



Abécédaire comparé de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe ?

Olivier Leclerc, Adoracion Guamán Hernández

► To cite this version:

Olivier Leclerc, Adoracion Guamán Hernández. Abécédaire comparé de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe ?. *Revue de droit du travail*, 2013, 3, pp.204-211. halshs-00803160

HAL Id: halshs-00803160

<https://shs.hal.science/halshs-00803160>

Submitted on 11 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Abécédaire comparé de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe ?

par Olivier Leclerc, chargé de recherche CNRS, Université de Lyon, CERCRIID (UMR 5137), Université Jean Monnet, Saint-Étienne

et Adoración Guamán Hernández, profesora titular de derecho del trabajo y de la seguridad social, Universitat de València, Espagne

paru in *Revue de droit du travail*, n° 3, 2013, pp. 204-211.

Introduction

La signature d'un accord national interprofessionnel donne toujours lieu à des célébrations, du moins par ses promoteurs. Bien souvent, elle s'accompagne aussi de volées de bois vert de la part de ses opposants. Ces discours, louangeurs ou désapprobateurs, sont autant d'occasions de voir émerger les représentations que les acteurs engagés dans les négociations se font des enjeux qu'elles emportent. Les mots de l'accord cristallisent ces expressions publiques. Leur prêter une attention particulière – au-delà même du détail de mesures qui ne manqueront pas d'évoluer au gré de la procédure parlementaire – est une occasion de faire ressortir le lexique propre à chaque accord¹. Porteurs de sens divers, et rarement dépourvus d'ambiguïtés, ces termes méritent d'être confrontés au droit comparé.

Le lexique de l'ANI du 11 janvier 2013 serait-il un signe de ce que les réformateurs français s'engagent à leur tour dans le profond mouvement de réforme qui parcourt les États européens² ? Répondre à cette question en toute généralité serait exagérément ambitieux. C'est aux mutations récentes du droit du travail espagnol que nous entendons confronter l'accord. Car, en effet, le droit espagnol a connu, au cours des dernières années, de très importantes réformes. Deux lois « portant mesures urgentes pour la réforme du marché du travail » ont ainsi été adoptées en 2010 et en 2012³. Le visage du droit du travail espagnol s'en trouve profondément changé. De son côté, ainsi que plusieurs auteurs l'ont souligné, le droit français du travail n'avait, depuis la fin de l'année 2008, pas connu de grandes réformes en réponse à la situation née de la crise économique et financière⁴. Non que les modifications législatives aient été inexistantes, loin s'en faut⁵. Mais celles-ci ont plus été marquées par la volonté d'accompagner des entreprises confrontées à un contexte économique défavorable que par une franche inflexion du droit du travail. L'ANI tranche avec cette orientation en affichant l'ambition de mettre en place un « nouveau modèle économique et social »⁶. Le rapprochement avec le droit espagnol offre alors une occasion de confronter les ruptures ainsi mises

¹ Il sera intéressant de surveiller la manière dont ce lexique se modifie à l'occasion de la mise en forme législative de l'accord, les termes employés par les signataires n'étant (logiquement) pas ceux de la loi.

² Sur ces réformes, v. not. M.-C. Escande-Varniol, S. Laulom et E. Mazuyer (dir.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Larcier, 2012 ; P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir.), « Dossier : Les réactions du droit du travail à la crise », *Droit ouvr.*, n° 2, 2012.

³ Loi 35/2010 du 17 sept. 2010, *BOE*, n° 227, 2010, p. 79278 ; loi 3/2012 du 6 juill. 2012, *BOE*, n° 162, 2012, p. 49113.

⁴ E. Dockès et A. Fabre, « Les résistances du droit du travail français face à la crise », *Droit ouvr.*, n° 763, 2012, pp. 78-85 ; P.-Y. Verkindt, « Regards sur le droit du travail français contemporain dans la crise économique et financière », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n° 2, 2012, pp. 30-36.

⁵ S. Laulom, « Il diritto del lavoro francese di fronte alla crisi », in G. Loy (dir.), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, 2011, pp. 141-168 ; E. Dockès et A. Fabre, « Les résistances du droit du travail français face à la crise », *préc.*

⁶ Pour une première caractérisation de ce « nouveau modèle », v. F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », *SSL*, n° 1569, 2012, pp. 4-8.

en exergue et de mesurer le chemin parcouru de part et d'autre dans la voie d'une réforme du « marché du travail »⁷.

