage au bout de douze mois de contrat.

- Il n'est pas constaté d'accélération de ce recul de l'emploi au douzième mois mais, bien au contraire, une stabilisation du taux de maintien dans l'emploi. Toutefois, on ne perçoit pas d'augmentation marquée du maintien dans l'emploi, dans le cadre de ces contrats, en rapport avec l'accomplissement de la période d'essai d'un an. Ainsi, la fluctuation du taux de maintien dans l'emploi entre les douzième et treizième mois se situe entre moins 1,2 et moins 2,1 points de pourcentage, à des niveaux inférieurs à la baisse moyenne mensuelle du taux, soit moins 3,2 points de pourcentage (pour les contrats à durée indéterminée, la moyenne est de moins 2,9 points de pourcentage).

Taux de maintien dans l'emploi (pourcentage)

	A douze mois	A treize mois	Ecart en points de pourcentage
Février 2012	72,0	69,9	-2,13
Mars 2012	69,9	67,9	-1,99
Avril 2012	61,5	60,2	-1,25

- Le niveau du maintien dans l'emploi est bien supérieur à celui des contrats temporaires signés aux mêmes dates, lequel se situe à 7,5 pour cent au bout d'un an à compter de l'embauche. Le taux de maintien dans l'emploi des contrats ne bénéficiant pas d'avantages se situe à 11 points au-dessous de celui des contrats assortis d'avantages (53,5 pour cent contre 64,5 pour cent) mais, même ainsi, il est suffisamment élevé pour qu'on puisse considérer que ces contrats donnent des résultats similaires à des contrats à durée indéterminée. Ces taux ne présentent pas d'écarts notables en ce qui concerne les contrats conclus avec des jeunes de moins de 30 ans.

142. Par ailleurs, le gouvernement considère comme réfutée l'affirmation des deux confédérations selon laquelle l'utilisation du CAE diminue au cours du temps. Entre le moment de l'adoption de la réforme du marché de travail et juin 2013, sur les 118 917 CAE enregistrés (plus de 7 400 en moyenne par mois depuis mars 2012), 40,1 pour cent concernaient des jeunes de moins de 30 ans – dont l'embauche constitue le principal objectif des incitations – et 39 pour cent concernaient des femmes; 42,4 pour cent des contrats ont bénéficié de bonifications ou de déductions fiscales.

143. Le gouvernement ajoute que le total des contrats enregistrés inclut les 24 pour cent de contrats initialement à durée indéterminée et à temps complet qui ont été déclarés depuis mars 2012. Ce pourcentage étant calculé par rapport aux embauches réalisées par tous types d'entreprises, la part dans le total des nouvelles embauches dans les petites et moyennes entreprises (PME) est sûrement beaucoup plus élevée. Ces embauches, qui dans de nombreux cas n'auraient pas eu lieu ou auraient été effectuées sous contrat temporaire, contribuent à expliquer l'évolution de la tendance de l'embauche à durée indéterminée depuis le lancement de la réforme du marché du travail.

144. En ce qui concerne l'évolution dans le temps, le gouvernement indique un léger recul du nombre de CAE à partir de la fin de l'été 2012 jusqu'à mars 2013, une tendance qui s'est inversée par la suite. De fait, **juin 2013 a été le mois pendant lequel le CAE a constitué la plus grande part dans le total des contrats** de même type. Le CAE continue de représenter environ un contrat sur quatre, s'agissant des embauches initialement à durée indéterminée et à temps complet, et sa part du total a augmenté au premier semestre de

2013, contribuant ainsi à l'évolution très favorable de l'embauche à durée indéterminée et à la lutte contre la dualité du marché du travail.

- 145.** Par ailleurs, le gouvernement conteste l'affirmation des deux confédérations selon laquelle, en 2012, les entreprises qui ont eu recours à ce nouveau type de contrat, mais en choisissant de ne pas bénéficier des incitations fiscales, représentaient 82 pour cent de toutes celles qui y ont souscrit. Selon les deux confédérations, il semble que ces entreprises ont préféré tirer profit de la liberté que leur donnait la période d'essai d'un an plutôt que de bénéficier des incitations qui les liaient au travailleur pendant au moins trois ans. Le gouvernement répond que les données présentées sont de toute façon incomplètes dès lors que l'on se réfère aux entreprises qui bénéficient d'incitations fiscales mais pas à celles qui bénéficient de bonifications sur les cotisations de sécurité sociale. Le gouvernement indique que ces deux types d'incitations sont indépendantes les unes des autres et sont subordonnées au respect de conditions différentes (essentiellement, l'une des incitations fiscales s'applique uniquement s'il s'agit du premier travailleur engagé par l'entreprise – et qu'il a moins de 30 ans – et l'autre s'applique si le travailleur a droit à une prestation contributive de chômage; ce n'est pas le cas des bonifications qui dépendent seulement de l'âge du travailleur). Cela suppose qu'un contrat donné peut permettre de bénéficier soit des deux types d'incitation, soit de l'une mais pas de l'autre, soit encore d'aucune des deux. Les deux types d'incitation sont soumises à la condition du maintien du travailleur dans l'entreprise pendant au moins trois ans, c'est pourquoi, pour répondre à l'argument des deux confédérations, le gouvernement soutient qu'il faut tenir compte des deux types d'avantages et pas seulement des incitations fiscales. Dans ce cas, si l'on prend en considération à la fois les incitations fiscales et les bonifications sur les cotisations de sécurité sociale, on constate que, sur les 77 260 CAE conclus en 2012, 34 793 **ont bénéficié de l'un des avantages mentionnés**, ce qui donne **45,03 pour cent du total**, c'est-à-dire un chiffre très éloigné de celui qui a été fourni par les organisations syndicales.
- 146.** Le gouvernement déclare pour conclure que le CAE a favorisé **l'accès à des emplois stables à durée indéterminée**. Alors que l'embauche est très affectée par l'incertitude et la récession, ce contrat a permis à près de 120 000 personnes de rejoindre le marché du travail, dont 40 pour cent de jeunes, et il représente 24 pour cent des premiers contrats à durée indéterminée et à plein temps depuis mars 2012.

Nouvelle réglementation des motifs économiques, techniques, d'organisation ou de production

- 147.** Le gouvernement indique que la modification de l'article 51.1 de la Charte des travailleurs, telle que prévue par la loi n° 3/2012, est restée sans conséquence sur les motifs de licenciement définis par les instruments juridiques antérieurs. La réforme du marché du travail de 2012 a simplement redéfini les éléments devant être réunis pour attester les motifs économiques, techniques ou relatifs à l'organisation du travail ou à la production invoqué pour justifier le licenciement, sous une forme distincte cependant de celle qui avait été introduite dans la Charte des travailleurs par le décret-loi royal n° 10/2010 du 16 juin et la loi n° 35/2010 du 17 septembre. Jusqu'à la réforme de 2010, les tribunaux pouvaient établir eux-mêmes les critères devant être utilisés pour vérifier l'existence des motifs à l'origine du licenciement collectif, sans que cela ne constitue une violation de l'article 4 de la convention n° 158.
- 148.** Le gouvernement affirme dans sa communication d'août 2013 que l'obligation contenue dans la convention n° 158 quant au caractère raisonnable et proportionné du licenciement produit des effets de deux ordres:

- Tout d’abord, les pays qui ont ratifié la convention doivent définir dans leur législation quels peuvent être les motifs de licenciement fondés sur les nécessités du fonctionnement de l’entreprise, de l’établissement ou du service (l’article 4 de la convention n° 158 prévoyant que ces motifs doivent être «valable[s]»). A cet égard, le gouvernement souligne que les motifs de licenciement sont fixés en nombre restreint dans les dispositions de fond du droit du travail espagnol, soit dans les articles 51 et suivants de la Charte des travailleurs.
- Ensuite, étant entendu que les motifs de licenciement sont fixés par le droit, de même que les éléments qui les constituent et permettent de conclure à leur existence, la convention n° 158 prévoit que l’application des dispositions en question doit être soumise au contrôle de l’organisme visé dans son article 8, soit d’un «organisme impartial tel qu’un tribunal, un tribunal du travail, une commission d’arbitrage ou un arbitre», à qui il incombera de vérifier si la rupture du contrat découle effectivement des raisons ou motifs prévus par la loi. S’agissant de la capacité de ces organismes à établir si les raisons invoquées suffisent à justifier le licenciement, l’article 9 de la convention indique en son troisième paragraphe que cette compétence «sera définie par les méthodes d’application mentionnées à l’article 1 de la présente convention».

149. Le gouvernement indique que la réforme du marché du travail de 2012 prévoit trois voies de recours contre les ruptures de contrats découlant d’un licenciement collectif:

- 1) *Recours par les représentants des travailleurs.* Pour assurer la célérité nécessaire dans le déroulement des procédures relatives au travail, on a donné à cette nouvelle forme de recours un caractère prioritaire et urgent. Dans le cas d’une demande émanant des représentants des travailleurs, ce sont les tribunaux supérieurs de justice (des communautés autochtones) qui sont saisis, ou alors l’*Audiencia Nacional* (Cour d’appel également chargée de certains dossiers d’une importance particulière, qui a compétence pour l’ensemble du territoire national). Ces juridictions sont chargées d’examiner en première instance la demande contre le licenciement collectif, un recours en cassation étant possible, mais par la suite pour une issue plus rapide. L’ouverture d’une procédure collective suspend l’examen des recours individuels, qui ne reprend qu’après le prononcé de la décision exécutoire dans le recours collectif, étant entendu que celle-ci a l’autorité de la chose jugée dans la procédure individuelle.
- 2) *Recours individuel.* Le recours individuel contre la rupture du contrat de travail dans le cadre d’un licenciement collectif relève comme par le passé des tribunaux du travail (*juzgados de lo social*, qui sont également chargés des affaires relatives à la sécurité sociale) pour les licenciements justifiés par des motifs objectifs. Les recours individuels se font selon la procédure de licenciement pour motif objectif et sont soumis au régime spécial prévu par l’article 124.13 de la loi n° 36/2011 du 10 octobre relative à la juridiction du travail, sous son libellé modifié.
- 3) *Recours par l’administration du travail.* La réforme du marché du travail de 2012 a supprimé l’autorisation administrative, mais l’administration du travail est toujours habilitée à contester les accords issus des consultations si elle estime que leur conclusion est entachée de fraude, de dol, de coercition ou d’abus de pouvoir (indépendamment de l’appréciation de la proportionnalité de la mesure) ou si le service qui administre les prestations sociales a fait savoir qu’aucun motif ne justifiait le statut de chômeur au sens de la loi. La loi n° 3/2012 a introduit des règles précises en ce qui concerne la coordination entre les recours collectifs et l’action engagée par l’administration du travail, cette dernière étant suspendue jusqu’au prononcé de la décision dans le recours collectif. Il est prévu en outre que l’administration devienne partie à la procédure collective. Par ailleurs, la décision exécutoire rendue à l’issue du

recours collectif a l'autorité de la chose jugée dans l'action encore pendante engagée par l'administration du travail.

- 150.** Le gouvernement indique que les recours contre les suspensions de contrats ou la réduction de l'horaire de travail pour motifs économiques, techniques, d'organisation ou de production, ou encore pour cas de force majeure, sont traités selon les modalités prévues dans les articles 138 et 153 à 162 de la loi relative à la juridiction du travail compte tenu du caractère individuel ou collectif de la décision de l'entreprise. Par conséquent, le gouvernement affirme que ce sont les tribunaux qui se prononcent sur l'existence et le bien-fondé des motifs invoqués pour justifier le licenciement et la validité de la décision correspondante, en appliquant les critères fixés par la jurisprudence et selon les modalités prévues par la loi relative à la juridiction du travail, et qu'il n'y a donc pas en l'espèce de violation de l'article 9 de la convention n° 158.
- 151.** Pour répondre à la préoccupation exprimée par les deux confédérations quant à la suppression de l'obligation d'établir que le licenciement du ou des travailleurs est une mesure raisonnable ou adéquate compte tenu du motif invoqué, le gouvernement indique dans ses communications que, si le motif avancé est constaté par le juge, c'est qu'il existe véritablement et produit ses effets. Le dictionnaire de la *Real Academia Española* définit le «motif» comme un «élément considéré comme étant à la base ou à l'origine de quelque chose» et donne du terme «causer» la définition suivante: «à propos d'un motif: produire son effet». Par conséquent, le gouvernement comprend que la constatation de l'existence du motif invoqué – ce qui suppose que ce motif a été attesté ou mis en évidence – permet de conclure qu'il produit l'effet allégué. Si, au contraire, le motif n'est pas attesté, il incombe au juge de vérifier qu'il n'existe pas en réalité et de conclure par conséquent que le licenciement n'était pas justifié, ce qui a des conséquences juridiques sur les contrats. Le licenciement sera également considéré comme non justifié si l'employeur n'a communiqué aucun motif à l'appui ou s'il a omis d'annexer à sa communication les pièces justificatives pouvant établir un tel motif. Le gouvernement souligne que **la réforme du marché du travail de 2012 ne porte pas sur le motif du licenciement mais vise à garantir un contrôle plus objectif par la justice.**
- 152.** Le gouvernement indique que l'autre modification importante apportée par la réforme du marché du travail de 2012 est la **suppression de l'autorisation administrative** autrefois requise pour les licenciements en nombre supérieur aux seuils prévus à l'alinéa 1 de l'article 51.1 de la Charte des travailleurs, les cas de force majeure étant exceptés. Le gouvernement indique que la modification introduite par la réforme du marché du travail de 2012 avait une finalité claire et répondait aux vœux des partenaires sociaux comme à ceux des spécialistes du droit. Cet objectif était d'éviter un cas de figure favorisé par la réforme de 2010, à savoir le recours indu au licenciement disciplinaire, abusif, mais reconnu comme tel par l'employeur («licenciement exprès»), dans des situations où la rupture répondait en réalité à des motifs économiques, techniques ou relatifs à l'organisation du travail ou à la production.
- 153.** Le gouvernement cite à cet égard l'exposé des motifs de la loi n° 35/2010: «[...] une nouvelle formulation est proposée en ce qui concerne la justification du licenciement pour motifs économiques, techniques ou relatifs à l'organisation du travail ou à la production [...] (compte tenu de) [...] l'expérience (qui) a mis en évidence [...] certains problèmes dans l'application des possibilités de licenciement prévues aux articles 51 et 52.c) (de la Charte des travailleurs) [...], beaucoup de ruptures de contrats à durée indéterminée obéissant en réalité à des motifs économiques ou relatifs à la production étant présentées comme des licenciements disciplinaires abusifs», si bien qu'il semblait «nécessaire de revoir le libellé du texte énonçant ces motifs [...] en fournissant davantage d'éléments de certitude [...]». Selon les commentateurs de la réforme de 2010 parmi les juristes, le «licenciement exprès» introduit à cette occasion avait conduit à une certaine stagnation des

licenciements pour motifs économiques, techniques, d'organisation ou de production. La réforme du marché du travail de 2012 devait résoudre les problèmes dénoncés par les juristes et vérifiés dans les faits en supprimant le «licenciement exprès».

- 154.** Le gouvernement affirme que le régime de licenciement collectif mis en place par la réforme du marché du travail de 2012 permet dans une certaine mesure de rétablir une obligation de justification dans ce cas d'espèce. Lors de la réforme du marché du travail de 2010, certains avaient dénoncé le caractère limité et théorique du contrôle exercé par les représentants des travailleurs et l'autorité administrative sur les motifs de licenciement. A cette époque, les négociations tenues durant la période des consultations étaient axées avant tout sur l'indemnisation des travailleurs, aspect considéré comme décisif pour la conclusion d'un accord et, par là même, l'obtention de l'autorisation administrative. Selon le gouvernement, les modifications introduites par la réforme du marché du travail de 2012 facilitent au contraire la conclusion d'un accord avec les représentants des travailleurs pendant la période des consultations – comme cela s'est produit dans 90 pour cent des cas environ.
- 155.** Le gouvernement affirme que, après l'approbation du texte codifié de la loi relative à la Charte des travailleurs en mars 1995, la législation a précisé progressivement les motifs de licenciement relatifs au fonctionnement de l'entreprise. Auparavant, il était impossible de justifier précisément, au début du processus, le mobile d'un licenciement collectif, que l'on pouvait tout au plus prévoir dans le meilleur des cas. Ce qui justifiait les licenciements collectifs, c'était l'effet escompté d'une telle mesure sur l'activité future de l'entreprise. En cas de désaccord entre l'entreprise et les travailleurs pendant la période des consultations, l'administration du travail était invitée à vérifier l'existence du motif invoqué et à déterminer si celui-ci pouvait affecter l'avenir de l'entreprise. La réforme du travail de 2010 a cherché à définir plus précisément les motifs du licenciement collectif, et elle a supprimé par ailleurs l'autorisation administrative, sans amoindrir – voire en renforçant – la possibilité que la décision de l'entreprise soit réexaminée par la justice. Cependant, avec la réforme de 2010, l'autorité judiciaire pouvait se prononcer sur «le caractère raisonnable de la décision de licenciement devant permettre à l'entreprise de préserver ou renforcer sa compétitivité sur le marché». La réforme du marché du travail de 2012 a permis de surmonter le problème posé par la nécessité de prouver l'adéquation de la mesure à l'effet recherché, soit la correspondance entre les licenciements et les objectifs prévus par la loi (*conexión de funcionalidad*), notion problématique, d'abord parce qu'elle se fondait sur des projections impossibles à vérifier et, ensuite, parce qu'elle donnait lieu à des interprétations contradictoires.
- 156.** Le gouvernement affirme que son raisonnement est confirmé par une décision d'un tribunal du travail de Madrid, adoptée en date du 27 juin 2012, d'où est tiré l'extrait ci-dessous:

La nouvelle réglementation ne rend pas caduque la doctrine relative aux licenciements collectifs pour nécessités de l'entreprise fondés sur des motifs économiques, motifs qui doivent être conformes à la décision que la Cour suprême a rendu en date du 27 avril 2010, en énonçant les critères applicables à la justification – fondement légal – des licenciements en temps de crise, critères qui peuvent être résumés comme suit:

- a) **Quand des pertes significatives sont attestées**, les licenciements peuvent avoir un début de justification, étant donné qu'une «telle mesure réduit directement les coûts de fonctionnement de l'entreprise, en multipliant ainsi les chances pour celle-ci de se soustraire à sa situation économique défavorable» (SSTS 14/06/96 (RJ 1996, 5162) – rcud 3099/95; 29/05/01 (RJ 2001, 5452) – rcud 2022/00; 30/09/02 (RJ 2002, 10679) – rcud 3828/01; et 29/09/08 (RJ 2008, 5536) – rcud 1659/07).
- b) **«Quand ces pertes sont continues et très importantes**, on présume, jusqu'à preuve du contraire, ... que la suppression des postes de travail en surplus est une mesure utile pour surmonter la situation économique défavorable alléguée», car cette suppression entraîne

une diminution automatique des dépenses de personnel, ce qui contribue directement à assainir le compte de pertes et profits (SSTS 15/10/96 (RJ 1996, 8176) – rcud 3352/95; 15/10/03 (RJ 2003, 4093) – rcud 1205/03; 30/09/02 – rcud 3828/01; et 29/09/08 – rcud 1659/07).