Au-delà des particularités liées aux systèmes de relations professionnelles et au rythme suivi par les réformes dans chacun de ces pays, la convergence des trajectoires est évidente sur au moins trois terrains. Le premier trait marquant concerne la valorisation de la négociation collective. La « loi négociée » au niveau interprofessionnel voisine avec la promotion d'une négociation d'entreprise, qui balaye (presque) tout sur son passage : accords conclus dans un périmètre plus large, contrat de travail. La place minorée laissée au juge pour apprécier les mesures prises par l'employeur, en particulier les licenciements, est une deuxième orientation commune. Elle s'opère au profit d'autres acteurs (l'administration du travail) ou d'autres procédés (les règlements extrajudiciaires des différends) et s'accompagne d'un effort pour accroître leur « prévisibilité ». Les entreprises devraient ainsi, est-il soutenu, pouvoir intégrer dans leurs décisions de gestion une anticipation fiable de leurs possibles suites. Un troisième élément commun, en France et en Espagne, est l'adoption de mesures visant à décliner l'idée de flexisécurité. Leur détail diffère sous bien des aspects mais il reste, dans les deux cas, à mesurer si les deux plateaux de cette paradoxale balance, la flexibilité et la sécurité, parviennent à s'équilibrer.

Administration (du travail)

L'administration du travail, que l'on croyait réduite à la portion congrue depuis que la loi de 1986 l'avait privée du rôle d'autoriser les licenciements collectifs pour motif économique, fait un retour remarqué dans l'ANI. Son article 20 ouvre une alternative, en permettant que la procédure du licenciement collectif pour motif économique et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi soient « fixés soit par accord collectif majoritaire soit par un document produit par l'employeur et homologué par le Dirrecte »⁸.

Le retour en grâce de l'administration du travail dans la rupture du contrat de travail avait certes été amorcé par la loi du 25 juin 2008 créant la rupture conventionnelle, là encore suite à la signature de l'ANI du 11 janvier 2008. Il n'en est pas moins largement à contre-courant. Nulle part en Europe le contraste n'apparaît plus fortement qu'en Espagne, où la loi 3/2012 du 6 juillet 2012 vient de supprimer l'emblématique autorisation administrative exigée pour les licenciements économiques collectifs. L'autorisation administrative avait déjà connu un premier recul significatif avec la réforme du marché du travail de 1994 visant à accroître la flexibilité dans les relations de travail, et elle n'était plus requise que pour prononcer des licenciements collectifs⁹. Dans ce cas de figure, l'intervention de l'administration était jugée nécessaire en raison des conséquences sociales et économiques de ces mesures, qui dépassent le seul rapport d'emploi des salariés concernés¹⁰. À défaut d'accord entre l'employeur et les syndicats durant la période de négociation, l'administration était chargée d'autoriser la mesure, et pour cela de contrôler son caractère raisonnable, approprié, rationnel et proportionnel. Après la loi 3/2012 du 6 juillet 2012, la tâche de l'administration a été profondément transformée. Elle se borne maintenant à émettre des observations et des recommandations aux parties, qui ne sont susceptibles ni de paralyser, ni de suspendre la procédure. Tout au plus peut-elle, désormais, assister les parties en cas de conflit, si ces dernières lui en font la

⁷ Sur cette orientation, v. T. Sachs, « Vers un droit du marché du travail », *SSL*, n° 1569, 2012, pp. 9-11.

⁸ Pour une position soutenant que la seconde voie n'est ouverte qu'en cas d'échec de la première : P.-H. Antonmattei, « Grands licenciements pour motif économique : des innovations séduisantes à parfaite », *SSL*, n° 1570, 2012, p. 16.

⁹ Avant l'adoption de la loi 11/1994 du 19 mai 1994 (*BOE*, n° 122, 1994), le Statut des travailleurs soumettait à l'autorisation de l'administration les mobilités géographiques, les suspensions ou les ruptures du contrat pour des causes économiques et les licenciements collectifs.

¹⁰ M. E. Casas Baamonde, « Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva », *Relaciones Laborales*, n° 19, 1996, p. 48.

demande. La décision de l'administration ne peut, en revanche, en aucun cas empêcher l'employeur de procéder au licenciement.