- c) Il est cependant nécessaire d'apporter la preuve du lien entre la rupture du contrat et la lutte contre la crise en établissant le caractère raisonnable de ce lien, conformément aux règles issues de l'expérience (SSTS 14/06/96 – rcud 3099/95; et 29/09/08 – rcud 1659/07), **car il n'est pas légitime «de présumer que l'entreprise, du seul fait que le compte de pertes et profits est négatif, peut se séparer librement de l'ensemble de ses travailleurs ou de certains d'entre eux, pas plus qu'on ne peut exiger de l'employeur qu'il fournisse la preuve d'un fait encore à venir et, par conséquent, impossible à vérifier**, en démontrant par exemple l'apport potentiel du licenciement dans l'action visant à mettre fin à la situation économique défavorable de l'entreprise. Ce qu'il faut exiger, ce sont des indices et des arguments suffisants pour que l'organe judiciaire puisse procéder dans chaque cas à une évaluation permettant de déterminer d'une façon raisonnée quel est le lien qu'il convient d'établir entre la situation de crise et le licenciement» (SSTS 29/09/08 – rcud 1659/07).
- d) Pour supprimer des postes de travail, il n'est pas nécessaire que la situation économique défavorable de l'entreprise soit irréversible; généralement en effet, une telle situation est temporaire, c'est-à-dire qu'il est possible d'y remédier, et le recours aux licenciements vise justement à aider l'entreprise à cesser d'être déficitaire et parvenir à un fonctionnement économique adéquat (SSTS 24/04/96 (RJ 1996, 5297) – rcud 3543/95).
- e) Compte tenu du libellé de l'article 52 c) de la Charte des travailleurs, il suffit d'estimer que la suppression du poste de travail envisagée contribuera à mettre fin à la crise pour que cette mesure soit justifiée, sans qu'il ne soit nécessaire d'apporter la preuve que les licenciements constituent, pris isolément, une solution suffisante ni que cette solution sera définitive [...] avec d'autres mesures (SSTS 11/06/08 (RJ 2008, 3468) – rcud 730/07).

157. Par conséquent, le gouvernement souligne que la réforme du marché du travail de 2012 autorise la justice à vérifier le bien-fondé ou la légitimité des décisions des entreprises. En effet, la loi relative à la juridiction du travail, dans son libellé tel que modifié par la loi n° 3/2012, dispose, tout comme la Charte des travailleurs, qu'il appartiendra aux juges de déterminer si le licenciement est recevable, irrecevable ou nul, selon les particularités du cas et les faits qui auront été attestés. Par conséquent, aujourd'hui comme hier, le licenciement collectif est en Espagne un licenciement **formel**, dont les travailleurs concernés et leurs représentants doivent être informés par une notification écrite (paragr. 2 et 4 de l'article 51 de la Charte des travailleurs); c'est aussi une décision qui doit être **justifiée**, et la réforme du marché du travail de 2012 a défini plus précisément qu'autrefois les motifs pouvant être invoqués à cet égard. Enfin, lorsqu'une entreprise procède à un licenciement collectif, les travailleurs visés peuvent engager des procédures collectives par l'intermédiaire de leurs représentants ou faire recours à titre individuel. L'examen des recours individuels sera suspendu jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue dans l'action collective. En outre, l'administration du travail peut aussi tenter une action. Le gouvernement conclut par conséquent qu'il existe un **contrôle judiciaire** sur la décision des entreprises selon les termes de l'article 51.6 de la Charte des travailleurs et de l'article 124 de la loi relative à la juridiction du travail – et que l'on ne peut donc pas accuser la réforme du marché du travail de 2012 de supprimer la nécessité de justifier les licenciements.

158. En réponse à la plainte des deux confédérations, le gouvernement affirme que **la lecture de l'article 51 de la Charte des travailleurs dans son nouveau libellé montre que les deux conditions requises par la convention n° 158 sont réunies** (à savoir la consultation des représentants des travailleurs et l'intervention de l'autorité administrative compétente dans le domaine du travail en cas de licenciement collectif). L'article 51.2 de la Charte des travailleurs commence comme suit: «Les licenciements collectifs doivent être précédés

d'une période de consultations avec les représentants légaux des travailleurs qui devra durer...». S'agissant de la supervision par l'autorité administrative compétente, le gouvernement souligne que l'administration du travail est informée des consultations dès l'annonce de leur ouverture et qu'elle demande alors à l'inspection du travail et à la sécurité sociale de lui faire rapport sur leur déroulement. Il est dit en outre que, «Pendant les consultations, les parties doivent négocier de bonne foi en s'efforçant de parvenir à un accord» (huitième alinéa de l'article 51.2) et que «L'administration du travail doit veiller au bon déroulement des consultations en adressant aux parties, si nécessaire, des avertissements ou des recommandations qui ne devront jamais avoir pour effet de paralyser la procédure ou la suspendre. De même, et sans préjudice de ce que prévoit le paragraphe précédent, l'administration du travail pourra, pendant les consultations et à la demande conjointe des parties, prendre des mesures de médiation [...], et elle pourra aussi offrir des services d'appui, à la demande cette fois de l'une ou l'autre des parties ou de sa propre initiative.» (onzième alinéa de l'article 51.2). En outre, le deuxième alinéa de l'article 51.6 de la Charte des travailleurs prévoit ce qui suit:

L'administration du travail pourra faire recours contre les accords conclus pendant les consultations si elle estime que ceux-ci sont entachés de fraude, de dol, de coercition ou d'abus de pouvoir, en demandant qu'ils soient déclarés nuls, ou encore si le service administrant les prestations de chômage indique que les ruptures de contrat envisagées par l'entreprise pourraient avoir pour objectif la perception abusive de prestations par les travailleurs en question, les motifs pouvant justifier le chômage aux termes de la loi n'étant pas réunis.

159. S'agissant des allégations des deux confédérations relatives à la suppression du contrôle judiciaire sur les ruptures de contrat du fait de l'entreprise et la violation alléguée des paragraphes 1 et 3 de l'article 9 de la convention, le gouvernement répète dans ses communications que, **dans l'ordre juridique espagnol, aujourd'hui comme par le passé, les licenciements sont soumis au contrôle de la justice, et que les juges peuvent donc se prononcer sur la légalité et la légitimité des décisions correspondantes.**

160. Plus concrètement, le gouvernement renvoie au paragraphe 2 de l'article 124 de la loi relative à la juridiction du travail, qui est libellé ainsi:

La demande pourra se fonder sur les motifs suivants:

- a) Le motif légal mentionné dans la communication écrite **n'est pas avéré.**
- b) La **période de consultations n'a pas eu lieu, la documentation requise** à l'article 51.2 de la Charte des travailleurs **n'a pas été fournie** ou la procédure prévue à l'article 51.7 du même texte n'a pas été respectée.
- c) La décision de mettre fin au contrat de travail est entachée de fraude, de dol, de coercition ou d'abus de pouvoir.
- d) La décision de mettre fin au contrat de travail a été prise en violation des droits fondamentaux et des libertés publiques.

Le paragraphe 11 de l'article 124 de la loi relative à la juridiction du travail est libellé ainsi:

[...] La rupture du contrat de travail sera considérée comme conforme au droit si l'employeur, qui aura préalablement satisfait aux conditions fixées dans les articles 51.2 et 51.7 de la Charte des travailleurs, établit l'existence du motif prévu par la loi qu'il invoque.

Le tribunal considérera que la rupture n'est pas conforme au droit si l'employeur n'a pas établi l'existence du motif prévu par la loi mentionné dans la notification correspondante.

Le tribunal considérera que la rupture est nulle si l'employeur n'a pas procédé aux consultations ou remis la documentation prévue à l'article 51.2 de la Charte des travailleurs ou encore s'il a omis de respecter la procédure fixée par l'article 51.7 de ce même texte ou n'a

pas obtenu l'autorisation judiciaire du juge chargé de la procédure d'apurement collectif des dettes de l'entreprise, lorsqu'une telle autorisation est requise par la loi, ou encore quand l'entreprise a pris sa décision en violation des droits fondamentaux ou des libertés publiques. Dans ce cas, le tribunal demandera la réintégration des travailleurs lésés dans leur poste de travail, conformément aux dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 123 de la présente loi.

- 161.** S'agissant des allégations des deux confédérations relatives à la disposition ajoutée par la réforme du marché du travail de 2012 au deuxième alinéa de l'article 51.1 de la Charte des travailleurs, le gouvernement rappelle le début de cet alinéa: «On conclura à l'existence de motifs économiques lorsque les résultats de l'entreprise créent une situation économique défavorable [...]». Le gouvernement explique qu'il faut se fonder sur ce motif incontestable pour comprendre que le recul persistant du niveau des recettes ordinaires ou des ventes de l'entreprise peut justifier le licenciement collectif. Le législateur a énoncé des critères plus précis en ajoutant qu'il faudra avoir enregistré «trois trimestres consécutifs» de recul des recettes ordinaires ou des ventes par rapport aux mêmes trimestres de l'année précédente. Selon le gouvernement, le législateur **a voulu introduire une sécurité juridique accrue par un critère qui donne une définition objective de ce qu'il faut entendre par persistante** à l'heure de déterminer si la diminution des revenus ou des ventes constitue une «situation économique défavorable», élément essentiel du motif économique. Le gouvernement estime que ce qui précède reste sans incidence sur l'examen auquel le juge doit procéder quant à la diminution des recettes alléguées pour vérifier l'existence d'une situation économique défavorable. Ainsi, un recul des recettes de 50 euros, même s'il se maintient pendant trois trimestres consécutifs, ne peut pas justifier le renvoi de travailleurs, car il serait impropre de parler de situation économique défavorable dans ce cas. Le gouvernement affirme que neuf mois de pertes consécutives minimales ne sauraient justifier le licenciement de l'ensemble du personnel par une entreprise et que les «trois trimestres» prévus constituent en définitive un «critère quantitatif» plutôt que qualitatif, qui ne constitue par une justification automatique du licenciement.
- 162.** Le gouvernement explique que la réforme du marché du travail de 2012 a mis fin à des situations mal définies dans la législation antérieure (l'expression «surmonter une situation économique défavorable» utilisée dans un premier temps ayant été remplacée par la mention «préserver ou favoriser la compétitivité de l'entreprise»), sans supprimer la nécessité d'une adéquation de la mesure à l'effet recherché. **La situation économique défavorable doit avoir des effets actuels sur les contrats de travail, et les licenciements sont le moyen – actuel également – de faire face à tous ces effets sur les contrats de travail.** Il ne s'agit pas de chercher à obtenir des objectifs futurs mais bien d'adapter les effectifs de l'entreprise compte tenu de ses difficultés de fonctionnement. Le gouvernement souligne que le licenciement est justifié pour ajuster des effectifs inadéquats, et que l'employeur est donc dans l'obligation de démontrer que les contrats auxquels il envisage de mettre fin ne répondent plus à leur objectif économique ou relatif à la production.
- 163.** Le gouvernement souhaite dissiper des erreurs d'interprétation en ce qui concerne la finalité de la réforme du marché du travail de 2012. La réforme du marché du travail de 2012 prévoit qu'il doit y avoir **une relation de cause à effet logique entre le motif attesté et les licenciements envisagés, c'est-à-dire que ce motif doit justifier effectivement la suppression de certains postes.** La nouvelle réglementation se contente de préciser qu'il faut apporter la preuve du motif invoqué, le licenciement restant subordonné à la règle générale d'un comportement de bonne foi et d'une absence d'abus de pouvoir. En vertu de cette règle, le juge pourra refuser tout recours abusif au licenciement, par exemple parce que le nombre des travailleurs visés est excessif par rapport au motif économique attesté, ou encore en raison de tout abus ayant été constaté dans le dossier en question. Il en va de même lorsque c'est un motif technique ou relatif à l'organisation du travail ou à la

production qui est invoqué. Conformément aux limites internes applicables au licenciement – décision qui doit être prise de bonne foi, sans abus de pouvoir –, seul sera considéré comme légitime le licenciement du travailleur dont les services sont devenus superflus en raison d'une évolution avérée sur le plan technique ou en ce qui concerne l'organisation du travail ou la production, c'est-à-dire qu'il doit y avoir une cohérence entre l'adaptation de l'entreprise et les ruptures de contrats envisagées. Il y a donc aussi un contrôle sur les abus pouvant être commis par l'employeur dans le choix du ou des travailleurs visés par le licenciement.

164. Le gouvernement souligne que la réforme du marché du travail de 2012 requiert une justification du licenciement économique sur trois plans puisque l'entreprise doit:

- **prouver l'existence d'une situation économique défavorable ou d'une évolution dans la demande des produits et services qu'elle cherche à placer sur le marché;**
- **montrer par quelle voie ces éléments influent sur les contrats de travail auxquels elle envisage de mettre fin et** dans quelle mesure il est nécessaire de procéder à la suppression totale ou partielle des postes de travail;
- **montrer que les licenciements envisagés constituent une mesure adéquate** pour répondre à cette nécessité.

165. Le gouvernement ajoute que ces éléments sont confirmés dans l'exposé des motifs de la décision n° 0142/2012 rendue par la Chambre sociale de l'*Audiencia Nacional* le 21 novembre 2012¹⁹, dont il cite le sixième paragraphe:

[...] Comme nous le voyons, on a supprimé la clause de la réglementation précédente qui prévoyait une justification axée sur l'effet recherché et faisait obligation à l'entreprise de démontrer que les licenciements envisagés constituaient une mesure adéquate pour préserver sa compétitivité sur le marché, lorsque le motif économique était invoqué, ou qu'ils contribuaient à empêcher une évolution défavorable de l'entreprise ou à améliorer sa situation par une meilleure organisation des ressources propre à renforcer sa position sur le marché ou à lui permettre de mieux répondre à la demande, quand c'est le motif technique ou relatif à l'organisation du travail ou à la production qui était mis en avant.

166. Le gouvernement reconnaît que l'adéquation de la mesure à l'effet recherché constitue une condition indispensable au respect de l'article 4 de la convention n° 158, qui prévoit expressément qu'un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou **fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service**. Par conséquent, le gouvernement déclare que la réforme du marché du travail de 2012 n'a pas supprimé la nécessité d'une adéquation de la mesure à l'effet recherché, étant donné que l'entreprise doit établir une relation raisonnable entre la situation économique défavorable ou l'évolution de la demande affectant les produits ou services qu'elle cherche à placer sur le marché et les contrats de travail auxquels elle envisage de mettre fin.

167. Le gouvernement souligne en outre que la réforme du marché du travail de 2012 a redéfini en les précisant les éléments constitutifs des motifs pouvant justifier la rupture du contrat de travail, et il renvoie à cet égard au préambule de la loi n° 3/2012, qui établit que: «*La loi délimite dorénavant les motifs économiques, techniques ou liés à l'organisation du travail ou à la production qui justifient les licenciements en question, en supprimant d'autres mentions légales qui tendaient à introduire des éléments d'incertitude*» et que «... ces

¹⁹ Le gouvernement relève que, dans sa décision n° 166/2012 du 18 décembre 2012, la Chambre sociale de l'*Audiencia Nacional* tient le même raisonnement que dans la décision n° 0142/2012.

mentions concernaient des projections impossibles à vérifier...». Par conséquent, le gouvernement répète que la loi n° 3/2012 ne modifie pas les motifs pouvant être invoqués pour justifier la rupture du contrat de travail dans les cas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. La modification porte uniquement sur les éléments qui permettent de définir avec plus de précision et de détail l'existence d'un motif quel qu'il soit, ce qui n'est pas contraire au caractère raisonnable requis par l'article 4 de la convention n° 158, qui prévoit, d'une part, que le motif de licenciement doit être valable et, de l'autre, l'intervention d'organismes habilités à déterminer la véracité du motif fourni par l'employeur à l'appui de sa décision.

168. Le gouvernement indique que la réforme du marché du travail de 2012 maintient, avec le texte du premier alinéa de l'article 51.1 de la Charte des travailleurs, l'obligation pour l'employeur de prouver que le licenciement est justifié en établissant l'existence du motif économique ou relatif à la production qui est invoqué et en montrant que la mesure est proportionnée. Une fois établie l'existence d'un motif économique ou relatif à la production – ou la coexistence de ces deux motifs, comme c'est le cas en général, l'employeur doit prouver que le poste est devenu superflu et ne se justifie plus pour lui sur le plan économique. S'il apparaît que le contrat de travail a perdu sa raison d'être et son utilité, les conditions requises pour sa rupture se trouvent réunies, conformément à l'article 1261 du Code civil²⁰. Cela se produit lorsque la prestation de services a perdu son utilité économique pour l'entreprise pour des causes objectives et imprévues, tout comme le travailleur est en droit de rompre son contrat de travail si l'employeur n'est pas en mesure de lui confier des tâches réelles ou de rétribuer son travail.

169. Par conséquent, le gouvernement répète que la réforme du marché du travail de 2012 est conforme aux articles 4, 8 et 9 de la convention n° 158, notamment si l'on tient compte que le paragraphe 3 de l'article 9 de la convention prévoit que l'étendue des pouvoirs des organismes pouvant être saisis de recours contre les licenciements pourra être précisée par la législation et la pratique nationales. De même, le gouvernement rappelle les explications fournies par la commission d'experts au paragraphe 214 de l'étude d'ensemble de 1995, reproduit ci-dessous:

Dès le début des travaux préparatoires, il a été considéré qu'il valait mieux s'en remettre à la décision de chaque pays pour ce qui est d'habiliter ou non les organismes qui devront connaître des recours à s'interroger sur la suffisance des motifs qui se rapportent aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Cette disposition assure donc une certaine souplesse en laissant à chaque Etat Membre le soin de déterminer dans quelle mesure les organes compétents devraient être autorisés à réviser le jugement de l'employeur en ce qui concerne le caractère suffisant des motifs liés aux nécessités du fonctionnement. Ainsi, en ce qui concerne les réductions d'effectifs, l'employeur doit donc clairement avoir un motif valable au sens de l'article 4 de la convention. Mais, quant à savoir dans quelle mesure les organismes impartiaux auprès desquels il est possible de recourir contre le licenciement devraient être habilités à contrôler le jugement de l'employeur, eu égard aux nécessités du fonctionnement, c'est-à-dire dans quelle mesure ces organismes sont habilités à décider si ces raisons, valables par leur nature, sont suffisantes par leur importance pour justifier le licenciement, cette question est laissée à l'appréciation de chaque pays. Le texte permet donc à chaque pays de limiter les pouvoirs qu'a l'organisme compétent, lorsqu'il examine la justification du licenciement, d'exercer un contrôle sur le jugement de l'employeur quant à l'importance numérique des effectifs.

²⁰ Article 1261 du Code civil. Un contrat suppose la réunion des conditions suivantes: 1. Le consentement des parties. 2. Un objet réel soumis au contrat. 3. Un motif pour l'obligation qu'il introduit.