Mais l'impression d'anachronisme qui se dégage de la mise en valeur de l'action administrative dans l'ANI du 11 janvier 2013 doit être dissipée : il convient en effet de rapporter le rôle offert à l'administration, différent de part et d'autre de la frontière, à la défiance commune à l'égard d'un autre acteur, le juge. L'administration serait alors un substitut au juge, un moindre mal pourrait-on dire. Substitut sans doute partiel, car rien n'interdirait de contester la décision d'homologation de la Direccte (du moins dans le délai de 3 mois ouvert par l'ANI, et devant le juge administratif plutôt que devant le juge judiciaire), mais il reste que la décision d'homologation ne pourra pas manquer de peser dans la balance d'un poids certain en faveur de la rupture des contrats. Ainsi analysée, la situation française ne se trouverait nullement isolée, tant est partagée la méfiance à l'égard de l'intervention du juge à l'occasion du licenciement¹¹. L'évitement du juge bénéficie cependant à des acteurs divers : quand l'ANI du 11 janvier 2013 revalorise l'administration du travail, ce sont ailleurs les modes alternatifs de règlement des différends qui sont privilégiés.

Conciliation

L'Accord national interprofessionnel entend, selon son article 25, « faciliter » la conciliation prud'homale en cas de contestation du licenciement¹². En cela, l'ANI rejoint les évolutions à l'œuvre dans d'autres pays européens, où l'accès au juge du travail est conditionné au recours préalable à la conciliation¹³. Sous un chapitre intitulé de manière explicite « l'évitement du procès »¹⁴, le droit espagnol établit ainsi une phase de conciliation préalable devant une instance administrative (le « Service de médiation, d'arbitrage et de conciliation ») – et non devant une formation de la juridiction du travail –. Le recours à cette conciliation est obligatoire dans un certain nombre de cas, en particulier en présence d'un licenciement ou d'un conflit collectif. Si au cours de cette procédure l'employeur reconnaît que le licenciement n'est pas justifié, il peut choisir de verser une somme indemnitaire¹⁵, et évite ainsi de voir cette question discutée devant le juge. Par ailleurs, l'article 51 du Statut des travailleurs admet que l'employeur et les syndicats s'accordent pour remplacer la procédure de licenciement collectif par des procédés de médiation ou d'arbitrage dans le cadre de l'entreprise, dont la durée ne devra pas excéder celle de la période de consultation des représentants du personnel.

Cependant, la comparaison ne doit pas masquer que l'apport essentiel de l'ANI concerne moins le principe de la conciliation prud'homale que ses modalités. L'accord tend bien moins à « faciliter » la conciliation qu'à la rendre plus prévisible, dans son déroulement – « toute demande portée devant les prud'hommes est inscrite au rôle du bureau de jugement dans les deux mois de son dépôt au greffe » – comme dans son issue. D'abord par le rapprochement de la conciliation avec la transaction, comme le révèle la reprise presque à l'identique de la formule employée par l'article 2052 C. civ. : « la conciliation intervenue en cette forme a, entre les parties au litige, autorité de la chose jugée en dernier ressort »¹⁶. Ensuite, par l'élaboration d'un barème de l'indemnisation due par

¹¹ Pour une illustration récente en droit italien : S. Nadalet, « La réforme italienne du marché du travail : les modifications concernant le droit du licenciement », *RDT*, n° 9, 2012, p. 515.

¹² Cf. E. Serverin, « La mission conciliatoire du bureau de conciliation prud'homal dans tous ses états », *RDT*, n° 2, 2012, p. 124.

¹³ Pour un panorama, v. F. Valdés Dal-Ré (dir.), *Labour conciliation, mediation and arbitration in European Union countries*, MTAS, 2003.

¹⁴ Loi 36/2011 du 10 oct. 2011, *BOE*, n° 245, 2011, p. 106584.

¹⁵ Les récentes réformes ont réduit le montant de cette indemnité (33 jours de salaire par année de travail, dans la limite de 24 mois) et ont supprimé l'obligation de verser les salaires dus entre la date de la rupture du contrat et la reconnaissance par l'employeur du caractère injustifié du licenciement (*salarios de tramitación*). Plus rien n'incite donc l'employeur à admettre rapidement l'absence de justification du licenciement.

¹⁶ Ce rapprochement illustre bien l'idée que la transaction n'est pas « condamnée à l'obsolescence » : E. Serverin,

le défendeur au demandeur, qui associe à une ancienneté donnée une somme forfaitaire. L'issue de la conciliation devient, de la sorte, prédéterminée et les parties pourront, suppose-t-on, évaluer leur intérêt à poursuivre l'action, au vu de l'indemnité légale ou conventionnelle qu'elles pensent pouvoir obtenir devant le bureau de jugement. On voit mal, dans ces circonstances, ce qui reste de l'exigence pour les parties à une transaction de consentir des concessions réciproques, ainsi que de la « participation active »¹⁷ exigée jusqu'à présent du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes.

Démocratie sociale

Au-delà du « compromis historique » que l'ANI est réputé incarner, la signature de cet accord a été célébrée comme un grand moment de la « démocratie sociale »¹⁸. Il est vrai que cette appréciation oublie peut-être un peu vite que l'unanimité est loin de régner chez les syndicats de salariés, la CGT et Force ouvrière s'étant abstenues de parapher le texte¹⁹. La signature de l'accord n'en a pas moins été présentée comme le fruit d'une « méthode », marquée par une association exceptionnellement étroite des partenaires sociaux aux réformes du droit du travail. Dans le contexte français, la nouveauté ne doit cependant pas être exagérée, les accords nationaux interprofessionnels s'étant succédés au cours des dernières années. Dans le contexte européen, la démarche suivie en France n'est pas non plus isolée²⁰.

La politique des Pactes sociaux constitue un trait caractéristique des relations sociales espagnoles²¹. Depuis la transition démocratique de la fin des années 1970, la négociation interprofessionnelle a connu des phases de forte activité, entrecoupées d'interventionnisme législatif. La période récente est, à cet égard, marquée par des ambiguïtés. En effet, les dernières réformes du marché du travail ont été opérées pour l'essentiel par la loi, le gouvernement ayant préféré couper court aux négociations interprofessionnelles qui lui paraissaient enlisées. Mais cette vigueur de la loi n'a pas empêché les partenaires sociaux de signer plusieurs accords interprofessionnels importants. Ainsi, dans le même temps qu'elles s'opposaient à la loi de 2010, y compris par l'appel à la grève générale, les organisations syndicales les plus représentatives au niveau national signaient un accord qui portait l'âge de la retraite de 65 à 67 ans et instaurait diverses mesures relatives à la politique de l'emploi et à la formation professionnelle. De même, était signé le 9 février 2010 un « Accord pour l'emploi et la négociation collective 2010, 2011 et 2012 ».

Les accords interprofessionnels signés en Espagne sont habituellement repris par une loi ou un décret-loi. La situation prend cependant, au cours des derniers mois, un tour inédit puisque, pour la première fois, un accord interprofessionnel (« Accord pour l'emploi et la négociation collective 2012, 2013 et 2014 »²²) a été frontalement remis en cause par le décret-loi 3/2012 du 10 février 2012, puis par la loi 3/2012 du 6 juillet 2012. Alors que l'intervention législative était jusqu'alors présentée comme un palliatif à l'incapacité des négociateurs à parvenir (assez vite) à un accord, le législateur s'est opposé à leurs tentatives pour conserver la main sur l'orientation future du droit du

« L'ombre longue des prud'hommes sur les transactions après rupture », *RDT*, n° 3, 2010, p. 183.

¹⁷ Cass. Soc., 28 mars 2000, *GADT*, n° 30.

¹⁸ Sur les sens et les usages de cette expression, v. not. M. Le Friant, « La démocratie sociale, entre formule et concept », *Regards*, janv. 2001, p. 48 et s. ; A. Bevort, v° « Démocratie », in *Dictionnaire du travail*, PUF, 2012.

¹⁹ Pour une présentation des critiques formulées par la CGT, v. A. Braun, « L'ANI tente de briser la capacité de résistance des salariés », *SSL*, n° 1568, 2012, p. 9.

²⁰ Sur la place des négociations interprofessionnelles dans les pays de l'Union européenne, v. European Commission, *Industrial Relations in Europe 2010*, 2010, spéc. pp. 86 et ss.

²¹ A. Oliet Palá, *La concertación social en la democracia española: crónica de un difícil intercambio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003 ; Analistas de Relaciones Industriales, « 25 años de concertación social : a modo de crónica », *Relaciones laborales*, n° 23-24, 2010, pp. 181-228.