170. En conclusion, le gouvernement affirme que la réforme du marché du travail de 2012 régleme les motifs économiques, techniques ou relatifs à l'organisation du travail ou à la production pouvant justifier un licenciement et prévoit, comme c'était déjà le cas des textes précédents mais en des termes différents, que l'employeur doit prouver que le motif invoqué est réel, que l'entreprise se trouve dans une situation défavorable nécessitant une réaction sous une forme ou sous une autre et, enfin, que le motif en question fait apparaître l'effet de la situation sur les contrats de travail (c'est-à-dire que la situation rend nécessaire la suppression totale ou partielle des postes de travail). En outre, l'employeur doit établir l'efficacité des ruptures de contrats envisagées pour répondre à la nécessité en question. Dans ce processus, la consultation des travailleurs est nécessaire, et la décision adoptée par l'employeur demeure dans tous les cas soumise au contrôle de la justice.
171. Dans sa communication d'août 2013, le gouvernement ajoute que **l'idée selon laquelle le contrôle judiciaire de ces licenciements serait purement théorique n'est en aucun cas acceptable**. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme du marché du travail, les organes de l'ordre juridictionnel compétents pour juger des affaires sociales prennent connaissance des questions relatives à ce sujet au fur et à mesure qu'ils y sont confrontés, et les décisions rendues sont d'une grande diversité. Certains prononcent l'annulation du licenciement pour non-respect de la part de l'employeur de ses obligations portant sur la période de consultation et la mise à disposition des informations nécessaires; d'autres déclarent le licenciement conforme à la législation étant donné que le motif invoqué est valable et que la procédure prévue a été suivie; d'autres encore déclarent le licenciement non conforme à la législation, estimant que le bien-fondé du motif invoqué n'est pas démontré par l'employeur.
172. Le gouvernement indique que, en ce qui concerne le contrôle par les tribunaux des licenciements collectifs, l'*Audiencia Nacional* (organe compétent pour les procédures de régulation de l'emploi qui concernent deux communautés autonomes ou plus) et les tribunaux supérieurs de justice (pour les affaires concernant une seule communauté autonome) ont rendu quelques décisions qui reposent sur l'interprétation et l'application du nouveau cadre juridique instauré par la réforme du marché du travail de 2012. En examinant les décisions auxquelles le gouvernement fait référence, on peut constater que les tribunaux veillent au strict respect des règles formelles relatives à la conduite des procédures de régulation de l'emploi, en particulier celles portant sur la période de consultation et de négociation avec les représentants des travailleurs, et plus concrètement sur les devoirs en matière d'information et de négociation de bonne foi, sans oublier de vérifier si le motif à l'origine du licenciement collectif est conforme à la législation.
173. Pour ce qui est de l'obligation de négocier de bonne foi, le gouvernement cite la décision n° 13/2012 du 23 mai 2013 du Tribunal supérieur de justice de Catalogne qui a prononcé l'annulation d'un licenciement collectif, estimant que l'employeur avait fait preuve de mauvaise foi en s'arc-boutant sur une position consistant à ne proposer qu'une indemnité équivalente au minimum légal, puis, une fois la procédure judiciaire engagée, à 45 jours de salaire par an. Dans la décision, il est indiqué que le devoir de bonne foi n'a été respecté qu'en théorie, dans la mesure où il ne suffit pas d'ouvrir une période de consultations et d'organiser des réunions dépourvues de contenu réel pour établir qu'il est fait preuve de bonne foi, et que le fait de se présenter aux négociations avec une seule offre définitive et irrévocable, dont la non-acceptation mettrait fin à la procédure de négociation, constitue une atteinte au principe de bonne foi, qui implique un réel effort de rapprochement des points de vue.
174. Pour démontrer l'existence d'un véritable contrôle judiciaire dans le domaine en question, le gouvernement cite également, à titre d'exemple, les décisions suivantes:

- Tribunal supérieur de justice des îles Canaries, Las Palmas (Chambre sociale, première section), décision du 26 février 2013. Le tribunal déclare conforme à la législation le licenciement de 15 travailleurs des centres de la province de Las Palmas pour des motifs d'ordres productif et économique, et non conforme à la législation le licenciement d'un nombre de travailleurs supérieur au chiffre susmentionné. Il considère en effet que «la décision de résilier 24 contrats à Las Palmas est disproportionnée, étant donné que l'employeur a lui-même reconnu au cours des consultations que 15 licenciements suffiraient pour rétablir l'équilibre ou l'adéquation entre la charge de travail et le personnel employé». Il précise que «les propositions non acceptées, effectuées par l'employeur au cours de la période de consultations à des fins de négociation, ne sont pas à l'origine de la fin de ces consultations mais constituent sans aucun doute une donnée importante que doivent prendre en considération les tribunaux à l'heure de se prononcer sur l'existence d'un lien de cause à effet entre le motif objectif invoqué et les mesures prises, et sur le caractère raisonnable de la décision».
- Tribunal supérieur de justice de Castille-et-León, Valladolid (Chambre sociale, première section), décision du 4 février 2013. Si le tribunal prononce l'annulation du licenciement pour d'autres motifs, il prend aussi en considération les motifs relatifs à l'organisation et à la production avancés par l'employeur et signale que:

La Chambre estime que les motifs relatifs à l'organisation et à la production ne sont pas pleinement justifiés non plus. En premier lieu, elle constate le manque de données concrètes étayant ces motifs puisqu'il n'est fait état que de généralités, tant dans les informations apportées au cours du procès que dans celles issues des documents composant le dossier. [...] sept personnes ont été embauchées [...], ce qui va à l'encontre du postulat selon lequel l'employeur disposerait d'une main-d'œuvre superflue.
- Tribunal supérieur de justice de la Communauté valencienne (Chambre sociale, première section), décision du 12 mars 2013. Si l'annulation du licenciement est prononcée, il est également énoncé dans le troisième moyen de droit invoqué que:

[...] il convient de signaler que la fixation du nombre de travailleurs concernés par la décision de l'employeur est une question qui a une incidence sur le bien-fondé du motif, étant donné que la mesure de licenciement n'est justifiée que si elle permet de résoudre la situation de crise dans laquelle se trouve la partie défenderesse à la suite des raisons invoquées.
- Tribunal supérieur de justice de Galice (Chambre sociale, première section), décision du 2 mai 2013. Dans cette décision, la mesure destinée à résilier 25 contrats de travail est déclarée non conforme à la législation. Il est énoncé dans le huitième moyen de droit invoqué que:

Dans la présente affaire [...], il n'a pas été pleinement démontré, au regard des dispositions prévues par l'article 35.3 du décret royal n° 1483/2012, que la partie défenderesse se trouvait dans une situation économique défavorable, caractérisée par un manque de ressources financières ou des pertes comptables [...].

En l'absence de pertes comptables, la situation économique ne saurait avoir une incidence sur les contrats de travail, et la nécessité de supprimer tous les postes n'est donc pas justifiée. La résiliation de tous les contrats de travail ne serait conforme à la législation que si la taille des effectifs constituait un facteur à l'origine d'une situation économique défavorable, or ce n'est pas le cas [...].
- Tribunal supérieur de justice de Madrid (Chambre sociale, quatrième section), décision du 9 avril 2013. Dans cette décision, la mesure de l'employeur visant à résilier 925 contrats de travail est déclarée non conforme à la législation. Il est énoncé dans le douzième moyen de droit invoqué que:

La justification du licenciement économique doit suivre trois étapes: 1) prouver l'existence d'une situation économique défavorable; 2) définir l'incidence de cette situation sur les contrats de travail, dans la mesure où elle rendrait nécessaire la suppression totale ou partielle des postes de travail; et 3) montrer que les licenciements envisagés constituent une mesure adéquate pour répondre à cette nécessité [...].

En ce qui concerne la troisième étape, la partie défenderesse n'a pas pu démontrer ni convaincre la Chambre que les mesures de licenciement adoptées répondaient pleinement à la nécessité invoquée.

La Chambre entend que des critères de diverses natures sont à l'origine des mesures adoptées mais ne doit rendre sa décision en ne tenant compte que de critères juridiques.

La justification du licenciement, bien que toutefois complexe, ne serait conforme à la législation que si le licenciement avait pour objectif un réajustement des effectifs rendu nécessaire par une situation économique défavorable. Par conséquent, les mesures de licenciement ne se justifient que si elles répondent à une nécessité de réduire la taille du personnel [...].

- 175.** Dans sa communication de mai 2014, le gouvernement mentionne une décision de la Cour constitutionnelle siégeant en séance plénière qui confirme que, dans la réforme législative de 2012, il n'existe «aucun obstacle [...] qui empêcherait les travailleurs d'exercer l'action prévue en cas de licenciement devant les tribunaux et de parvenir à une sentence prononçant les conséquences prévues par la législation en fonction de la qualification du licenciement»²¹.

Lorsque l'employeur opte pour la résiliation du contrat de travail, suppression des «salarios de tramitación»

- 176.** Le gouvernement indique qu'il convient de clarifier les informations contenues dans la plainte des deux confédérations relative à l'article 10 de la convention n° 158, à la compétence du juge pour déterminer le montant de l'indemnité et au choix entre le versement d'une indemnité et la réintégration du travailleur. En ce qui concerne la réforme du marché du travail de 2012, le gouvernement formule les considérations préliminaires suivantes:

- 1) Le versement d'une indemnité est inscrit dans la législation nationale. La décision fixant le montant de l'indemnité qu'il convient de verser dépend du bien-fondé ou non du motif à l'origine du licenciement. Dans un cas comme dans l'autre, le montant des indemnités et les critères permettant de déterminer ces montants sont régis par la législation nationale. Le gouvernement signale qu'aucune plainte du type de celles évoquées par les confédérations dans leur réclamation n'a été déposée.
- 2) En ce qui concerne la décision de justice consistant à réintégrer le travailleur dans ses fonctions, l'article 10 de la convention en question prévoit une situation où «compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils [organismes impartiaux] n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur». Par conséquent, ce type de décision n'est nullement contraire à la disposition de cet article.

- 177.** Le gouvernement indique que la réforme du travail de 2012 n'a pas modifié la situation antérieure dans laquelle il existait aussi pour l'employeur la possibilité de choisir entre réintégrer le travailleur et lui verser une indemnité – ce qui n'a pas donné lieu non plus à la présentation de plaintes sur ce motif.

²¹ Décision n° 43/2014 du 12 février 2014.

178. Le gouvernement reconnaît que la réforme du travail de 2012 supprime les *salarios de tramitación* dans le cas où l'employeur opte pour l'annulation du contrat assortie du paiement d'une indemnisation. L'article 56 de la Charte des travailleurs, dans sa rédaction en vigueur, dispose:

1. Lorsque le licenciement sera déclaré abusif, l'employeur, dans un délai de cinq jours à compter de la notification de la sentence, pourra opter entre la réintégration du travailleur ou le versement à celui-ci d'une indemnisation équivalant à 33 jours de salaire par année de service, toute période de moins d'une année donnant droit au travailleur à une fraction proportionnelle pour chaque mois, à concurrence de vingt-quatre mois. L'option de l'indemnisation entraînera la résiliation du contrat de travail qui sera réputée avoir eu lieu à la date de la cessation effective du travail.

2. Dans le cas où l'employeur opterait pour la réintégration du travailleur, ce dernier aura droit aux *salarios de tramitación*. Ils reviendront à un montant représentant la somme des salaires non perçus depuis la date du congédiement jusqu'à celle de la notification de la sentence déclarant le licenciement abusif ou jusqu'à la date à laquelle l'intéressé aura trouvé un autre emploi, si cette date est antérieure à celle de la sentence et si l'employeur peut prouver le montant perçu par le travailleur aux fins de déductions du salaire afférent à la période couverte par la procédure.

3. Lorsque l'employeur n'optera pas pour la réintégration du travailleur ou le paiement de l'indemnité, il sera réputé avoir opté pour la réintégration.

4. En cas de congédiement d'un représentant légal des travailleurs ou d'un délégué syndical, c'est toujours à celui-ci qu'appartiendra l'option. Si l'employeur n'exprime pas de choix, il sera réputé avoir opté pour la réintégration. Lorsque l'option exprimée ou présumée sera en faveur de la réintégration, celle-ci sera obligatoire. Que l'option soit le paiement d'une indemnité ou la réintégration, les salariés visés par l'alinéa 2 auront droit aux *salarios de tramitación*.

179. Au vu des dispositions de l'article 56 de la Charte des travailleurs, le gouvernement affirme qu'il ne fait pas de doute que le législateur, dans la réforme du travail de 2012, a opté pour la suppression de l'obligation de verser des *salarios de tramitación* dans les cas de licenciements déclarés abusifs où l'employeur opte pour la résiliation du contrat de travail et le paiement d'une indemnité légalement prévue, sauf dans le cas du licenciement de représentants de travailleurs.

180. Le gouvernement explique que cette situation **n'est pas une nouveauté** dans l'ordre du travail espagnol. Comme le rappellent les deux confédérations plaignantes, la suppression des *salarios de tramitación* dans le même cas existait déjà dans la modification introduite à l'article 56 de la Charte des travailleurs par le décret-loi royal n° 5/2002 du 24 mai sur les mesures urgentes pour la réforme de la protection contre le chômage et l'amélioration de l'emploi qui prévoyait également que le paiement de l'indemnité entraînerait la résiliation du contrat de travail, celle-ci étant réputée produite à la date de la cessation effective du travail. Le gouvernement reconnaît que cette rédaction n'est restée en vigueur que pendant quelques mois. En effet, l'adoption de la loi n° 45/2002 en date du 12 décembre sur les mesures d'urgence de protection contre le chômage et l'amélioration de l'emploi a abrogé le décret-loi royal n° 5/2002 et a réintroduit l'obligation du versement des *salarios de tramitación*, même dans le cas où l'on a opté pour la résiliation du contrat de travail par le versement d'une indemnité, mais en introduisant la possibilité que cette obligation soit supprimée en pratique, l'entreprise étant exonérée de cette obligation tout simplement en reconnaissant le caractère abusif du licenciement et en versant une indemnité correspondante dans les 48 heures faisant suite au licenciement, possibilité connue sous le nom de «licenciement exprès» et qui a disparu avec la réforme de travail de 2012.

181. Le gouvernement rappelle que le décret-loi royal n° 5/2002, en date du 24 mai, déjà abrogé par la loi n° 45/2002, a été déclaré inconstitutionnel et nul par jugement du tribunal inconstitutionnel n° 68/2007 (en séance plénière) du 28 mars. Le gouvernement explique

que la déclaration d'anticonstitutionnalité a été prononcée pour l'inobservation des dispositions constitutionnelles exigées pour les normes telles qu'un décret-loi royal par l'article 86, paragraphe 1, de la Constitution espagnole. En effet, la Cour constitutionnelle a estimé qu'on ne pouvait clairement confirmer la survenue d'une situation «extraordinaire» et d'une «urgente nécessité» sans examiner le contenu de la norme.

- 182.** Le gouvernement estime que la modification concernant les *salarios de tramitación* introduite par la réforme du travail de 2012 respecte absolument les dispositions de l'article 10 de la convention n° 158. Tout d'abord, la question soulevée par les deux confédérations se borne aux cas de résiliations de contrats déclarées abusives sans que cela n'affecte les cas où ces résiliations sont déclarées nulles. Le gouvernement indique que, conformément à l'ordre du travail espagnol en vigueur, cette situation a lieu dans toute une série de cas méritant selon le législateur une protection spéciale, comme par exemple dans les cas suivants: les décisions de résiliation supposant une discrimination ou une violation des droits fondamentaux et des libertés publiques des travailleurs, celles qui sont motivées par la grossesse ou la maternité ou la jouissance de droits connexes, ainsi que pour les licenciements collectifs, les cas où il y a fraude, dol, contrainte ou abus de pouvoir ou non-respect par l'entreprise de l'obligation de tenir une période de consultations et d'informer dûment les représentants légaux des travailleurs. Dans tous ces cas, le gouvernement affirme que **la sentence déclarant la nullité conduit automatiquement à la réintégration assortie du versement de *salarios de tramitación***, conformément à l'article 55.6 de la Charte des travailleurs. Le gouvernement précise donc que, dans ces cas, il ne s'agit pas tant d'une préférence pour la réintégration que du fait que celle-ci est obligatoire pour l'entreprise.
- 183.** Quant à la situation où un licenciement est déclaré abusif, en vertu de l'article 56 de la Charte des travailleurs, le gouvernement déclare que les deux confédérations syndicales partent d'un **raisonnement erroné en estimant que les deux situations** (qu'il s'agisse de réintégrer le travailleur ou d'opter pour la résiliation du contrat assortie du paiement d'une indemnisation légalement prévue) **se valent et doivent être traitées de la même façon, à savoir moyennant le versement, dans les deux cas, des *salarios de tramitación***. Le gouvernement rappelle que la Cour constitutionnelle s'est prononcée à plusieurs reprises en considérant comme différentes les deux possibilités présentées. L'un de ces cas est le jugement n° 122/2008 la Cour constitutionnelle, salle 2.^a, en date du 20 octobre 2008, rendu dans un recours en *amparo* qui a considéré comme anticonstitutionnelle la modification introduite par le décret-loi royal n° 5/2002 dans la réglementation légale des *salarios de tramitación*, qui était similaire en la matière à la réglementation alors en vigueur. On avait notamment estimé dans la demande que l'on avait affaibli les droits fondamentaux sous-jacents dans la disposition modifiée et l'on avait allégué que cet affaiblissement venait du fait que seul le cas où l'employeur opterait pour la réintégration du travailleur ou celui où le licenciement serait déclaré nul donnerait droit à la perception des *salarios de tramitación*, et non pas celui où l'employeur aurait opté pour la résiliation du contrat moyennant indemnité, à la différence de ce qui se passait avant la réforme légale de 2002. La teneur du jugement était notamment la suivante:

[...] Le requérant affirme tout d'abord que le règlement contenu dans l'article 2.3 du décret-loi royal n° 5/2002 affaiblit le droit à l'égalité devant la loi (art. 14 de la Constitution espagnole), en établissant une inégalité de traitement entre des travailleurs se trouvant dans une situation identique – les travailleurs licenciés pour des raisons disciplinaires dont le licenciement a été déclaré injustifié par un organe judiciaire –, selon que le licenciement a été déclaré nul ou abusif, ainsi que, dans le cas d'un licenciement abusif, selon que l'employeur aura opté pour la réintégration du travailleur licencié ou pour la résiliation du contrat assortie d'une indemnisation, étant donné que, si dans les cas de licenciement déclaré nul et de licenciement abusif assorti d'une réintégration du travailleur le droit aux *salarios de tramitación* reconnu par la législation précédente est maintenu, en revanche, dans le cas du licenciement abusif moyennant résiliation du contrat assortie d'une indemnité, on a supprimé ce droit, ce qui a abouti à une différence de traitement injustifiée et arbitraire compte tenu du

fait que la réintégration et l'indemnisation doivent être des options équivalentes et que le préjudice subi par le travailleur est dans tous les cas le même. De cette manière, la loi aboutit en réalité à rendre le licenciement moins onéreux et à pousser l'employeur à préférer la résiliation du contrat assortie d'une indemnisation. [...]

[...] Ces cas partent en fait d'une situation identique. Il s'agit dans les deux cas de travailleurs licenciés disciplinairement dont le licenciement a été déclaré nul ou abusif par voie judiciaire ou reconnu comme tel par un acte de conciliation. Sur la base de cette déclaration ou reconnaissance, l'employeur sera tenu, dans le cas d'un licenciement nul, de réintégrer le travailleur alors que, dans le cas d'un licenciement abusif, il aura le droit de choisir – sauf dans certains cas dans lesquels il appartient au travailleur de décider et qui n'affectent pas l'objet de la présente demande en *amparo* – entre la réintégration du travailleur et la résiliation du contrat de travail moyennant le paiement d'une indemnité, résiliation qui, en vertu de la loi, sera réputée avoir eu lieu à la date de la cessation effective du travail. Dans le cas de la réintégration – qu'il s'agisse d'un licenciement déclaré nul ou d'un licenciement abusif pour lequel on a opté pour cette alternative –, l'employeur devra verser au travailleur les salaires non perçus depuis la date de licenciement jusqu'à celle de la notification de la sentence. Sur cette base, la situation des travailleurs qui était identique au départ se dédouble en deux situations qui sont en fait totalement différentes: dans un cas, le travailleur est réintégré dans l'entreprise et le licenciement est sans effet. C'est dans cette situation que l'on voit que le législateur a prévu deux traitements différents, en reconnaissant exclusivement au travailleur du premier cas, mais pas du second, le droit de percevoir «les salaires non perçus» depuis la date du licenciement jusqu'à celle de la notification de la sentence.

Comme on peut aisément le constater, les situations comparées ne sont en aucune manière homogènes; elles sont au contraire radicalement différentes. Dans un cas, la relation de travail entre l'entreprise et le travailleur est maintenue, étant entendu que, sur la base de la déclaration d'illégalité du licenciement et de l'option de la réintégration, ou selon le cas, de la déclaration de nullité, cette relation est également restée en vigueur, sans solution de continuité entre les dates du licenciement et la réintégration. Dans le second cas, la relation de travail a définitivement cessé à la date du licenciement. [...]