²² Cf. M. Rodríguez-Piñero Royo, « El II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva », *Temas laborales*, n° 115, 2012, pp. 55-84.

travail.

Assimiler la démocratie sociale au seul recours à des accords interprofessionnels serait cependant réducteur. La structure de la représentation syndicale a une incidence évidente sur la légitimité des accords signés. Celle-ci n'est pas identique selon que les organisations syndicales sont organisées en structures confédérales ou non (ce qui leur donne une certaine unité de direction), et plus encore, selon leur nombre et leur poids respectif. Ainsi, lorsqu'un accord interprofessionnel est signé, en Espagne, par les Commissions ouvrières et par l'Union générale des travailleurs, ce sont plus de 80 % des syndiqués qui se trouvent représentés. La situation est bien différente lorsque le paysage syndical est plus éclaté et que restent en dehors de l'accord des organisations dont le poids, en termes d'audience ou d'adhésion, est important. L'expérience italienne récente montre qu'en l'absence de la signature de la CGIL, qui constitue l'organisation syndicale la plus importante, les accords-cadres du 22 janvier 2009 et du 15 avril 2009, qui modifient l'accord interconfédéral du 20 décembre 1993, ne pouvaient que se trouver fragilisés²³. En ira-t-il de même en France de l'ANI du 11 janvier 2013, en l'absence de la signature de la CGT et de Force ouvrière ? Le fait que l'accord soit promis à la consécration législative ne pourra pas, en tout cas, faire oublier que la démocratie sociale n'est pas plus apaisée que la démocratie politique²⁴.

Flexisécurité

Depuis la fin des années 1990, le discours de la flexisécurité s'est imposé en Europe. S'y affirme la nécessité d'un meilleur équilibre sur le marché du travail, de réduire la dualité et de combiner des mesures visant à flexibiliser et à éviter la précarité des travailleurs. Les documents relatifs à la politique de l'emploi européenne ont intégré ce discours pour justifier la flexibilisation du marché du travail en échange d'une meilleure protection des salariés dans l'emploi et lors de la transition entre différents emplois. Dans sa communication du 27 juin 2007²⁵, la Commission présente la flexisécurité comme « une stratégie intégrée visant à améliorer simultanément la flexibilité et la sécurité sur le marché du travail ». Elle se décline en quatre composantes : la souplesse et la sécurisation des dispositions contractuelles, des stratégies globales d'apprentissage tout au long de la vie, des politiques actives du marché du travail, des systèmes de sécurité sociale modernes. La communication de la Commission sur la stratégie Europe 2020²⁶ invite les États membres à élaborer des plans de flexisécurité afin de « mieux gérer les transitions économiques, de lutter contre le chômage et de relever les taux d'activité ». Au-delà des déclarations d'intention, une grande majorité des auteurs ont signalé que la flexisécurité est avant tout une manière de donner visage humain à la flexibilisation et qu'elle est surtout utilisée par la Commission européenne pour favoriser la flexibilité externe²⁷.

Les réformes récentes illustrent la diffusion de ces idées dans les États de l'Union. Plusieurs dispositions de l'ANI du 11 janvier 2013 s'inscrivent dans cette perspective, sous l'intitulé de la « sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ». À suivre ses usages dans

²³ G. de Simone, « L'essor du vote dans les relations professionnelles. Quelles réflexions à partir de l'expérience italienne », in O. Leclerc et A. Lyon-Caen (dir.), *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, Dalloz, 2011, spéc. p. 139.

²⁴ Sur les limites du rapprochement entre démocratie politique et sociale, cf. Ch. Le Digol et Ch. Voilliot, « Hors champ : l'analyse politique et les élections professionnelles », in O. Leclerc et A. Lyon-Caen (dir.), *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, op. cit., pp. 41-51.

²⁵ COM(2007) 359 final : *Vers des principes communs de flexicurité : Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité*.

²⁶ COM(2010) 2020 final : *Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*.

²⁷ M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, « El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares », *Relaciones laborales*, n° 3, 2009, p. 6 ; S. Laulom, « El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad », en R. Escudero Rodríguez (coord), *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, La Ley, 2007, p. 32.

l'ANI, le mot sécurisation semble renvoyer à un sens large et à un sens plus étroit. Au sens large, la sécurisation peut être vue comme le processus par lequel est mis en œuvre le volet « sécurité » de la flexisécurité. C'est sous cet intitulé qu'est placé son titre I^{er}, dont les dispositions ont en commun de devoir bénéficier aux salariés, mais qui sont en réalité assez hétérogènes (art. 1 à 11). Dans un sens étroit, le terme « sécurisation » est employé pour désigner des dispositifs contractuels qui visent à assurer la continuité de l'activité professionnelle des salariés exposés ou confrontés à un licenciement : il en va ainsi de la « période de mobilité volontaire sécurisée » (art. 7) et du « contrat de sécurisation professionnel[le] expérimental » (art. 8)²⁸.

Mais la sécurisation a aussi, dans l'ANI du 11 janvier 2013, un double dont les contours sont laissés en suspens, « la sécurité juridique des relations de travail », auquel fait référence l'énigmatique article 24. La sécurité qui est ici visée renvoie plus certainement à la volonté des employeurs d'éviter de voir les mesures de gestion remises en cause pour des raisons tenant à la forme (il faut entendre, probablement, la procédure), et non au fond. La sécurisation évoque alors l'idée que les procédures ont plus à voir avec des lourdeurs encombrantes qu'avec des espaces de discussion raisonnée permettant de parvenir à une décision²⁹. C'est encore la même idée qui justifie de limiter les délais pour contester ces mesures en justice (art. 26, art. 20 *in fine*).

C'est également la flexisécurité qui a été mise en avant en Espagne pour justifier la grande réforme du marché du travail de 2012. L'objet affiché est de parvenir à la création d'emplois et à la stabilité de l'emploi *grâce à la flexisécurité*. À cette fin, la loi du 6 juillet 2012 affirme rechercher un équilibre entre flexibilité interne et externe, entre les CDI et les CDD, entre la mobilité interne dans l'entreprise et l'extinction du contrat de travail. Mais la réalité est bien différente. Sur le plan théorique, d'abord, les objectifs affichés cadrent mal avec les mesures adoptées : si c'est la stabilité de l'emploi qui est recherchée, il n'est pas logique de mettre sur le même plan les mesures de flexibilité internes et externes : les premières devraient primer sur les secondes, tout comme la préférence devrait être donnée aux contrats à durée indéterminée. Sur le plan pratique, ensuite, au vu des mesures adoptées à ce jour, rien n'assure que l'« équilibre » réalisé se maintiendra, puisqu'en réalité le licenciement est facilité et est rendu moins onéreux, faisant ainsi naître un déséquilibre entre les pouvoirs de l'employeur et la protection du travail. Les mesures adoptées pour promouvoir la flexibilité interne perdent ainsi de vue l'objectif initial consistant à éviter la destruction d'emploi pour ne devenir qu'un outil facilitant le licenciement en situation de crise économique³⁰. La flexisécurité à l'espagnole constitue ainsi un exemple évident de « flexi-insécurité »³¹.

Juge

Voir « Administration », Voir « Conciliation ».

Négociation collective

L'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 confère une place importante à l'accord collectif, en particulier lorsqu'il est conclu dans l'entreprise. L'article 20 permet de déterminer la procédure du licenciement collectif pour motif économique et le contenu du plan de sauvegarde de

²⁸ Ce contrat a été mis en place par l'ANI du 31 mai 2011 et créé par loi n° 2011-893 du 28 juill. 2011 (art. L. 1233-65 et s. C. trav.), en remplacement de la convention de reclassement personnalisé et du contrat de transition professionnelle.

²⁹ Sur les rôles des procédures dans l'entreprise, v. not. E. Lafuma, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, spéc. n° 19 et s.

³⁰ Ajoutons que la loi 3/2012 augmente aussi la flexibilité « à l'entrée », en créant une nouvelle forme contractuelle, le contrat de travail à temps *indéfinit*, qui comporte une période d'essai d'un an et est assorti d'importantes réductions fiscales pour l'employeur.