[...] **subordonner le droit à la perception de salarios de tramitación au maintien en vigueur de la relation de travail**, en reconnaissant ce droit au travailleur qui, pour cause de réintégration (en ce sens que la relation de travail avec l'entreprise a toujours été maintenue), en dépit du fait qu'il ne lui a pas fourni de services effectifs pour une raison qui ne lui est pas imputable, alors que ce droit n'est pas reconnu au travailleur dont le contrat de travail a définitivement pris fin à la date du licenciement, **constitue une option que le législateur ordinaire peut légitimement adopter sans porter atteinte aux exigences du principe d'égalité puisqu'il s'agit de situations clairement différenciées du point de vue de la finalité visée**, et cela indépendamment de la conception que l'on maintient de la nature juridique, salariale ou indemnitaire des *salarios de tramitación*, question traditionnellement polémique, doctrinale et jurisprudentielle qui, dans tous les cas, dépasse le champ de la présente juridiction constitutionnelle. [...]

[...] En définitive, l'élément déterminant de la réglementation à l'examen est le fait que l'on considère que le contrat de travail a totalement pris fin à la date du licenciement, sauf si ce dernier est déclaré nul ou si l'employeur opte par la suite pour la réintégration; de la sorte, la contestation du licenciement permettra de dire s'il est abusif ou non (ou, le cas échéant, s'il est nul), avec les conséquences que l'on peut en tirer après l'exercice du droit d'option de l'employeur, à savoir l'indemnisation ou la réintégration, mais sans toutefois modifier, dans le premier cas, la date d'effet du licenciement.

Il est certain que cette décision de considérer le contrat de travail comme pleinement résilié à la date du licenciement, nonobstant sa contestation, lorsque l'employeur n'a pas opté pour la réintégration, ne peut pas non plus être considérée comme portant atteinte au droit à l'égalité devant la loi (art. 14 de la Constitution espagnole), étant donné que, dans le cas des travailleurs réintégrés, l'essence même de cette réintégration serait incompatible avec un effet de cette nature, ce pourquoi nous nous retrouvons à nouveau face à des situations hétérogènes et non comparables à propos desquelles le législateur préconise des solutions cohérentes et proportionnelles au facteur de différenciation. [...]

184. Le gouvernement indique que la Cour constitutionnelle s'est prononcée en des termes similaires dans ses jugements n^{os} 84/2008, en date du 21 juillet, et 85/2009, en date du 18 février.

185. Le gouvernement fait remarquer que les deux confédérations ont eu une lecture faussée de l'article 10 de la convention n^o 158, car à aucun moment n'apparaît dans ledit article de référence concrète aux *salarios de tramitación*, pas plus qu'un concept similaire. Outre la préférence pour la réintégration, qui pourrait littéralement découler de l'article 10 de la convention, cela n'empêche pas que la législation nationale ait prévu des solutions alternatives. Le texte de l'article 10 de la convention ne laisse aucun doute quant au fait que **les organes chargés de contrôler** les licenciements – les juges dans le cas de l'Espagne – **peuvent ou non être habilités par la législation nationale à imposer la réintégration**. La seule obligation est que, en cas d'impossibilité de l'être, ils doivent avoir la possibilité d'imposer le paiement d'une indemnisation.

186. Le gouvernement renvoie aux explications du paragraphe 222 de l'étude d'ensemble de 1995, dans laquelle la commission d'experts évoque une seule fois les *salarios de tramitación* en lien avec le cas d'une réintégration. Il y est dit textuellement:

Lorsque la réintégration est ordonnée, elle est généralement assortie du droit pour le travailleur de toucher la rémunération qu'il aurait perçue entre la date du licenciement et la date du jugement, ou de la réintégration effective, somme parfois diminuée du montant des gains perçus dans l'intervalle si le travailleur a pu trouver un autre emploi. Les organismes compétents peuvent souvent prévoir aussi que la relation d'emploi sera tenue pour non interrompue, ce qui permet au travailleur intéressé de conserver ses droits acquis, tels que les droits à pension et le bénéfice des périodes de stage requises à diverses fins. [...]

187. Le gouvernement reconnaît également que, comme l'indiquent les deux confédérations dans le paragraphe 219 de l'étude d'ensemble de 1995, la commission d'experts explique que: «Tel que formulé, l'article 10 privilégie l'annulation du licenciement et la réintégration comme moyens de réparation du licenciement injustifié.» Le gouvernement indique que le même paragraphe de l'étude d'ensemble de 1995 précise en outre que: «Néanmoins, il reste souple puisqu'il offre d'autres voies possibles de réparation en fonction des pouvoirs de l'organisme impartial et de l'applicabilité ou non dans la pratique d'une décision qui invaliderait le licenciement et proposerait la réintégration.»

188. Le gouvernement insiste sur le fait que, à la suite de la réforme du travail de 2012, la Charte des travailleurs prévoit, en cas de licenciement abusif, lorsque l'on n'a pas opté pour la réintégration, une indemnisation équivalant à 33 jours de salaire par année de service, toute période de moins d'une année donnant droit au travailleur à une fraction proportionnelle pour chaque mois, à concurrence de 24 mois. En conséquence, **l'ordre espagnol en vigueur prévoit bel et bien «le paiement d'une indemnité adéquate»** au travailleur lorsque la cessation de la relation de travail est injustifiée. Le gouvernement rappelle que, si la réforme du travail de 2012 a diminué le montant de l'indemnité précitée, celle-ci reste supérieure à celle prévue dans l'ordre des pays du voisinage de l'Espagne.

189. Par ailleurs, le gouvernement indique que la **préférence pour l'annulation du licenciement et la réintégration du travailleur**, prévue dans l'article 10 de la convention, figure dans l'ordre juridique espagnol puisque:

- dans les cas où le licenciement est déclaré nul, il est obligatoirement procédé à la réintégration du travailleur;
- dans les cas où la résiliation du contrat de travail est déclarée nulle et qu'elle concerne des représentants des travailleurs ou des délégués syndicaux, il appartient à ces derniers d'opter entre la réintégration ou la résiliation du contrat de travail assortie du paiement d'une indemnité, ce qui établit expressément la norme (art. 56, paragr. 4, de la Charte des travailleurs) selon laquelle, si aucun choix n'est exprimé, il sera considéré que l'on opte pour la réintégration;
- enfin, lorsqu'il appartient à l'employeur de choisir, et qu'aucun choix n'est exprimé, l'employeur sera réputé avoir opté pour la réintégration (art. 56, paragr. 3, de la Charte des travailleurs).

190. Contrairement à ce qui est affirmé par les deux confédérations, le gouvernement insiste dans ses communications sur le fait que les *salarios de tramitación* ne font pas «partie intégrante de l'indemnisation» dans les cas de réintégration. Le gouvernement rappelle que, en cas de réintégration, le travailleur n'a droit à aucune indemnité, contrairement à ce qui se passe lorsque l'on opte pour la résiliation du contrat. En outre, étant donné que la réintégration doit avoir lieu dans les mêmes conditions qui préexistaient avant le licenciement injustifié, il est logique que l'on reconnaisse dans ce cas au travailleur le droit de percevoir des *salarios de tramitación*, vu qu'il s'agit de parvenir au même résultat que s'il n'y avait pas eu de résiliation injustifiée du contrat de travail.

191. Le gouvernement indique, dans sa communication d'août 2013, que le décret-loi royal n° 3/2012 a modifié la teneur du n° 4 de l'article 209 du texte modifié par la Loi générale sur la sécurité sociale (LGSS) se référant à la situation légale du chômage en cas de licenciement ou d'annulation de la relation de travail, reformulé comme suit:

En cas de licenciement ou d'annulation de la relation de travail, la décision de l'employeur d'annuler cette relation sera comprise en elle-même et sans nécessité de contestation comme cause de la situation légale du chômage. L'exercice de l'action contre le licenciement ou l'annulation n'empêchera pas la naissance du droit à la prestation.

192. Le gouvernement rappelle que, dans le préambule de la loi n° 3/2012, il est précisé que la suppression des *salarios de tramitación* dans les cas de licenciements déclarés abusifs sans réintégration trouve une justification dans le fait que le travailleur peut accéder à la prestation de chômage à partir du moment où la décision d'annulation est effective. Par ailleurs, dans le cas où il verse un *salario de tramitación*, l'employeur est tenu d'affilier le travailleur et de cotiser à la sécurité sociale avec effet rétroactif (obligation qui ne s'applique pas dans le cas de l'indemnisation). La perception de ces *salarios de tramitación* est incompatible avec la perception de l'allocation de chômage (art. 209, paragr. 6, de la LGSS).

193. En résumé, le gouvernement indique que la suppression des *salarios de tramitación* dans les cas de licenciement déclaré abusif (sauf lorsque la personne licenciée est un représentant légal des travailleurs ou un représentant syndical, auquel cas il sera procédé à leur paiement, indépendamment du fait qu'il y ait réintégration ou non) n'implique pas une violation des garanties prévues par la convention n° 158, puisqu'un régime d'indemnisation est maintenu en pareil cas; un régime d'indemnisation compatible avec la situation légale du chômage et le système de protection contre ce risque.

194. En lien avec les allégations des deux confédérations qui font remarquer que la suppression des *salarios de tramitación* est un moyen d'encourager l'employeur à opter pour l'annulation du contrat plutôt que pour la réintégration, l'indemnisation lui revenant moins cher, le gouvernement déclare qu'une telle affirmation ne tient pas car, pour connaître les coûts que suppose l'une ou l'autre option pour l'employeur et déterminer ceux subordonnés à plusieurs variables (par exemple l'ancienneté du travailleur), il faut se pencher sur le cas concret. Ainsi, il se pourrait que, dans certains cas, le montant de l'indemnisation dépasse de loin les coûts salariaux et de sécurité sociale liés à la réintégration et, à l'inverse, il peut y avoir des cas de licenciements déclarés abusifs pour lesquels l'indemnité à verser sera bien inférieure aux coûts engendrés par une réintégration, notamment si le travailleur a peu d'ancienneté dans l'entreprise.
195. Enfin, le gouvernement déclare que, sur le plan économique, il est complètement irrationnel que, en cas d'annulation du contrat d'un travailleur ayant peu d'ancienneté, celui-ci puisse percevoir, si la loi en la matière n'avait pas été modifiée par la réforme du travail de 2012, un *salario de tramitación* supérieur à l'indemnité. Il n'est pas raisonnable que dans ce cas la durée de la procédure soit un des critères pour fixer le montant à verser par l'entreprise ou par l'Etat, conformément à ce qui est prévu dans l'article 57 de la Charte des travailleurs; une fois écoulés quatre-vingt-dix jours ouvrables à compter de la date de présentation de la demande. Le gouvernement déclare que, durant cette période, le travailleur licencié peut, s'il réunit les critères de cotisation nécessaires, prétendre à une prestation de chômage à compter du moment où la décision d'annulation est effective et jouir également de sa liberté pour trouver un autre travail qu'il devrait en outre quitter – s'il le juge approprié – au cas où l'entreprise opterait pour une réintégration. Au cas où l'entrepreneur opterait pour l'indemnité, le travailleur pourrait la percevoir et continuer à travailler dans sa nouvelle entreprise.

Licenciement pour absentéisme

196. Le gouvernement fait savoir que la nouvelle rédaction de l'alinéa *d*) de l'article 52 de la Charte des travailleurs n'affaiblit pas le contenu de l'article 6, paragraphe 1, de la convention n° 158, précisément en considérant comme raison valable de licenciement les absences au travail pour cause de maladie du travailleur ou de la travailleuse liées à des situations communes. Le gouvernement soutient que la réforme du travail de 2012 a permis de renforcer la protection du travailleur en excluant du décompte les absences au travail qui, sans atteindre vingt jours consécutifs, sont liées à un traitement médical contre le cancer ou contre une maladie grave (concept qui devra être précisé par la législation nationale ou la jurisprudence).
197. Le gouvernement rappelle et insiste, dans sa communication d'août 2013, sur le fait que, dans la première rédaction de la Charte des travailleurs, la loi n° 8/1980, en date du 10 mars, contenait un article 52 *d*) dont la teneur était la suivante:

En cas d'absence du travailleur, même justifiée, mais intermittente, représentant 20 pour cent des jours ouvrables au cours de deux mois consécutifs ou 25 pour cent au cours de quatre mois non consécutifs dans une période de douze mois, pour autant que le taux d'absentéisme de l'ensemble du personnel du centre de travail dépasse 5 pour cent au cours des mêmes périodes.

Le travailleur ne sera pas réputé absent aux fins de l'alinéa qui précède si ses absences sont dues à une grève légale pendant la durée de celle-ci, à l'exercice d'activités de représentation légale des travailleurs, à un accident du travail, à la maternité, à un arrêt du travail autorisé, à des congés annuels ou à une maladie ou à un accident **autre qu'une maladie professionnelle ou un accident du travail, si l'incapacité de travail a été attestée par les services sanitaires officiels et à une durée de plus de vingt jours consécutifs** [remarques ajoutées par le gouvernement de l'Espagne].

198. Le gouvernement souligne que le nouveau libellé imprimé à l'article 52 *d*) de la Charte des travailleurs par la loi n° 3/2012, loin d'allonger la liste des cas d'absences temporaires donnant lieu à un licenciement pour motif objectif, introduit deux types d'absences temporaires qui ne sauraient être prises en compte en vue d'une rupture de la relation de travail, ce qui renforce considérablement la protection des travailleurs. Ces deux nouveaux cas sont les absences imputables à un traitement médical du cancer ou à une maladie grave.
199. Le gouvernement rappelle que la réforme du marché du travail de 2010, concrétisée par la loi n° 35/2010 du 17 septembre, sur les mesures urgentes de la réforme du marché du travail, modifie le texte refondu de la Charte des travailleurs et établit à **2,5 pour cent le taux d'absentéisme de référence de l'ensemble des effectifs du centre de travail**. Dans sa communication d'août 2013, le gouvernement fait observer que, bien que la réforme du marché travail de 2010 ait entraîné la réduction du taux d'absentéisme de l'ensemble des effectifs du centre de travail, les deux confédérations plaignantes n'ont pas présenté de réclamation pour non-exécution de la convention n° 158.
200. Le gouvernement fait savoir que, lors de l'élaboration de la loi n° 3/2012, des problèmes éventuels ont été anticipés concernant son application et, pour y remédier, deux améliorations importantes ont été introduites: d'une part, concernant le cas de rupture de contrat au motif d'absences du travail, même justifiées mais intermittentes, représentant 20 pour cent des jours ouvrables au cours de deux mois consécutifs, une nouvelle condition a été ajoutée, à savoir que le nombre total des absences au cours des douze mois précédents doit représenter 5 pour cent des jours ouvrables; d'autre part, les absences imputables à un traitement médical du cancer ou à une maladie grave ont été exclues du calcul des absences du travail.
201. Le gouvernement fait observer que, même dans le décret-loi royal n° 3/2012, l'absentéisme justifié d'un travailleur est comparé au taux d'absentéisme de l'ensemble des effectifs du centre de travail pour vérifier s'il dépasse ou non les 5 pour cent de cet absentéisme général au cours des mêmes périodes, et, à dater du 21 septembre 2010, pour vérifier s'il dépasse les 2,5 pour cent. En effet, la loi n° 35/2010 a abaissé le pourcentage de référence d'absentéisme de l'ensemble des effectifs, mais cela n'a pas suffi pour empêcher que, dans les lieux de travail où l'absentéisme général est peu élevé, les membres du personnel cumulant un nombre d'absences élevé, même justifiées, ne tirent profit de la situation. C'est la raison pour laquelle l'absentéisme a été peu utilisé comme motif de licenciement, beaucoup plus à cause de sa définition et du double aspect collectif et individuel qu'il comporte, qu'à cause de l'inexistence d'absences du travail intermittentes, même justifiées.
202. Le gouvernement fait savoir que le jugement de la Haute Cour de justice de Catalogne (Chambre sociale, jugement n° 4242/2012 du 7 juin 2012) fournit un exemple de la situation décrite plus haut. Concernant un cas de résiliation du contrat de travail au motif d'absences justifiées, le jugement précise, dans la partie concernant les faits, qu'il n'y a pas, dans l'entreprise, de précédent à ce cas de licenciement fondé sur l'article 52 de la Charte des travailleurs, à l'exception d'un autre cas dans un autre centre de travail aux mêmes dates, et cela en dépit du fait qu'il s'agit de l'une de nos plus grandes entreprises. Le gouvernement se demande si c'est la raison pour laquelle les deux confédérations estiment pertinent que l'absence du travailleur pour cause de maladie devienne un motif justifié de rupture de la relation de travail.
203. Le gouvernement explique que le décret-loi royal n° 3/2012 a supprimé la condition selon laquelle, parallèlement aux absences du travailleur, il fallait pouvoir constater un certain absentéisme de l'ensemble des effectifs. Après le débat parlementaire, la loi n° 3/2012 a repris la méthodologie qui consistait à mettre en rapport les absences justifiées d'un travailleur à un moment donné avec une période de référence. Afin que la présence rigoureuse au travail de certains travailleurs ne bénéficie pas à d'autres qui accumulent des

absences, même justifiées, la prise en compte des absences fait référence dans une plus grande mesure aux absences du travail du travailleur concerné. De fait, la loi n° 3/2012 prend en considération comme motif de licenciement objectif possible non seulement **les absences du travail au cours d'une période courte** (deux mois suivis ou quatre mois non consécutifs) – ou bien, comme l'appellent les deux confédérations auteurs de la réclamation, l'absentéisme individuel de courte durée – **mais aussi les absences du travail que ce même travailleur aurait accumulées au cours d'une période prolongée, soit les douze mois précédents.**

- 204.** Le gouvernement réitère que, depuis 1980, les absences du travail pour cause de maladie ou d'accident non professionnels d'une durée inférieure à vingt jours, ou sans congé maladie accordé par la médecine du travail, sont considérés comme pouvant constituer un motif de licenciement objectif. Aucun motif de rupture d'une relation de travail ne s'applique de manière automatique. D'une part, il faut pouvoir se fonder sur un motif défini par la législation, qu'il s'agisse d'un licenciement individuel, disciplinaire ou pour un motif objectif ou d'un licenciement collectif, et, d'autre part, le comportement du chef d'entreprise doit être sans équivoque au moment d'exprimer sa volonté de mettre un terme à la relation de travail, précisément pour le motif invoqué.
- 205.** Le gouvernement affirme que la situation décrite ci-dessus est compatible avec les normes internationales du travail, qu'il s'agisse de l'article 6 de la convention n° 158 ou de la situation envisagée dans la recommandation (n° 119) sur la cessation de la relation de travail, 1963, qui ne faisait aucunement référence à la question des absences du travail. Comme le précise le gouvernement dans sa communication d'août 2013, cela signifie que la convention permet d'établir, notamment par le biais de la législation nationale, des limites concrètes concernant les absences temporaires pour cause de maladie ou d'accident.
- 206.** Le gouvernement rappelle également les explications du paragraphe 137 de l'étude d'ensemble de 1995 concernant l'article 6 de la convention: la commission d'experts explique que la convention permet cependant certaines limitations qui peuvent être déterminées par les méthodes de l'application nationale. Le gouvernement fait observer que la convention ne définit pas la notion de maladie ou d'accident. Elle ne définit pas non plus la notion d'absence temporaire. La notion même de «temporaire» explique que la protection pourrait être limitée à une certaine durée d'absence. La commission d'experts continue, dans ce même paragraphe 137 de l'étude d'ensemble de 1995, pour dire que: «La convention ne définit pas non plus quel genre de limitations pourraient être prévues. Une des limitations pourrait par exemple avoir trait aux absences répétées pour cause de maladie. Il convient de relever par ailleurs que la rupture du contrat par suite d'un arrêt prolongé pour cause de maladie ou d'accident, si elle est permise par la législation nationale, doit s'analyser comme un licenciement ouvrant normalement droit aux indemnités de départ et autres prestations prévues, et non comme une rupture du fait du salarié.» Le gouvernement réitère que, selon la commission d'experts, la convention prévoit que la notion d'absence temporaire est définie par les dispositions de la législation nationale.
- 207.** Le gouvernement précise que, dans le système espagnol, l'absence temporaire pour maladie ou accident, d'une durée de vingt jours ou plus et certifiée par la médecine du travail, ne constitue en aucun cas une absence pouvant donner lieu à la rupture du contrat, conformément au libellé actuel de l'article 52 d) de la Charte des travailleurs. En revanche, l'incapacité permanente du travailleur, par opposition à l'incapacité temporaire, c'est-à-dire lorsque la maladie ou l'accident empêche le travailleur de réintégrer son poste de travail d'une manière permanente, est elle, bel et bien, une cause de rupture du contrat, même si elle n'est pas fondée sur l'article 52 de la Charte des travailleurs.