³¹ Ces mesures se sont accompagnées d'une augmentation du taux de chômage de 13,2 %, d'une hausse du nombre de licenciements objectifs de 49 % et des licenciements collectifs de 66 %. Pour un bilan des effets de la réforme du marché du travail de 2012, v. CCOO, « Un año de reforma laboral », Madrid, 2013.

l'emploi au moyen d'un accord collectif « signé par une ou plusieurs organisations ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés au 1^{er} tour des précédentes élections professionnelles ». À défaut d'un tel accord, restera à l'employeur à recourir à une détermination unilatérale homologuée par l'administration du travail (voir *supra*, ce mot). Plus emblématique encore, l'article 18 de l'Accord ouvre le recours à des accords collectifs d'entreprise réalisant des baisses de salaires ou des augmentations de la durée du travail en échange d'un engagement de l'employeur à ne pas licencier pendant la période de validité de l'accord (2 ans au maximum)³². Là encore, ces accords devront être majoritaires s'ils ont été conclus avec des délégués syndicaux, ou ratifiés par une majorité de salariés en leur absence (annexe à l'art. 18). Ces « accords de maintien dans l'emploi » sont surtout remarquables par la manière dont ils devraient s'articuler avec les sources du droit du travail. L'ANI prévoit en effet que ces accords collectifs s'imposeront aux salariés. En cas de refus, le contrat de travail pourra être rompu, étant précisé qu'il s'agira d'un « licenciement économique dont la cause réelle et sérieuse est attestée par l'accord ». Dans une perspective proche, l'article 15 de l'Accord ajoute au programme des négociations triennales dans l'entreprise les mesures de mobilité internes³³. Si un accord d'entreprise était conclu dans ce cadre, celui-ci pourrait – selon le vœu des signataires de l'ANI – modifier le contrat du salarié (à l'exception de la rémunération ou de la classification), et son refus l'exposerait à un licenciement, qualifié de licenciement pour motif personnel. Là encore, c'est la négociation d'entreprise qui est érigée en vecteur privilégié de la flexibilité dans l'entreprise, au prix d'une fragilisation des capacités de résistance tirées par le salarié de son contrat de travail³⁴.

Il n'est donc pas exagéré d'affirmer que la « modernisation » du marché du travail, dont l'ANI se veut porteur, passe en grande partie – si ce n'est prioritairement – par la négociation collective d'entreprise. Le fort mouvement de décentralisation de la négociation collective que connaissent les États de l'Union européenne³⁵ se fait le vecteur privilégié de la flexibilisation du droit du travail. Ainsi, la réforme espagnole de 2012 consacre, au nom de la facilitation de la « flexibilité interne »³⁶, une profonde transformation du droit de la négociation collective. La loi donne priorité à l'accord d'entreprise sur les accords conclus dans un autre périmètre. Elle limite aussi à un an la survie de la convention collective après la survenance de son terme, en l'absence d'accord entre les parties. De même, les possibilités ouvertes à l'employeur de ne pas appliquer un accord collectif en vigueur sur les conditions de travail [*el descuelgue laboral*] (art. 82.3 du Statut des travailleurs) sont revues. Jusqu'à présent, si survenaient des causes économiques, techniques, organisationnelles ou productives, il était possible de laisser inappliqué un accord collectif sectoriel ou d'entreprise portant sur les salaires, si un accord était trouvé entre l'employeur et les représentants des salariés (avec la possibilité de désigner une commission *ad hoc* en l'absence de représentants dans l'entreprise). À cette situation, la loi de 2012 apporte deux changements majeurs : elle élargit la palette des matières ouvertes à dérogation et elle permet, en cas d'incapacité des négociateurs à s'entendre sur le principe de la dérogation, d'en appeler à la Commission consultative nationale pour la négociation collective, dont la décision s'imposera dans l'entreprise. La priorité donnée à l'accord d'entreprise et la modification du régime de la survie de la convention collective traduisent, ainsi que l'a relevé la doctrine, la volonté de placer l'accord collectif « au service de l'employeur »³⁷.

³² Voir M. Morand, « L'accord collectif de maintien dans l'emploi », *SSL*, n° 1570, 2012, p. 12 ; rapp. P. Rémy, « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un 'modèle' pour le droit français ? », *RDT*, n° 3, 2012, p. 133.

³³ Cf. G. Vachet, « Les deux faces de la mobilité », *SSL*, n° 1570, 2012, p. 8.

³⁴ Sur ce point, v. G. Borenfreund, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouvr.*, 1997, p. 514 ; F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? », *préc.*, p. 5.