- 208.** Le gouvernement réitère qu'il n'y a pas de contradiction entre la notion d'absence temporaire reprise par la Charte des travailleurs et les dispositions de la convention. Selon le gouvernement, la réforme du marché du travail de 2012 a nuancé le texte en y ajoutant expressément une liste – probablement non exhaustive – de types d'absences brèves et intermittentes mais ne constituant pas des motifs de licenciement objectifs et, par conséquent, ne relevant pas de l'absentéisme. Le gouvernement explique que c'est le cas des absences motivées par **la grossesse et l'allaitement à risque, les maladies provoquées par la grossesse, l'accouchement ou l'allaitement, la paternité, un état physique ou psychologique découlant de violences reconnues contre les femmes, ainsi que les absences motivées par un traitement médical du cancer ou une maladie grave.**
- 209.** Le gouvernement indique que les absences du travail, même justifiées, mais intermittentes, provoquées par une autre maladie que celles citées plus haut ou par un accident non professionnel, restent des motifs de licenciement objectif lorsque le congé n'a pas été accordé par la médecine du travail ou, même lorsqu'il l'a été, mais que sa durée n'atteint pas vingt jours consécutifs, et que tous les congés représentent 20 pour cent des jours ouvrables au cours de deux mois consécutifs, pour autant que le total des absences du travail au cours des douze mois précédents atteigne les 5 pour cent des jours ouvrables, ou les 25 pour cent au cours de quatre mois non consécutifs dans une période de douze mois.
- 210.** Le gouvernement rappelle que les dispositions actuelles concernant les absences temporaires du travail établissent en général une comparaison entre ces absences au cours d'une période déterminée et les absences du même salarié au cours d'une période plus longue d'un an. Quoi qu'il en soit, l'examen des absences pendant ces deux périodes fait référence à 20 pour cent des jours ouvrables au cours de deux mois consécutifs et à 25 pour cent des jours ouvrables au cours de quatre mois non consécutifs.

Recours en inconstitutionnalité

- 211.** Dans ses communications de juin et d'août 2013, le gouvernement de l'Espagne a indiqué qu'il y avait des points communs entre la réclamation des deux confédérations relative à la réforme du marché du travail de 2012 et un recours en inconstitutionnalité interjeté auprès de la Cour constitutionnelle par deux groupes parlementaires du Congrès des députés. Le gouvernement indique que, par une ordonnance du 30 octobre 2012²², le plenum de la Cour constitutionnelle a déclaré recevable le recours en inconstitutionnalité n° 5610-2012 des groupes parlementaires socialistes et de la gauche plurielle à l'encontre des articles 4.3, 12.1, 14.1 et 14.2, 18.3 et 18.8, et 23.1, la troisième disposition supplémentaire et la disposition finale 4.2 de la loi n° 3/2012 du 6 juillet sur les mesures urgentes pour la réforme du marché du travail. En outre, le gouvernement a observé qu'il était en attente du résultat d'un autre recours en inconstitutionnalité n° 5603-2012²³, interjeté par le Parlement de Navarre, enregistré à la même date que le précédent, à l'encontre des articles 4 et 14.1 et 14.3 et, par conséquent, de l'article 14.2 et de la cinquième disposition supplémentaire de la loi n° 3/2012 déjà mentionnée.
- 212.** Le gouvernement estime que certains des points figurant dans les deux recours en inconstitutionnalité présentent des ressemblances avec la réclamation des deux confédérations concernant la convention n° 158. Le gouvernement a fait une lecture des articles de la loi n° 3/1012 et il a noté les questions soulevées dans le recours en inconstitutionnalité, en indiquant si des allégations similaires avaient été faites dans la réclamation relative à la convention n° 158:

²² Journal officiel, 9 nov. 2012, section 1, p. 78332.

²³ Journal officiel, 9 nov. 2012, section 1, p. 78331.

- L'inconstitutionnalité de l'article 4.3 de la loi n° 3/2012 au motif de la violation des articles 35.1, 37.1 et 24.1 de la Constitution espagnole (CE). La disposition de cet article en vertu de laquelle le CAE doit prévoir une période d'essai «d'un an en tout cas», violerait, selon le texte du recours en inconstitutionnalité, trois normes constitutionnelles: le droit au travail (art. 35.1 de la CE, interprété à la lumière des traités et des accords internationaux ratifiés par l'Espagne, comme prévu à l'article 10.2 de la CE); le droit à la négociation collective (art. 37.1 de la CE); et le droit au contrôle judiciaire effectif (art. 24.1 de la CE). Le gouvernement indique que l'article 4.3 de la loi n° 3/2012 qui régit le CAE figure dans la réclamation concernant la période d'essai d'un an qui est considérée par les deux confédérations comme étant assimilée à un licenciement unilatéral, en violation de la convention n° 158.
- L'inconstitutionnalité de l'article 18.3 de la loi n° 3/2012 au motif de la violation des articles 35.1 et 24.1 de la Constitution espagnole, puisque cet article modifie à divers égards l'article 51.1 de la Charte des travailleurs – et, par extension, son article 52 c) à divers égards. Concrètement, le recours en inconstitutionnalité émet des doutes sur les nouveaux termes censés définir les motifs économiques, techniques, organisationnels ou liés à la production qui justifient le recours aux modalités légales du licenciement collectif et objectif prévues, respectivement, dans les normes précitées. Il est affirmé que le nouveau libellé ne fait plus cas du licenciement pour des motifs liés à l'entreprise. Et, par conséquent, le contrôle judiciaire de ce motif de licenciement s'en trouve empêché. Le gouvernement indique que, en des termes semblables, les deux confédérations ont affirmé dans leur réclamation que, du fait de la nouvelle réglementation des motifs de licenciement économique et technique et liés à l'organisation ou à la production, les travailleurs peuvent être licenciés sans raison suffisante et proportionnée et sans véritable contrôle judiciaire, ce qui serait contraire à l'esprit de la convention n° 158. En outre, l'inclusion dans les motifs de licenciement objectif des absences du travail dues à une maladie ou un accident, même si elles sont dûment justifiées, fait l'objet de la réclamation.
- L'inconstitutionnalité des articles 18.8 et 23 de la loi n° 3/2012 qui modifient l'article 56.2 de la Charte des travailleurs et l'article 110.1 de la loi relative à la juridiction du travail, respectivement, relatifs aux effets du licenciement déclaré abusif. En particulier, la disposition selon laquelle le travailleur a droit aux salaires échus mais non versés pendant la procédure (*salarios de tramitación*), si l'employeur choisit de le réintégrer à son poste alors qu'il n'y aura pas droit si l'employeur choisit de lui verser l'indemnité de licenciement prévue, fait l'objet d'un recours auprès de la Cour constitutionnelle. Selon le recours en inconstitutionnalité, il y a violation des articles 35.1 et 14 de la Constitution espagnole. Le gouvernement indique que la suppression des salaires échus et non versés pendant la procédure est un élément à part entière de la réclamation au motif que cette suppression est contraire à la convention n° 158.

213. Le gouvernement fait savoir que l'article 10.2 de la Constitution espagnole fixe le critère herméneutique suivant: «Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnus par la Constitution sont interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux ratifiés par l'Espagne sur ces mêmes questions.» Par ailleurs, les jugements de la Cour constitutionnelle et des organes juridictionnels créés par les traités et les accords internationaux en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales (par exemple la Cour européenne des droits de

l'homme) sont des jugements de référence lors des recours en cassation. Le jugement se limite à concéder ou nier la tutelle du droit ou de la liberté invoqués²⁴.

- 214.** Dans ses communications d'août 2013 et de mai 2014, le gouvernement s'en remet au point 29 du document relatif aux «Procédures spéciales en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale au sein de l'Organisation internationale du Travail» qui dit que: «Lorsqu'un cas fait l'objet d'une instance devant une juridiction nationale indépendante dont la procédure offre les garanties appropriées et qu'il considère que la décision à intervenir est susceptible de lui apporter des éléments supplémentaires d'information, le comité sursoit à l'examen du cas pendant une durée raisonnable en attendant d'être en possession de cette décision sous réserve que le délai ainsi entraîné ne risque pas de porter préjudice à la partie dont il est allégué que les droits ont été violés.»

Impact de la réforme du marché du travail de 2012

- 215.** Dans sa communication d'août 2013, le gouvernement déclare que la réforme du marché du travail de 2012 entraîne un changement profond dans la culture de l'emploi. Il s'agit de progresser vers la flexisécurité et de trouver un nouvel équilibre entre la protection des travailleurs et un fonctionnement flexible d'un marché du travail qui offre des opportunités d'emploi meilleures et en plus grand nombre. Ainsi, pour faire face à la dualité du marché, la réforme n'agit pas uniquement dans une seule direction, en n'intervenant qu'au niveau du recrutement, mais elle arbitre un vaste ensemble de mesures visant l'origine du problème, à savoir la rigidité des conditions de travail et les différences de coûts en matière de résiliation des contrats, selon qu'ils sont ou non de durée indéterminée. A cet égard, le gouvernement rappelle que la réforme du marché du travail de 2012 a introduit une nouvelle modalité contractuelle qui favorise le contrat stable, à savoir le CAE, et restaure l'interdiction d'enchaîner des contrats temporaires au-delà de deux ans. En outre, la réforme du marché du travail favorise la flexibilité interne, rationalise et clarifie le système d'utilisation du licenciement pour des raisons objectives et encourage une négociation collective plus dynamique et plus proche des besoins de chaque centre de travail. En d'autres termes, la lutte contre un marché du travail à deux vitesses devient systématique.

- 216.** Le gouvernement fait savoir que les principaux résultats de la réforme du marché du travail de 2012 sont au nombre de six:

- 1) **Pour la première fois pendant la crise, l'aggravation de la détérioration du produit intérieur brut (PIB) ne s'est pas traduite par une accélération du rythme de destruction de l'emploi.** Selon le gouvernement, les données de l'emploi salarié privé montrent que, pour la première fois au cours de la crise, une accélération de la contraction économique ne s'est pas traduite par une intensification du rythme de destruction de l'emploi qui, au contraire, ralentit. Au cours des premiers trimestres de 2012-13, la destruction de l'emploi salarié privé au cours de la période est passée de 5,26 pour cent du total des salariés (son niveau de 2011-12) à 4,78 pour cent, en dépit d'une contraction plus accentuée de l'activité économique. Le ralentissement du déclin a notamment touché l'emploi non défini qui tombe à moins 3,2 pour cent au lieu de moins 4,2 pour cent.
- 2) **S'il n'y avait pas eu de réforme du marché du travail, la destruction de l'emploi aurait été plus accentuée.** L'analyse du ministère de l'Economie et de la Compétitivité estime que la réforme aurait permis d'éviter la destruction de

²⁴ Le gouvernement illustre l'application de ce critère herméneutique dans le jugement de la Cour constitutionnelle n° 236/2007.

225 800 emplois au cours de l'année qui a précédé son application. En dépit d'une contraction économique des plus accentuées en 2012, de l'impact du processus de consolidation fiscale et de la crise financière sur l'emploi, la destruction de l'emploi dans le secteur privé au cours des douze mois qui ont suivi la réforme du marché du travail a été sensiblement inférieure à ce qu'elle avait été au cours des douze mois précédents.

- 3) **L'évolution de l'emploi indépendant a été plus favorable après la réforme du marché du travail, alors que ce type d'emploi avait connu une chute rapide au début de la crise.** Entre le premier trimestre de 2008 et le premier trimestre de 2012, 560 000 emplois indépendants ont été anéantis, soit 16 pour cent d'entre eux. L'évolution au cours des quatre trimestres qui ont suivi la réforme du marché du travail a été plus favorable que celle des quatre trimestres précédents, en dépit de l'aggravation de la conjoncture économique. Au premier semestre de 2013, le nombre des enregistrements de travailleurs indépendants a augmenté de 23 000, un chiffre bien meilleur que celui des autres années de crise.
- 4) **L'évolution récente du marché du travail a beaucoup contribué à l'amélioration de la compétitivité des produits espagnols.** C'est au cours du dernier trimestre de 2012 que s'est produite la chute la plus importante des coûts unitaires du travail (CUT) de toute la période de la crise (soit moins 5,9 pour cent), et la récupération de la compétitivité perdue s'est intensifiée. Compte tenu des progrès réalisés depuis l'approbation de la réforme, le niveau des CUT est déjà moins élevé qu'en 2007, et l'évolution depuis 2005 est plus favorable que celle de l'Allemagne, de la France ou de l'Italie, et elle est même plus favorable que l'évolution moyenne dans la zone euro.
- 5) **L'économie espagnole créera de l'emploi sur la base de taux de croissance du PIB plus faibles.** Selon une première estimation, le ministère de l'Economie et de la Compétitivité juge que l'économie espagnole sera à même de créer de l'emploi à partir d'un taux de croissance se situant entre 1 et 1,2 pour cent, c'est-à-dire à un niveau beaucoup plus bas que celui qui prévalait avant la réforme, soit plus de 2 pour cent.
- 6) **L'augmentation du taux de chômage s'est ralentie depuis la réforme du marché du travail.** Le taux de croissance interannuelle du nombre des chômeurs, qui a atteint presque 18 pour cent au cours de la première période qui a suivi la réforme du marché du travail (deuxième trimestre de 2012), est plus modéré, et il se situe désormais à 5 pour cent (deuxième trimestre de 2013).

217. Le gouvernement souligne également que les objectifs spécifiques de la réforme du marché du travail ont été atteints, à savoir: i) favoriser la flexibilité interne dans les entreprises pour offrir une solution de rechange à la destruction de l'emploi; ii) moderniser la négociation collective pour qu'elle réponde mieux aux besoins spécifiques des entreprises et des travailleurs et encourager un dialogue permanent au sein de l'entreprise; iii) améliorer l'employabilité des travailleurs par le biais de la formation et l'efficacité des services de l'emploi; iv) encourager la création d'emplois stables et de qualité et lutter contre un marché du travail à deux vitesses; v) combattre l'absentéisme injustifié au travail.

Conclusions du comité

Le contexte de la réforme du marché du travail de 2012

- 218.** Le comité note que la crise économique et le chômage, qui touchent toutes les catégories de la population, en particulier les jeunes, et la mondialisation qui oblige les entreprises à être compétitives, ont forcé la plupart des Etats Membres de l'OIT à réviser les règles du travail. Les gouvernements ont souvent modifié la législation du marché du travail et certaines autres réformes ont abouti grâce à la négociation collective, qui ont amené une plus grande flexibilité notamment en cas de licenciement, et moins de contraintes pour les entreprises.
- 219.** Le comité constate qu'un grand débat est ouvert entre ceux qui estiment que le droit du travail doit évoluer pour faire face à la crise et au chômage et ceux qui, au contraire, estiment que les causes de ces graves phénomènes et les solutions à y apporter sont bien différentes. Certains pensent qu'évoquer la crise économique et financière n'est qu'un simple alibi pour reconcevoir les rapports de force dans l'entreprise.
- 220.** Le comité note que, quelle que soit la thèse la plus proche de la réalité, la protection offerte par les instruments internationaux est devenue beaucoup plus importante. Les conventions de l'OIT permettent ainsi d'éviter les initiatives de plus en plus fréquentes qui visent à réduire la protection des travailleurs. En effet, les conventions internationales du travail constituent des normes minimales, acceptées à l'échelle internationale, qui protègent les droits fondamentaux des travailleurs. Le comité note que, même si la fonction première des normes internationales du travail reste la même, leurs dispositions doivent être appliquées à la lumière des différents contextes historiques et cycles économiques.
- 221.** Dans le cas présent, le comité a examiné, à la demande de deux confédérations espagnoles (CC.OO. et UGT) la question de savoir si la réforme du marché du travail, en ce qui concerne le licenciement, adoptée en Espagne en 2012 en raison de la situation très grave du chômage et dans le but d'y faire face, est compatible avec les principes contenus dans la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982.
- 222.** Les deux confédérations font valoir que, depuis le début de la crise économique, en particulier suite à la réforme du marché du travail de 2010, les motifs sur la base desquels l'employeur est habilité à procéder à un licenciement pour cause économique ou assimilée ont été étendus. Elles estiment que les tendances négatives apparues avec la réforme du marché du travail de 2010 ont été portées à leur paroxysme avec la réforme du marché du travail de 2012, et ce au mépris patent des principes relatifs au licenciement inscrits dans la Constitution espagnole et, au surplus, en contradiction directe avec les dispositions de la convention n° 158. Les deux confédérations rappellent que les instruments adoptés par la Conférence internationale du Travail en 1982 au sujet de la cessation de la relation d'emploi (la convention n° 158 et la recommandation n° 166) avaient pour finalité de renforcer les garanties offertes aux travailleurs face au licenciement en les protégeant contre une rupture arbitraire et injustifiée de la relation de travail par l'employeur et aussi contre les difficultés économiques et sociales qu'entraîne la perte de l'emploi en favorisant la sécurité dans l'emploi, qui constitue un aspect essentiel du droit au travail. Les deux confédérations se réfèrent à l'étude d'ensemble de 1995, dans laquelle la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations déclarait que la nécessité

de fonder le licenciement sur un motif valable constitue la pierre angulaire des dispositions de la convention ²⁵.

- 223.** Les deux confédérations rappellent que les objectifs de la réforme du marché du travail de 2012 proclamés par le gouvernement étaient «d'établir un cadre clair, qui contribue à la gestion efficace des relations professionnelles et favorise la création d'emplois, ainsi que la stabilité dans l'emploi dont notre pays a besoin». Déclarant s'être fixé pour objectif d'instaurer la flexisécurité, le gouvernement avait exprimé que les mesures prises au titre de la réforme du marché du travail de 2012 devaient favoriser l'employabilité des travailleurs, l'engagement à durée indéterminée et les autres formes d'emploi en s'attachant particulièrement à promouvoir la création d'emplois par les PME ainsi que l'emploi des jeunes, favoriser la flexibilité interne au sein de l'entreprise comme alternative à la suppression d'emploi, favoriser l'efficacité du marché du travail en tant qu'élément de réduction de la dualité du marché du travail grâce à des mesures visant principalement la résiliation des contrats de travail. Les deux confédérations évoquent les données de l'Enquête sur la population active (EPA) publiées pour le premier trimestre de 2013 et font valoir que le nombre des demandeurs d'emploi n'a fait qu'augmenter d'un trimestre à l'autre, le taux de chômage s'étant aggravé de 10 pour cent entre le début de 2012 et le début de 2013, pour atteindre des chiffres records dépassant 27 pour cent de la population active. Pour ces deux confédérations, la réforme du marché du travail de 2012 n'a pas créé de l'emploi et n'a pas non plus freiné la destruction d'emplois existants. D'après le rapport sur la situation socio-économique et du travail de 2012 publié par le Conseil économique et social de l'Espagne, la réforme du marché du travail de 2012 n'a fait qu'aggraver le chômage, faciliter les licenciements individuels et collectifs, dégrader les conditions de travail pour l'ensemble des travailleurs et accroître les tensions génératrices de conflits et la judiciarisation des relations professionnelles ²⁶.
- 224.** Le gouvernement argue que la crise à laquelle l'Espagne a été confrontée en 2012 a montré que, dans ce pays, l'emploi revêt un caractère éminemment saisonnier par rapport aux cycles économiques. En effet, depuis que la crise s'est déclarée, contrairement à ce qui s'est produit dans d'autres pays européens, les entreprises espagnoles ont procédé, le plus souvent, à des mesures de licenciement collectif plutôt que de recourir à des mesures de flexibilité interne, option qui traduisait les faiblesses du marché du travail espagnol, caractérisé par un investissement minime dans la formation et des possibilités plus larges de licencier certaines catégories de travailleurs. Le cadre juridique espagnol n'est pas de nature à favoriser les mécanismes de flexibilité interne et de négociation collective qui introduisent une plus grande marge de manœuvre en faveur des entreprises en permettant à celles-ci d'adapter les conditions de travail aux changements conjoncturels de l'économie et de la production. Le gouvernement souligne qu'il existe sur le marché du travail un vaste groupe de travailleurs engagés par contrats à durée déterminée, qui ne bénéficient pas, face au licenciement, de la même protection que les autres et forment à ce titre la principale variable d'ajustement pour les entreprises. Les premiers travailleurs à perdre leur emploi sont ceux qui ont été engagés par contrat à durée déterminée, de la même façon que, parmi ceux qui ont été engagés par contrat à durée indéterminée, ce sont

²⁵ BIT: *Protection contre le licenciement injustifié*; étude d'ensemble des rapports sur la convention n° 158 et la recommandation n° 166; Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations; Rapport III (Partie 4B), Conférence internationale du Travail, 82^e session, Genève, 1995, paragr. 76.

²⁶ Voir le chapitre II du Rapport sur la situation socio-économique du travail en Espagne pour l'année 2012, approuvé par le Conseil économique et social de l'Etat du Royaume d'Espagne à sa séance plénière du 29 mai 2013, intitulé «*Mercado de Trabajo, Políticas de Empleo y Relaciones Laborales*» (Marché du travail, politique de l'emploi et relations professionnelles).

probablement les plus jeunes qui sont les premiers touchés par les mesures de licenciement.

225. Le gouvernement considère que les principaux résultats de la réforme du marché du travail de 2012 sont au nombre de six: 1) Pour la première fois depuis le début de la crise, une nouvelle détérioration du produit intérieur brut (PIB) ne s'est pas traduite par une accélération du rythme des destructions d'emplois; 2) s'il n'y avait pas eu de réforme du marché du travail, la destruction d'emplois aurait été plus accentuée; 3) l'évolution de l'emploi indépendant a été plus favorable après la réforme du marché du travail, alors que ce type d'emploi avait connu une chute rapide au début de la crise; 4) l'évolution récente du marché du travail a beaucoup contribué à l'amélioration de la compétitivité des produits espagnols; 5) l'économie espagnole créera de l'emploi sur la base de taux de croissance du PIB plus faibles; 6) l'augmentation du taux de chômage s'est ralentie depuis la réforme du marché du travail.

226. *Le comité relève l'importance que revêtent les normes internationales du travail en Espagne, ce dont témoigne en particulier la ratification d'un nombre particulièrement élevé de conventions internationales du travail (84 actuellement en vigueur). D'après la teneur des discussions tripartites que la Conférence internationale du Travail a consacrées en juin 2013 à l'application dans ce pays de la convention (n° 122) sur la politique de l'emploi, 1964, depuis que la récession économique s'est amorcée, en 2008, devant les obstacles à surmonter face à la crise de la dette apparue dans la zone de l'euro, il a été observé que l'application de certaines conventions se heurtait à de sérieux défis²⁷. Le Comité de la liberté syndicale, dans son examen du cas n° 2947, a pris dûment note de la nécessité de réagir d'urgence devant ce qui est une crise économique particulièrement grave et complexe et de faire face aux problèmes posés par la situation particulièrement grave du chômage (les chiffres les plus élevés de l'Union européenne)²⁸. A l'instar de la Commission de la Conférence et du Comité de la liberté syndicale, le comité souligne l'importance de règles partagées par les partenaires sociaux dans le domaine particulièrement important qu'est celui des relations professionnelles et invite en conséquence le gouvernement à intensifier les efforts tendant au renforcement du dialogue social et, en consultation avec les partenaires sociaux, à apporter aux difficultés économiques présentes des solutions qui soient conformes à la convention n° 158.*

Fixation d'une période d'essai d'un an dans le nouveau type de contrat de travail à durée indéterminée dit «de soutien aux entrepreneurs»

227. Les deux confédérations soutiennent que la période d'essai d'un an inscrite dans les modalités du contrat à durée indéterminée dit «de soutien aux entrepreneurs» (CAE) conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 4 de la loi n° 3/2012 du 6 juillet ne répond pas, eu égard à son caractère déraisonnable, aux prescriptions requises pour pouvoir constituer une exclusion admissible au regard de l'article 2, paragraphe 2 b),

²⁷ Conférence internationale du Travail, 102^e session, *Compte rendu provisoire*, n° 16-2(Rev.), Partie II/117-Partie II/124, Genève, juin 2013.

²⁸ Paragraphe 462 du 371^e rapport du Comité de la liberté syndicale, mars 2014.

de la convention n° 158. La disposition légale incriminée est libellée dans les termes suivants:

Le régime juridique du contrat et les droits et obligations qui en découlent sont d'une manière générale régis par les dispositions de la loi révisée sur la Charte des travailleurs, approuvée en vertu du décret royal n° 1/1995 du 24 mars, ainsi que par les conventions collectives applicables aux contrats à durée indéterminée, sauf en ce qui concerne la durée de la période d'essai, réglementée par l'article 14 de la Charte des travailleurs, qui sera d'une année en tout cas. Les travailleurs qui ont déjà exercé les mêmes fonctions dans l'entreprise ne peuvent pas être soumis à une période d'essai, quelle qu'ait été la nature de leur(s) précédent(s) contrat(s).

- 228.** Les deux confédérations arguent que le caractère raisonnable de la durée de la période d'essai est un impératif fondamental au regard de l'ordre juridique interne. Pour déterminer ce qui se conçoit comme raisonnable en la matière, il convient de se référer aux critères qui ressortent de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine nationales. L'article 14 de la Charte des travailleurs, qui dispose quant à la période d'essai, fixe, en lien avec la formation du travailleur ayant souscrit un accord de mise à l'essai, une durée maximale qui est de **six mois** pour les techniciens qualifiés et de **deux mois** pour les autres travailleurs. Les deux confédérations font valoir que le CAE s'éloigne des critères et des principes établis dans l'ordre juridique interne de l'Espagne et que la durée d'**un an** maintenant prévue pour la période d'essai n'a aucun lien direct ou indirect avec les qualifications ou la formation professionnelle du travailleur ni avec l'expérience que celui-ci est censé avoir acquise au fil de son parcours professionnel ni encore avec le degré de responsabilité plus ou moins élevé qui peut s'attacher au poste considéré, ni même avec le niveau de difficulté inhérent à l'exercice des fonctions objet du contrat.
- 229.** Les deux confédérations insistent sur le point que l'article 4, paragraphe 3, de la loi n° 3/2012, du fait qu'il comporte les mots «en tout cas», ne ménage pas assez de latitude pour que l'on puisse l'adapter à la situation particulière de chaque travailleur. Elles considèrent que des périodes d'essai aussi longues s'assimilent ou peuvent s'assimiler à des situations qui revêtent le caractère de contrats temporaires sans les règles et les garanties qui s'attachent à cette dernière forme de contrat.
- 230.** Les deux confédérations déclarent souscrire aux conclusions du comité tripartite qui avait examiné la réclamation dirigée contre le «contrat nouvelle embauche» (CNE) instauré naguère en France, réclamation dans le cadre de laquelle des doutes s'étaient exprimés quant au caractère raisonnable de la durée d'une période d'essai atteignant deux ans dans le cadre de cette modalité contractuelle²⁹. Le CNE devait permettre d'éluder l'application de certaines protections prévues par le Code du travail en cas de licenciement individuel ou collectif pendant une période de deux ans consécutifs à la conclusion d'un tel contrat.
- 231.** Les deux confédérations arguent que la période d'essai admise dans l'ordre juridique interne de l'Espagne a été conçue pour que l'employeur ait la possibilité de s'assurer, au cours des premiers stades de l'engagement du travailleur, des compétences professionnelles et de l'adaptation de celui-ci à son poste de travail. Le tribunal suprême a abordé au moins en deux occasions la question d'une période d'essai d'une durée plus longue que les six mois prévus par la Charte des travailleurs. Il a souligné qu'une telle période d'essai n'a pas d'autre finalité que de rendre possible la connaissance réciproque

²⁹ Document GB.300/20/6, novembre 2007, Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France des conventions (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, et (n° 158) sur le licenciement, 1982, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la *Confédération générale du travail-Force ouvrière*.

entre les parties au contrat, de manière que l'employeur puisse évaluer les aptitudes du travailleur et l'opportunité de maintenir le lien contractuel établi³⁰.

- 232.** Les deux confédérations se refusent à considérer que le CAE puisse se justifier comme mesure de politique de l'emploi. Le fait de lier le CAE à la politique de l'emploi ne saurait justifier que l'on porte atteinte aux droits des travailleurs ayant trait à la cessation de la relation d'emploi, et la poursuite de certains objectifs macroéconomiques ne saurait justifier non plus la suppression de droits du travail. Si l'on admettait des exceptions telles que celles prévues par le CAE, les dispositions contraignantes du droit international consacrées par la convention se trouveraient reléguées au statut de simples indications de politique économique à caractère subsidiaire.
- 233.** Le gouvernement insiste sur le fait que la convention ne définit pas la notion de «durée raisonnable» devant s'appliquer à la période d'essai et il argue que c'est à chaque pays qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une telle durée raisonnable. Il argue que la notion de durée raisonnable à laquelle la convention fait référence correspond à un concept juridique indéfini, qui a été concrétisé par la législation nationale exclusivement dans le cas du CAE, étant entendu que ce seront les tribunaux nationaux qui devront déterminer dans chaque cas s'il y a eu violation de la convention quant au caractère raisonnable de la période d'essai.
- 234.** Le gouvernement se réfère également au rapport du comité tripartite chargé d'examiner la réclamation dirigée contre le CNE en ce que ce comité a conclu qu'il pourrait ne pas exclure la possibilité qu'une période plus longue se justifie pour permettre aux employeurs de mesurer la viabilité économique et les perspectives de développement de leur entreprise, mais se trouve dans l'incapacité de conclure, sur la base des circonstances apparemment prises en compte par le gouvernement français pour déterminer cette durée, qu'une période d'une durée aussi longue que deux ans soit raisonnable. Le gouvernement souligne l'importance de ce raisonnement du comité tripartite qui, d'après lui, ne rejette pas complètement comme étant contraire à la convention la possibilité de fixer une période d'essai supérieure à six mois³¹.
- 235.** Le gouvernement soutient qu'il convient de nuancer l'importance des décisions du tribunal suprême mentionnées par les deux confédérations car ces deux décisions procèdent, à son avis, d'une compréhension restreinte de la finalité de la période d'essai. Il argumente à ce propos que la convention n° 158 admet une certaine souplesse dans son application, s'agissant notamment de son article 2 b), comme cela a été relevé dans le *Document final*

³⁰ Les deux confédérations se réfèrent à l'arrêt du tribunal suprême du 12 novembre 2007 (recours n° 4341/2006), dans lequel cette instance a considéré qu'il ne semble pas raisonnable d'admettre que l'employeur a besoin d'une période d'essai aussi longue [deux ans] pour savoir si le travailleur a les capacités nécessaires pour une activité de ce type (démarchage de clients pour qu'ils figurent dans un annuaire téléphonique). Dans sa décision du 20 juillet 2011 (recours n° 152/2010), le même tribunal s'est référé à la décision susmentionnée et a confirmé son raisonnement en déclarant que, si la plaignante a été engagée en tant que promoteur de ventes, son travail consistant à vendre des pages jaunes et d'autres produits, l'obliger à effectuer une période d'essai d'un an semble à l'évidence excessif étant donné que l'objet de la période d'essai peut être satisfait amplement avec une durée plus courte.

³¹ Paragraphes 70 et 71 du document GB.300/20/6, novembre 2007.

de la Réunion tripartite d'experts chargés d'examiner la convention n° 158 et de la recommandation n° 166, adopté par les experts gouvernementaux et travailleurs ³².

- 236.** Le gouvernement soutient que la période d'essai prévue dans le CAE répond à des finalités plus étendues car elle n'a pas seulement celle de favoriser la connaissance réciproque des parties mais aussi celle de permettre de vérifier que l'emploi considéré est économiquement viable et peut perdurer, de manière que l'employeur dispose d'un délai raisonnable pour s'assurer que l'engagement répond à ses attentes, si bien qu'en définitive cette période d'essai favorise l'engagement de travailleurs à durée indéterminée. Il explique que la durée ainsi prévue se justifie par la crise et par l'incertitude engendrée par la situation économique en cours et qu'elle doit être appréciée en la replaçant dans le contexte des objectifs poursuivis à travers l'ensemble de la réforme du marché du travail de 2012.
- 237.** Le gouvernement souligne que la loi n° 3/2012 instaure des mesures d'incitation économique ainsi que des allègements de cotisations de sécurité sociale pendant trois ans en faveur des entreprises qui embaucheront sous le régime du CAE, à condition naturellement que l'employeur maintienne le travailleur engagé dans son emploi pendant au moins trois ans à compter de la date de son engagement, à défaut de quoi il lui faudrait rétrocéder la différence correspondant à ces allègements.
- 238.** Le comité note que, en vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la loi n° 3/2012, le CAE ne pourra être appliqué qu'aux entreprises de moins de 50 salariés «qui, malgré la situation de crise économique, misent sur la création d'emplois». D'autre part, il note que, d'après le quatrième paragraphe, partie III du préambule de cette même loi, les entreprises de moins de 50 salariés constituent 99,23 pour cent des entreprises en Espagne.
- 239.** Le comité note également que deux dispositions spécifiques ont été incluses de manière à empêcher l'utilisation abusive de la période d'essai instaurée par le CAE. La première exclut d'appliquer une telle période d'essai à des travailleurs que l'entreprise avait engagés précédemment sur une base temporaire (article 4, paragraphe 3, de la loi n° 3/2012). La seconde interdit de se prévaloir du CAE à toute entreprise qui, dans les six mois précédant la conclusion du contrat d'engagement, a procédé à des licenciements pour des motifs que la justice a déclaré irrecevables ou à un licenciement collectif (article 4, paragraphe 6, de la loi n° 3/2012).
- 240.** Le comité relève également le caractère transitoire de la modalité établie par l'article 4 de la loi n° 3/2012, qui ne doit rester en vigueur que «tant que le taux de chômage dans notre pays dépassera 15 pour cent» (disposition provisoire n° 9 de la loi n° 3/2012).
- 241.** En vertu de l'article 2, paragraphe 2, de la convention n° 158:

Un Membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la présente convention les catégories suivantes de travailleurs salariés:

- a) les travailleurs engagés aux termes d'un contrat de travail portant sur une période déterminée ou une tâche déterminée;
- b) les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable;
- c) les travailleurs engagés à titre occasionnel pour une courte période.

³² Paragraphe 127 du document TMEE/C.158-R.166/2011/2, rapport final: Réunion tripartite d'experts chargés d'examiner la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, et la recommandation (n° 166) sur le licenciement, 1982 (Genève, 18-21 avril 2011).

Cet article se lit en conjonction avec l'article 4, ainsi conçu:

Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

- 242.** Le comité observe que l'article 2, paragraphe 2 b), de la convention ne contient pas de définition de la période d'essai ou de ce que l'on doit entendre par «durée raisonnable» d'une telle période d'essai. Au paragraphe 40 de l'étude d'ensemble de 1995 sur la convention n° 158, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations a exprimé à ce propos qu'il appartient à chaque pays de déterminer les périodes considérées comme raisonnables, à condition que cela soit fait en toute bonne foi. La commission d'experts a exprimé en outre que la seule condition établie à ce sujet par la convention est que la durée de cette période soit fixée d'avance, afin notamment que le travailleur concerné ait connaissance des conditions de son engagement et pour éviter que cette période d'essai se prolonge indûment.
- 243.** Le comité observe également que le rapport du comité tripartite chargé d'examiner la réclamation dirigée contre le CNE, rapport approuvé par le Conseil d'administration en novembre 2007, n'excluait pas la possibilité qu'une période plus longue se justifie pour permettre aux employeurs de mesurer la viabilité économique et les perspectives de développement de leur entreprise ³³.
- 244.** Le comité note également que, dans le document de référence établi par le Bureau en vue de la Réunion tripartite d'experts chargés d'examiner la convention n° 158 et la recommandation n° 166 qui s'est tenue en avril 2011, on évoque l'étude d'ensemble de 1995 et l'on réitère l'avis de la commission d'experts en ce sens que l'on dit que c'est à chaque pays qu'il appartient de déterminer ce qui correspond à un délai raisonnable, étant entendu que cette durée sera déterminée de bonne foi ³⁴. A cette occasion, lors du débat tripartite sur la portée des exclusions prévues à l'article 2 de la convention, le Bureau a suggéré que trois principes importants soient retenus, s'agissant de la flexibilité prévue par la convention: 1) une telle flexibilité ne devrait pouvoir être appliquée qu'à l'issue d'un processus de consultations tripartites; 2) ce processus devrait être transparent et être mené de bonne foi; 3) les gouvernements devraient être tenus d'informer des exclusions qui auraient été ainsi prévues ³⁵.
- 245.** *Le comité observe que l'article 2, paragraphe 2, de la convention n° 158 permet d'exclure du champ d'application de la totalité ou de certaines de ses dispositions certaines catégories de travailleurs, mais il considère que l'utilisation généralisée desdites exclusions serait contraire à la finalité de la convention, c'est-à-dire préserver un équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux du travailleur en favorisant le dialogue social en tant que moyen d'instaurer un tel équilibre. En outre, le comité considère qu'il n'est pas prouvé qu'il existe un lien direct entre la facilitation des licenciements et la création d'emplois.*

³³ Paragraphe 71 du rapport du Comité tripartite chargé d'examiner la réclamation dirigée contre le «contrat nouvelle embauche» (CNE) en France.

³⁴ Paragraphe 45 du document TMEE/C.158-R.166/2011: document de travail pour la Réunion tripartite d'experts chargés d'examiner la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, et la recommandation (n° 166) sur le licenciement, 1982 (Genève, 18-21 avril 2011).

³⁵ Paragraphe 56 du document TMEE/C.158-R.166/2011/2.

246. *Le comité observe que, selon les organisations plaignantes, le contrat dit «de soutien aux entrepreneurs» a été instauré sans dialogue social. Le comité estime qu'il ne dispose pas de base suffisante pour considérer que l'extension à une année de l'exclusion du champ d'application de la convention peut être considérée comme raisonnable, d'autant plus que cette extension ne résulte pas de la concertation sociale et que l'exclusion introduite dans ce type de contrat de travail est de nature générale.*
247. *En conséquence, le comité invite le gouvernement à présenter des informations sur l'évolution du contrat à durée indéterminée dit «de soutien aux entrepreneurs» et, à la lumière des informations disponibles, à examiner la possibilité d'adopter des mesures, en consultation avec les partenaires sociaux, pour éviter que cette modalité contractuelle soit rompue à l'initiative d'un employeur dans le but d'é luder de manière abusive la protection prévue dans la convention.*

Nouvelle réglementation des motifs économiques, techniques, d'organisation ou de production

248. Les deux confédérations soutiennent que les réformes que la loi n° 3/2012 a apportées à l'article 51, paragraphe 1, de la Charte des travailleurs ont pour effet d'empêcher les juges «d'examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement» ainsi que «les autres circonstances » de l'espèce et de «déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs» (article 9, paragraphes 1 et 3, de la convention n° 158). La disposition de droit national incriminée est ainsi conçue:

On entend par motifs économiques les situations dans lesquelles les résultats de l'entreprise indiquent une situation économique défavorable, par exemple des pertes, actuelles ou prévues, ou une baisse persistante du volume des revenus ordinaires ou des ventes de l'entreprise. En tout cas, on estime que la baisse est persistante si, pendant trois trimestres consécutifs, le volume des revenus ordinaires ou des ventes de chaque trimestre est inférieur à celui enregistré pendant le premier trimestre de l'année précédente.

249. Les deux confédérations déclarent que le préambule du décret-loi royal n° 3/2012 du 10 février et de la loi n° 3/2012 du 6 juillet reflète les arguments du gouvernement visant à mettre délibérément hors de portée de l'autorité judiciaire la possibilité de déterminer si un licenciement auquel il a été procédé était une mesure nécessaire ou ne l'était pas et s'il se justifiait au regard des critères définissant ce qui est raisonnable ou des critères de proportionnalité.
250. En outre, la loi n° 3/2012 a apporté d'autres précisions sur les modalités de calcul de la baisse des ventes, qui peut être en soi un motif de licenciement. La réforme du marché du travail de 2012 renforce l'impression que le licenciement peut intervenir comme une mesure automatique, justifiée par la simple évolution du chiffre d'affaires ordinaire de l'entreprise. Ainsi, une évolution négative de ce chiffre et une baisse des revenus comparés au même trimestre de l'année précédente deviendraient suffisantes pour licencier le travailleur, sans considération de l'influence que ces facteurs ont pu réellement avoir sur le fonctionnement de l'entreprise et sans que les organes judiciaires ou administratifs n'aient pu vérifier le caractère justifié, raisonnable et proportionnel du licenciement intervenu.
251. Les deux confédérations ont observé que les juges ont d'ores et déjà eu l'occasion d'interpréter la portée de cette réforme du marché du travail de 2012 et que leur interprétation allait dans le sens d'une forte correction. Les juges ont ainsi considéré nécessaire de maintenir comme un impératif la nécessité du caractère raisonnable du

licenciement ainsi que la faculté de soumettre pleinement à l'autorité judiciaire les motifs du licenciement, y compris à travers une application directe de la convention n° 158. Cela étant, le tribunal suprême ne s'est prononcé que dans une seule affaire de licenciement collectif se fondant sur la nouvelle législation du travail de 2012 et il a simplement mis en relief la nécessité de produire une documentation suffisante pendant la période de consultation des représentants des travailleurs³⁶.

- 252.** Le gouvernement soutient que la réforme de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte des travailleurs, introduite par effet de la loi n° 3/2012 du 6 juillet a redéfini en les précisant les éléments nécessaires pour établir l'existence d'un faisceau convergent de motifs économiques, techniques, d'organisation ou de production justifiant la rupture du contrat de travail. Il argue que, dans le droit du travail espagnol, les motifs de licenciement sont établis en nombre restreint, étant énoncés aux articles 51 et suivants de la Charte des travailleurs. Il souligne que la réforme du marché du travail de 2012 satisfait aux articles 4, 8 et 9 de la convention n° 158, notamment si l'on veut bien considérer que le paragraphe 3 de l'article 9 de la convention prévoit que la législation et la pratique nationales peuvent déterminer la portée du contrôle assuré par les organismes pouvant être saisis d'un recours contre un licenciement.
- 253.** Le gouvernement explique que la discussion de la réforme du marché du travail de 2012 devant les *Cortes Generales* a permis de fixer des critères plus précis devant établir la réalité des motifs économiques, en introduisant l'idée qu'il faudra avoir constaté «trois trimestres consécutifs» de recul des recettes ordinaires ou des ventes par rapport au même trimestre de l'année précédente. Selon le gouvernement, la réforme du marché du travail de 2012 introduit une plus grande sécurité juridique grâce à un critère qui pose concrètement ce que l'on doit entendre comme étant persistant lorsque l'on évalue une baisse des recettes ou des ventes comme constituant une «situation économique négative», notion qui est ce qui définit essentiellement le motif économique. Le gouvernement considère que cela ne préjuge pas de l'appréciation que le juge pourra avoir de la baisse des recettes dans l'évaluation d'une situation économique présentée comme négative. Le critère des trois trimestres est un critère quantitatif et non qualitatif, si bien qu'il ne constitue pas une justification automatique du licenciement.
- 254.** Le gouvernement rappelle les explications fournies par la commission d'experts au paragraphe 214 de son étude d'ensemble de 1995, qui étaient ainsi conçues: «... quant à savoir dans quelle mesure les organismes impartiaux auprès desquels il est possible de recourir contre le licenciement devraient être habilités à contrôler le jugement de l'employeur, eu égard aux nécessités du fonctionnement, c'est-à-dire dans quelle mesure ces organismes sont habilités à décider si ces raisons, valables par leur nature, sont suffisantes par leur importance pour justifier le licenciement, cette question est laissée à l'appréciation de chaque pays».
- 255.** Le gouvernement soutient que, si un motif est invoqué et que le juge en constate la réalité, c'est la preuve qu'il existe et qu'il produit ses effets. Si le motif n'est pas avéré, ce sera au juge d'apprécier que ce motif n'existe pas et que, en conséquence, le licenciement n'était pas justifié.
- 256.** Le gouvernement ajoute que la loi organisant la juridiction sociale, dans sa teneur modifiée par la loi n° 3/2012, dispose, comme la Charte des travailleurs, que le juge appréciera le bien-fondé ou, au contraire, le caractère injustifié ou la nullité du licenciement au vu des circonstances de l'espèce et des faits qui seront avérés. Enfin, s'agissant du licenciement

³⁶ Arrêt du tribunal suprême du 20 mars 2013, recours n° 81/2012.

collectif, ses motifs ont toujours été et restent sujets à contrôle judiciaire, de sorte que le juge peut évaluer le bien-fondé ou la légitimité de la mesure en question.

- 257.** Le gouvernement indique que la jurisprudence de l'*Audiencia Nacional* (cour d'appel également chargée de certains dossiers d'une importance particulière, qui a compétence pour l'ensemble du territoire national) et des tribunaux supérieurs de justice est cohérente par rapport à la convention n° 158. Le gouvernement soutient qu'il ressort de l'examen de certains jugements que les tribunaux ont une part effective dans la vérification de l'existence ou de l'inexistence des motifs prévus par la loi en ce qui concerne le licenciement collectif.
- 258.** Le gouvernement se réfère à cinq jugements des tribunaux supérieurs de justice des communautés autonomes dans lesquelles ces instances se sont prononcées sur les motifs allégués par l'entreprise pour procéder à des licenciements présentés comme structurels ou dictés par des impératifs de production en annulant le licenciement en question après avoir estimé que la négociation avait été entachée de mauvaise foi et/ou que la décision était disproportionnée. Il convient d'évoquer la sentence du tribunal supérieur de Madrid (chambre sociale) du 9 avril 2013 déclarant non conforme au droit la décision de l'entreprise de mettre fin à 925 contrats de travail, en précisant: «... la justification du licenciement économique doit procéder par trois étapes: 1) établir la réalité d'une situation économique négative; 2) établir l'influence d'une telle situation sur les contrats de travail; 3) démontrer le caractère proportionnel des mesures de suppression d'emplois qui sont prises pour répondre à cette situation ...».
- 259.** Il y a lieu d'évoquer un autre jugement auquel le gouvernement fait référence comme réaffirmant le droit susmentionné d'une manière illustrative. Siégeant au social, le 27 juin 2012, le tribunal de Madrid s'exprimait ainsi: «... nonobstant la nouvelle réglementation, toute la doctrine relative au licenciement collectif invoquant des nécessités de l'entreprise exprimées par des motifs de caractère économique reste et demeure en vigueur, dont l'arrêt du tribunal suprême du 27 avril 2010 relatif aux critères qui ont été entendus devant la présente salle pour démontrer la justification – le bien-fondé – des licenciements dans des situations de crise ... », arrêt aux termes duquel «ce que l'on doit exiger, ce sont des indices et des arguments suffisants pour que l'organe judiciaire puisse procéder à une évaluation qui, dans chaque cas, permette de se prononcer de manière raisonnable sur le lien qui doit exister entre la situation de crise et la mesure de licenciement ...».
- 260.** L'article premier de la convention n° 158 a la teneur suivante:

Pour autant que l'application de la présente convention n'est pas assurée par voie de conventions collectives, de sentences arbitrales ou de décisions judiciaires, ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, elle devra l'être par voie de législation nationale.

Le comité observe également que, s'agissant des recours contre le licenciement (Section C de la convention), la convention prévoit ce qui suit:

Article 8, paragraphe 1

Un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre.

[...]

Article 9

1. Les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié.

2. Afin que le salarié n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié, les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention devront prévoir l'une ou l'autre ou les deux possibilités suivantes:

- a) la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement tel que défini à l'article 4 de la présente convention devra incomber à l'employeur;
- b) les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à former leur conviction quant aux motifs du licenciement au vu des éléments de preuve fournis par les parties et selon des procédures conformes à la législation et à la pratique nationales.

3. En cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, étant entendu que l'étendue de leurs pouvoirs éventuels pour décider si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement sera définie par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention.

261. Le comité observe que l'article 9, paragraphe 3, de la convention dispose qu'en cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, les organismes mentionnés à l'article 8 de la convention – qui peuvent être un tribunal du travail – devront être habilités à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs. Cela étant, la mesure dans laquelle ces organismes seront habilités à déterminer si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement devra être définie par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la convention n° 158, à savoir, dans le cas de l'Espagne, la législation nationale et les sentences judiciaires.

262. Le comité note que les deux confédérations soulignent que la nouvelle rédaction de l'article 51 de la Charte des travailleurs est totalement silencieuse sur la question du caractère raisonnable du licenciement collectif invoquant des motifs d'ordre économique, technique, d'organisation ou de production et qu'elles allèguent de ce fait que cet article empêche que les juges puissent examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement au même titre que les autres circonstances de l'espèce, et vérifier si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs.

263. Le comité note que l'alinéa V du préambule du décret-loi royal n° 3/2012 et de la loi subséquente n° 3/2012 disposent: «Il est désormais établi clairement que le contrôle judiciaire de ces licenciements doit se limiter à évaluer l'existence de faits, à savoir les motifs.» Le comité observe que la nouvelle teneur de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte des travailleurs et la pratique des tribunaux continuent de permettre que les juges examinent non seulement l'existence des motifs mais aussi les circonstances entourant les licenciements et vérifient si les licenciements sont véritablement intervenus pour les motifs allégués par l'employeur.

264. De fait, le comité a pris connaissance des jugements de 2012 et 2013 transmis par les deux confédérations comme par le gouvernement, jugements dans lesquels les juges ont appliqué l'article 51 de la Charte des travailleurs dans sa teneur modifiée en examinant les motifs économiques, d'organisation et de production allégués par l'entreprise ainsi que les circonstances de l'espèce et vérifiant si le licenciement était véritablement intervenu pour lesdits motifs. Le comité note que cette situation confirme l'existence d'un vrai examen judiciaire des licenciements économiques.

265. *Le comité considère que les modifications relatives aux motifs de licenciement d'ordre économique, technique, d'organisation ou de production qui ont été introduites par la réforme législative de 2012 dans la Charte des travailleurs ne portent pas atteinte aux dispositions des articles 1, 8 et 9 de la convention n° 158.*

266. *Le comité considère que le gouvernement devrait continuer de donner des informations sur la manière dont la nouvelle réglementation concernant les motifs de licenciement d'ordre économique, technique, d'organisation ou de production est appliquée dans la pratique, notamment des données concernant le nombre des recours dirigés contre de tels licenciements, le résultat desdits recours et le nombre des licenciements pour raisons économiques ou analogues.*

Suppression des *salarios de tramitación* lorsque l'employeur opte pour la résiliation du contrat de travail après décision judiciaire déclarant le licenciement injustifié

267. Les deux confédérations soutiennent que les changements que la loi n° 3/2012 a apportés dans l'article 56 de la Charte des travailleurs, en supprimant de cet instrument l'obligation de verser les *salarios de tramitación* ont pour effet de priver les travailleurs d'une protection réelle et effective contre le licenciement injustifié puisque les travailleurs concernés par une telle mesure ne perçoivent plus une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme approprié, conformément à ce que prévoit l'article 10 de la convention. Le texte incriminé de l'article 56 de la Charte des travailleurs, dans sa teneur actuellement en vigueur, dispose que:

1. Lorsque le licenciement sera déclaré abusif, l'employeur, dans un délai de cinq jours à compter de la notification de la sentence, pourra opter entre la réintégration du travailleur ou le versement à celui-ci d'une indemnisation équivalant à 33 jours de salaire par année de service, toute période de moins d'une année donnant droit au travailleur à une fraction proportionnelle pour chaque mois, à concurrence de vingt-quatre mois. L'option de l'indemnisation entraînera la résiliation du contrat de travail qui sera réputée avoir eu lieu à la date de la cessation effective du travail.

2. Dans le cas où l'employeur opterait pour la réintégration du travailleur, ce dernier aura droit aux *salarios de tramitación*. Ils reviendront à un montant représentant la somme des salaires non perçus depuis la date du congédiement jusqu'à celle de la notification de la sentence déclarant le licenciement abusif ou jusqu'à la date à laquelle l'intéressé aura trouvé un autre emploi, si cette date est antérieure à celle de la sentence et si l'employeur peut prouver le montant perçu par le travailleur aux fins de déductions du salaire afférent à la période couverte par la procédure.

3. Lorsque l'employeur n'optera pas pour la réintégration du travailleur ou le paiement de l'indemnité, il sera réputé avoir opté pour la réintégration.

4. En cas de congédiement d'un représentant légal des travailleurs ou d'un délégué syndical, c'est toujours à celui-ci qu'appartiendra l'option. Si l'employeur n'exprime pas de choix, il sera réputé avoir opté pour la réintégration. Lorsque l'option exprimée ou présumée sera en faveur de la réintégration, celle-ci sera obligatoire. Que l'option soit le paiement d'une indemnité ou la réintégration, les salariés visés par l'alinéa 2 auront droit aux *salarios de tramitación*.

268. Les deux confédérations, se référant à l'article 56, paragraphe 1, de la Charte des travailleurs, expliquent que la suppression des *salarios de tramitación* dans le cas où le contrat est résilié constitue une incitation économique irrationnelle et arbitraire au licenciement, qui va à l'encontre de la stabilité de l'emploi, ce qui est radicalement contraire au droit du travail.

269. Les deux confédérations insistent sur le point que, pour garantir le respect de l'article 10 de la convention n° 158, qui dispose indiscutablement que, lorsque le licenciement s'avère injustifié, les juges «devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate», il faut garantir aux travailleurs une protection dans le cas où la justice tarderait à se prononcer sur le caractère justifié ou non du licenciement.

270. Le gouvernement suggère que les deux confédérations font une lecture erronée de l'article 10 de la convention n° 158 parce qu'à aucun moment n'apparaît dans ledit article de référence concrète aux *salarios de tramitación* ou à une notion similaire. Le libellé de l'article 10 de la convention ne laisse aucun doute quant au fait que les organismes compétents – les juges, dans le cas de l'Espagne – pour déterminer si un licenciement est injustifié peuvent être ou ne pas être habilités par la législation nationale à ordonner la réintégration. La seule chose qui soit obligatoire, c'est que, dans le cas où ils n'ont pas ce pouvoir ou n'estiment pas possible d'annuler le licenciement, les juges doivent avoir la possibilité d'ordonner le versement d'une indemnité.

271. Le gouvernement renvoie aux explications du paragraphe 222 de l'étude d'ensemble de 1995, dans laquelle la commission d'experts évoque une seule fois les *salarios de tramitación* en lien avec le cas d'une réintégration. Il y est dit textuellement:

Lorsque la réintégration est ordonnée, elle est généralement assortie du droit pour le travailleur de toucher la rémunération qu'il aurait perçue entre la date du licenciement et la date du jugement, ou de la réintégration effective, somme parfois diminuée du montant des gains perçus dans l'intervalle si le travailleur a pu trouver un autre emploi. Les organismes compétents peuvent souvent prévoir aussi que la relation d'emploi sera tenue pour non interrompue, ce qui permet au travailleur intéressé de conserver ses droits acquis, tels que les droits à pension et le bénéfice des périodes de stage requises à diverses fins. [...]

272. Le gouvernement reconnaît également que, comme l'indiquent les deux confédérations, dans le paragraphe 219 de l'étude d'ensemble de 1995, la commission d'experts explique que: «tel que formulé, l'article 10 privilégie l'annulation du licenciement et la réintégration comme un moyen de réparation du licenciement injustifié». Le gouvernement indique que le même paragraphe de l'étude d'ensemble de 1995 précise en outre que: «néanmoins, il reste souple puisqu'il offre d'autres voies possibles de réparation en fonction des pouvoirs de l'organisme impartial et de l'applicabilité ou non dans la pratique d'une décision qui invaliderait le licenciement et proposerait la réintégration».

273. Le gouvernement ajoute que la perception de ces *salarios de tramitación* est incompatible avec la perception de l'allocation de chômage étant donné que le quatrième alinéa de l'article 209 du texte modifié de la Loi générale sur la sécurité sociale (LGSS) prévoit que le travailleur peut percevoir l'allocation de chômage dès que la décision judiciaire prononçant l'extinction de la relation d'emploi a pris effet.

274. Le gouvernement précise que les questions soulevées par les deux confédérations ne concernent que les cas dans lesquels le licenciement a été déclaré injustifié, et aucunement les cas dans lesquels le licenciement a été frappé de nullité.

275. L'article 10 de la convention n° 158 dispose:

Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée.

276. Le comité note que l'article 56, paragraphe 1, de la Charte des travailleurs, dans sa teneur modifiée par suite de la réforme du marché du travail de 2012, prévoit qu'en cas de licenciement injustifié, s'il n'est pas opté pour la réintégration, il sera accordé au travailleur une indemnisation d'un montant correspondant à 33 jours de salaire par année de service, toute période inférieure à un an donnant droit à une fraction proportionnelle pour chaque mois, à concurrence de 24 mois. En outre, le comité observe que le travailleur

peut prétendre à une prestation de chômage à partir du moment où la décision d'annulation de la relation de travail est effective (quatrième alinéa de l'article 209 du texte modifié de la Loi générale sur la sécurité sociale (LGSS)).

277. Le comité note que, dans le cas où une sentence a déclaré le licenciement nul, il est automatiquement ordonné de réintégrer le travailleur et de verser à celui-ci les *salarios de tramitación*. Tel est le cas lorsque le licenciement est reconnu comme ayant eu une motivation discriminatoire ou comme ayant constitué une violation de droits fondamentaux ou de libertés publiques à l'égard du travailleur. Le comité note que, dans le cas où une sentence a déclaré le licenciement nul, il est automatiquement ordonné de réintégrer le travailleur et de verser à celui-ci les *salarios de tramitación*. Tel est le cas lorsque le licenciement est reconnu comme ayant eu une motivation discriminatoire ou comme ayant constitué une violation de droits fondamentaux ou de libertés publiques à l'égard du travailleur. Par ailleurs, le comité a pris connaissance que, dans sa décision n° 43/2014 du 12 février 2014 ³⁷, la Cour constitutionnelle a confirmé sa jurisprudence sur la constitutionnalité des modifications législatives introduites aux *salarios de tramitación* prévus dans la Charte des travailleurs.
278. Le comité note également que l'article 10 de la convention parle du «versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée», sans mentionner spécifiquement l'institution des *salarios de tramitación*.
279. *Le comité considère que, bien que les modifications introduites par la réforme législative de 2012 ont supprimé le versement des «salarios de tramitación» lorsque l'employeur opte pour la résiliation du contrat de travail après décision judiciaire déclarant le licenciement injustifié, elles n'ont pas éliminé pour autant le versement d'une indemnité en raison de la rupture de la relation de travail tel que prévu par l'article 10 de la convention n° 158. Les juges espagnols continuent d'être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou d'une autre forme de réparation considérée comme appropriée dans le cas où ils parviennent à la conclusion que la rupture de la relation de travail était injustifiée.*
280. *Le comité considère que le gouvernement devrait continuer de donner des informations sur la nature des réparations ordonnées par les décisions judiciaires ayant déclaré injustifiées des mesures de licenciement.*

Modification des règles concernant l'absence du travailleur pour cause de maladie ou d'accident du travail dûment justifiée: Licenciement pour cause d'absentéisme

281. Les deux confédérations soutiennent que les changements que la loi n° 3/2012 a apportés à l'article 52 d) de la Charte des travailleurs, article qui régit la rupture de la relation d'emploi pour des causes objectives, introduisent la notion de licenciement pour cause d'absentéisme, ce qui est contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la convention n° 158. Le texte de la disposition nationale incriminée est ainsi libellé:

³⁷ Décision n° 43/2014 du 12 février 2014 de la Cour constitutionnelle siégeant en séance plénière jugeant non recevable la question d'inconstitutionnalité n° 3801-2013 soulevée par le Tribunal de la Chambre sociale n° 34 de Madrid à propos de diverses dispositions du décret-loi royal n° 3/2012 du 10 février portant mesures urgentes de réformes du marché du travail, publiée au Journal officiel, n° 60, du 11 mars 2014, Sec. TC., pp. 130 et suiv.

Article 52. Rupture du contrat pour causes objectives

Le contrat pourra être rompu:

[...]

- d) En cas d'absences du travailleur, même justifiées, mais intermittentes, atteignant 20 pour cent des jours ouvrables au cours de deux mois consécutifs dès lors que le total des absences au cours des douze mois précédents a atteint 5 pour cent des jours ouvrables ou 25 pour cent au cours de quatre mois non consécutifs dans une période de douze mois.

Ne sont pas comptées comme absences aux fins du paragraphe qui précède les absences dues à une grève légale et qui correspondent à la durée de celle-ci, les absences dues à l'exercice d'activités de représentation légale des travailleurs, à un accident du travail, à la maternité, un risque survenu durant la grossesse et l'allaitement, des maladies causées par la grossesse, l'accouchement ou l'allaitement, à la paternité, aux congés et vacances, à une maladie ou un accident autre qu'une maladie professionnelle ou un accident du travail dès lors qu'un arrêt de travail a été délivré par les services de santé officiels pour une durée de plus de vingt jours consécutifs, ni celles qui sont dues à un état physique ou psychologique résultant de violences de genre dûment attestées par les services sociaux ou par les services de santé, selon qu'il y a lieu.

Ne sont pas comptées non plus comme absences aux fins de ce paragraphe celles qui sont rendues nécessaires par un traitement médical du cancer ou d'une maladie grave.

- 282.** Les deux confédérations arguent que la nouvelle réglementation définit de manière nouvelle l'absence individuelle de courte durée, y compris l'absence motivée par une maladie ou un accident, comme une cause justifiée de rupture unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur et dans l'intérêt exclusif de celui-ci. Les deux confédérations considèrent que l'absence du travail pour raison de santé devient ainsi une juste cause de licenciement, ce qui est contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la convention n° 158.
- 283.** Les deux confédérations rappellent que, en vertu de l'article 6 de la convention, l'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement. Elles arguent que, si le paragraphe 2 de l'article 6 dispose que la définition de ce qui constitue l'absence temporaire du travail, la mesure dans laquelle un certificat médical sera requis et les limitations possibles dans l'application du paragraphe 1 seront déterminées conformément à la législation nationale, ladite législation nationale ne peut concevoir l'absence temporaire du travail comme une autorisation à déroger totalement au principe établi par cet article 6.
- 284.** Les deux confédérations se refusent à considérer que la durée de l'absence – en moyenne neuf jours par période de deux mois – cause un déséquilibre économique pour l'employeur, abstraction faite de toute part de responsabilité éventuelle du travailleur, de son ancienneté et de ses antécédents professionnels. Pour elles, il n'est pas cohérent avec les valeurs et principes de l'Organisation et avec les dispositions de l'article 6 de la convention de pouvoir justifier, sur la base de la réforme du marché du travail de 2012, un licenciement purement et simplement du fait que le travailleur ou la travailleuse a été malade.
- 285.** Les deux confédérations signalent en outre que les changements que la réforme du marché du travail de 2012 a apportés à l'article 52 d) de la Charte des travailleurs ont pour effet de dissocier les absences individuelles du travailleur de l'absentéisme global dans l'entreprise. Elles expliquent que, selon la rédaction antérieure, l'employeur ne pouvait pas licencier le travailleur pour des absences du travail, y compris pour des absences justifiées, dès lors que le taux d'absentéisme global sur le lieu de travail considéré n'excédait pas 5 pour cent aux mêmes périodes. La suppression de cette condition attribuée à l'employeur des avantages qu'il n'avait pas jusque-là.

- 286.** Le gouvernement considère que la nouvelle rédaction de l'alinéa *d*) de l'article 52 de la Charte des travailleurs ne porte nullement atteinte aux dispositions de l'article 6, paragraphe 1, de la convention. Il argue que la convention permet de moduler ou restreindre, à travers la législation nationale, les absences temporaires pour cause de maladie ou d'accident du travail qui sont admissibles. Il explique que, loin d'étendre les cas d'absence temporaire justifiant un licenciement pour cause objective, cette nouvelle rédaction introduit deux types d'absence temporaire qui ne peuvent pas être retenus pour justifier le licenciement, ce qui accroît notablement la protection des travailleurs. Ces deux nouveaux types d'absence temporaire sont les absences imputables à un traitement médical du cancer et celles qui sont dues à une maladie grave (notion qu'il conviendra de préciser plus avant à travers la législation nationale ou la jurisprudence).
- 287.** Le gouvernement explique que, à l'époque de l'adoption de la Charte des travailleurs, en 1980, les absences du travail pour cause de maladie ou d'accident autre qu'une maladie professionnelle ou un accident du travail d'une durée inférieure à vingt jours ou n'ayant pas donné lieu à un arrêt de travail délivré par les services de santé compétents étaient comptées comme absences du travail susceptibles de constituer une cause objective de licenciement. Le gouvernement souligne qu'aucune des causes d'extinction de la relation de travail n'agit de manière automatique. Que ce soit pour un licenciement individuel pour cause disciplinaire ou pour cause objective ou pour un licenciement collectif, il faut que soient réunies à la fois l'une des causes prévues par la loi et l'action non équivoque de l'employeur exprimant sa volonté de mettre fin à la relation de travail précisément pour cette raison.
- 288.** Le gouvernement rappelle que la réforme du marché du travail de 2010 avait déjà modifié le texte de la Charte des travailleurs en fixant à 2,5 pour cent l'indice d'absentéisme global de référence du lieu de travail considéré. Il observe que cette mesure n'avait suscité alors aucune controverse au regard de l'application de la convention n° 158.
- 289.** Le gouvernement explique que, pour que la présence ponctuelle au travail de certains travailleurs ne bénéficie pas à d'autres qui accumulent des absences, même justifiées, la prise en compte des absences fait référence dans une plus grande mesure aux absences du travail du travailleur concerné. De fait, la loi n° 3/2012 prend en considération comme motif de licenciement objectif possible non seulement les absences du travail au cours d'une période courte (deux mois consécutifs ou quatre mois non consécutifs) mais aussi les absences du travail que ce même travailleur aurait accumulées au cours d'une période prolongée, soit les douze mois précédents. Ainsi, la réforme du marché du travail de 2012 a supprimé la condition supplémentaire voulant qu'il y eût, concurremment aux absences du travailleur concerné, un certain taux d'absentéisme global au niveau de l'unité de travail considérée.
- 290.** L'article 6 de la convention n° 158 dispose que:
1. L'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement.
 2. La définition de ce qui constitue l'absence temporaire du travail, la mesure dans laquelle un certificat médical sera requis et les limitations possibles dans l'application du paragraphe 1 seront déterminées conformément aux méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention.
- 291.** Le comité observe que, en vertu du paragraphe 2 de l'article 6 de la convention, la définition de ce qui constitue une absence du travail en raison d'une maladie ou d'un accident sera déterminée «conformément aux méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention», c'est-à-dire, dans le cas de l'Espagne, par la législation nationale et les sentences judiciaires.

292. Le comité note que l'article 52 d) de la Charte des travailleurs dans la teneur qui résultait de la loi n° 8/1980, du 10 mars, disposait déjà que les absences du travail en raison d'une maladie ou d'un accident autre qu'une maladie professionnelle ou un accident du travail ne seraient pas comptées comme absences du travail dès lors qu'un arrêt de travail aura été délivré par les services de santé compétents pour une durée de plus de vingt jours consécutifs.
293. Le comité note que les changements apportés à la teneur de l'article 52 d) de la Charte des travailleurs par la loi n° 3/2012 ont pour effet de prescrire que le total des absences du travail au cours des douze mois qui précèdent atteignent 5 pour cent des jours ouvrables. Cette nouvelle rédaction a eu pour effet que les absences du travail individuelles sont traitées désormais en faisant abstraction du taux d'absentéisme global de l'unité de travail considérée. Avec la rédaction antérieure, il n'était pas possible à l'employeur de licencier le travailleur pour des absences du travail, y compris des absences justifiées, dès lors que l'absentéisme global de l'unité de travail considérée n'excédait pas 5 pour cent.
294. Le comité observe que la nouvelle rédaction instaure une nouvelle règle selon laquelle ne sont pas comptées les absences du travail liées à une incapacité temporaire telles que celles qui sont imposées par un traitement médical du cancer ou d'une maladie grave, notions devant encore être précisées plus avant par la législation nationale ou la jurisprudence.
295. *Le comité considère que les changements introduits par la réforme législative de 2012 dans les définitions de ce qui constitue l'absence temporaire du travail et les limitations qui y ont été apportées ont été déterminés conformément à l'article 6 de la convention n° 158, conformément aux moyens d'application prévus à son article 1.*
296. *Le comité considère que le gouvernement devrait continuer de fournir des informations sur la manière dont sont traitées, dans la pratique, les absences du travail imputables à une incapacité temporaire, en particulier lorsque ces absences sont imposées par un traitement médical du cancer ou d'une maladie grave.*

Recommandations du comité

297. *Au vu des conclusions qui précèdent ayant trait aux questions soulevées dans la réclamation, le comité recommande que le Conseil d'administration:*
- a) *approuve le présent rapport;*
 - b) *invite le gouvernement à intensifier les efforts tendant au renforcement du dialogue social et à prendre, en consultation avec les partenaires sociaux, toutes les mesures nécessaires pour apporter aux difficultés économiques présentes des solutions qui soient conformes à la convention n° 158 (paragraphe 226);*
 - c) *invite le gouvernement à présenter des informations sur l'évolution du contrat à durée indéterminée dit «de soutien aux entrepreneurs» et, à la lumière des informations disponibles, à examiner la possibilité d'adopter des mesures, en consultation avec les partenaires sociaux, pour éviter que cette modalité contractuelle soit rompue à l'initiative d'un employeur dans le but*

d'éluider de manière abusive la protection prévue dans la convention (paragraphe 245, 246 et 247);

- d) invite le gouvernement à donner des informations sur la manière dont la nouvelle réglementation introduite par la réforme du marché du travail de 2012 en ce qui concerne les motifs de licenciement d'ordre économique, technique, d'organisation ou de production est appliquée dans la pratique, notamment des données concernant le nombre des recours dirigés contre de tels licenciements, le résultat desdits recours et le nombre des licenciements pour raisons économiques ou analogues (paragraphe 265 et 266); la nature des réparations ordonnées par les décisions judiciaires ayant déclaré injustifiées des mesures de licenciement (paragraphe 279 et 280); et enfin la manière dont sont traitées, dans la pratique, les absences du travail imputables à une incapacité temporaire, en particulier lorsque ces absences sont imposées par un traitement médical du cancer ou d'une maladie grave (paragraphe 295 et 296);*
- e) confie à la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations le suivi des questions soulevées dans le présent rapport en ce qui concerne l'application de la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982; et*
- f) rende disponible au public le présent rapport et déclare close la procédure de réclamation ouverte par la Confédération syndicale des commissions ouvrières (CC.OO.) et par l'Union générale des travailleurs (UGT) alléguant l'inexécution par l'Espagne de la convention n° 158.*

Genève, le 11 juin 2014

(Signé) Raffaele De Luca Tamajo
Yves Veyrier
Alberto Echavarría Saldarriaga

Point appelant une décision: paragraphe 297

Annexe

Article 4. *Contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs*

1. Afin de favoriser la stabilité de l'emploi tout en stimulant l'entrepreneuriat, il est permis aux entreprises de moins de 50 salariés de recourir au contrat de travail de soutien aux entrepreneurs régi par le présent article.

2. Le contrat est conclu pour une durée indéterminée et pour un plein temps, et établi par écrit conformément au modèle convenu.

3. Le régime juridique du contrat et les droits et obligations qui en découlent sont d'une manière générale régis par les dispositions de la loi révisée sur le statut des travailleurs, adoptée en vertu du décret-loi royal n° 1/1995 du 24 mars, ainsi que par les conventions collectives applicables aux contrats à durée indéterminée, sauf en ce qui concerne la durée de la période d'essai, réglementée par l'article 14 du Statut des travailleurs, qui sera d'une année en tout cas. Les travailleurs qui ont déjà exercé les mêmes fonctions dans l'entreprise ne peuvent pas être soumis à une période d'essai, quelle qu'ait été la nature de leur(s) précédent(s) contrat(s).

4. Ces contrats bénéficient des avantages fiscaux prévus à l'article 43 de la loi révisée relative à l'impôt sur les sociétés, adoptée en vertu du décret-loi royal n° 4/2004 du 5 mars (RCL 2004, 640, 801).

Le travailleur employé au titre de ce type de contrat qui, au moment de la conclusion du contrat, a perçu pendant au moins trois mois des allocations de chômage soumises à cotisation peut s'il le souhaite percevoir chaque mois, en sus de son salaire, 25 pour cent du montant de l'allocation à laquelle il aurait eu droit et qui lui restait due, conformément aux dispositions du titre III de la loi générale révisée sur la sécurité sociale, adoptée en vertu du décret-loi royal n° 1/1994 du 20 juin.

Le droit au cumul de l'allocation et du salaire prend effet à la date de début du contrat, sous réserve qu'une demande dans ce sens soit faite dans un délai de quinze jours à compter de cette date. Au terme de ce délai, le travailleur ne peut plus demander à bénéficier du cumul.

Le cumul s'applique uniquement pendant la durée du contrat et ne peut pas s'étendre au-delà de la durée de versement des allocations restant dues. S'il perd son emploi et se retrouve dans une situation de chômage prévue par la loi, le bénéficiaire peut présenter une nouvelle demande d'allocation ou réclamer les allocations restant dues. Dans ce cas, seuls 25 pour cent de la durée pendant laquelle il aura perçu l'allocation en sus de son salaire seront décomptés de la durée de versement de l'allocation initialement prévue.

L'organisme de gestion et le bénéficiaire seront exonérés de l'obligation de cotiser à la sécurité sociale tant que le bénéficiaire percevra 25 pour cent de l'allocation de chômage en plus de son salaire.

Si le travailleur ne cumule pas l'allocation et son salaire ainsi que le prévoit le présent paragraphe, il conserve le droit aux allocations de chômage qui lui restaient dues au moment de l'embauche, en application des dispositions des articles 212.1.d) et 213.1.d) de la loi générale révisée sur la sécurité sociale, adoptée en vertu du décret-loi royal n° 1/1994 du 20 juin.

5. Indépendamment des avantages fiscaux prévus par l'article 43 de la loi révisée relative à l'impôt sur les sociétés, adoptée en vertu du décret-loi royal n° 4/2004 du 5 mars, le recrutement au titre de ce type de contrat de chômeurs inscrits à l'Agence pour l'emploi ouvre droit aux prestations suivantes, pour autant que les intéressés relèvent de l'une ou l'autre des catégories ci-après:

- a) Jeunes âgés de 16 à 30 ans: l'entreprise a droit pendant trois ans à une réduction de la cotisation patronale à la sécurité sociale d'un montant de 83,33 euros par mois (1 000 euros par an) la première année, de 91,67 euros par mois (1 100 euros par an) la deuxième année et de 100 euros par mois (1 200 euros par an) la troisième année.

Lorsque ces contrats sont accordés à des femmes dans des professions où celles-ci sont peu représentées, les montants susmentionnés sont majorés de 8,33 euros par mois (100 euros par an).

- b) Adultes âgés de plus de 45 ans: l'entreprise a droit à une réduction de la cotisation patronale à la sécurité sociale d'un montant de 108,33 euros par mois (1 300 euros par an) pendant trois ans.

Lorsque ces contrats sont accordés à des femmes dans des professions où celles-ci sont peu représentées, le montant de la réduction s'élève à 125 euros par mois (1 500 euros par an).

Ces avantages peuvent être cumulés avec d'autres aides publiques ayant la même finalité, pour autant que la somme des déductions applicables ne dépasse pas 100 pour cent de la cotisation patronale à la sécurité sociale.

6. Le contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs visé par le présent article ne peut être conclu par une entreprise qui, au cours des six mois précédant la conclusion du contrat, a procédé à des licenciements abusifs. Cette restriction vaut uniquement pour les licenciements survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi et lorsque les nouveaux contrats visent à pourvoir les postes de travail relevant de la même catégorie professionnelle que ceux qui ont été visés par les licenciements, sur le(s) même(s) lieu(x) de travail.

7. Pour bénéficier des avantages associés au contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs, l'entreprise doit assurer un emploi au travailleur recruté au titre d'un tel contrat pendant au moins trois ans à compter de son embauche. En outre, elle doit maintenir le même niveau d'emploi qu'à la date de la conclusion dudit contrat pendant au moins un an à compter de cette date. En cas de manquement à ces obligations, l'entreprise devra rétrocéder les avantages dont elle aura bénéficié.

L'entreprise ne sera pas réputée avoir manqué aux obligations susmentionnées en matière de maintien de l'emploi en cas de dissolution du contrat de travail fondée sur des motifs objectifs ou disciplinaires déclarés ou reconnus conformes au droit; il en ira de même pour les dissolutions de contrats résultant de la démission, du décès, du départ à la retraite, de l'invalidité permanente totale, absolue ou grave du travailleur, de l'expiration de la durée du contrat initialement convenue ou de l'achèvement des travaux ou du service objet du contrat.

8. Aux fins du présent article, on prendra en considération le nombre de travailleurs employés par l'entreprise au moment de l'établissement du contrat.

9. En ce qui concerne les questions qui ne sont pas traitées dans le présent article, les dispositions de la section I du chapitre premier de la loi n° 43/2006 du 29 décembre relative au renforcement de la croissance et de l'emploi s'appliqueront, à l'exception des dispositions de l'article 6.2 relatif aux exclusions.