³⁵ V. European Commission, *Industrial Relations in Europe 2010*, *préc.*

³⁶ L'objectif de favoriser la flexibilité interne *négociée* par l'adoption d'accords entre l'employeur et les organisations syndicales avait déjà celui de la loi 11/1994 du 19 mai 1994. Ce texte avait soustrait à la loi les procédures de fixation et de modification des conditions de travail pour les confier à la négociation collective (elle-même réformée).

³⁷ M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, « Las reformas de la reforma laboral de 2012 (La Ley 3/2012 y el RDL 20/2012) », *Relaciones laborales*, 2012.

Portabilité

La « portabilité » constitue l'un des principaux mécanismes pour mettre en œuvre la « sécurisation des parcours professionnels »³⁸. C'est sous cet intitulé que le titre I^{er} de l'ANI crée des dispositifs permettant au salarié de conserver des droits en dépit de la perte ou du changement de son emploi (art. 2, 3, 5, 7, 8). Alors même qu'elle constitue l'une des dimensions essentielles de la flexisécurité, la « portabilité des droits individuels » est, en tant que telle, absente des réformes récentes du droit du travail espagnol. L'idée, pourtant, n'est pas ignorée : elle connaît une déclinaison bien différente, plus large que celle esquissée par l'ANI, mais dont l'entrée en vigueur semble compromise.

La loi 35/2010 du 17 septembre 2010 avait prévu la création d'un fonds de capitalisation abondé par les employeurs³⁹. Les sommes collectées seraient acquises par les salariés « pendant toute leur vie professionnelle », même en cas de changement d'entreprise. Elles leur seraient reversées si certains événements se produisaient : licenciement, mobilité géographique, activités de formation, départ à la retraite. Cependant, la loi 35/2010 s'est bornée à esquisser les contours de ce fonds de capitalisation. La fixation du montant des sommes acquises par les salariés est renvoyée à la négociation collective, tout comme les modalités précises de son financement, dont la loi indique seulement qu'elles ne doivent pas se traduire par des « augmentations des cotisations patronales ». Faute d'accord sur la mise en place du fonds de capitalisation dans le délai initialement prévu (1^{er} janvier 2012), et suite à un avis défavorable rendu sur ce sujet par un groupe d'experts constitué à l'initiative des partenaires sociaux⁴⁰ (au motif que son coût serait trop lourd en temps de crise), il n'y est plus fait référence dans les réformes récentes.

Cet avis négatif du groupe d'experts illustre bien les limites de la formule du fonds de capitalisation dans un contexte de réduction des charges pesant sur les entreprises, au nom de la compétitivité. Nul doute que le financement de la portabilité des droits consacrés par l'ANI du 11 janvier 2013 pourra à son tour susciter des interrogations. L'idée de flexisécurité induit le risque d'un déséquilibre : les mesures de flexibilité sont bien moins onéreuses pour la collectivité que ne le sont les mécanismes de portabilité. Les difficultés rencontrées en Espagne pour en assurer un financement pérenne peuvent alors encourager à une certaine prudence.

Taxation

La « taxation » des CDD fait partie des mesures phares de l'accord. C'est du moins ainsi qu'a été désignée la « majoration de la cotisation d'assurance chômage des contrats à durée déterminée » (art. 4). Cet article met en place un dispositif incitatif : plus l'employeur aura recours à des CDD (et plus ceux-ci seront courts), plus la cotisation d'assurance chômage qu'il sera tenue d'acquitter augmentera, ce qui devrait l'inciter à délaisser les contrats les plus courts. L'idée est la même pour les demandeurs d'emploi qui sont encouragés, par l'article 8, à recourir au contrat de sécurisation professionnelle par une prime de 1000 euros.

Le recours à de tels mécanismes incitatifs est loin d'être propre à la France. Ainsi, la loi italienne du 28 juin 2012 prévoit l'introduction d'une cotisation supplémentaire de 1,4 % à la charge des employeurs qui auraient recours au CDD ou au travail temporaire⁴¹. À l'image de ce que prévoit l'ANI du 11 janvier 2013, la majoration n'est pas applicable lorsque le salarié est embauché en CDI

³⁸ V. A.-S. Ginon et F. Guiomard, « Les nouvelles formes de mutualisation. Réflexions sur la portabilité des droits issue de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 », *Dr. Soc.*, 2009, p. 1054.

³⁹ Sur cette mesure, v. A. Guamán Hernández et O. Leclerc, « Se réformer pour mieux s'adapter ? Le droit du travail espagnol face à la crise économique », *Droit ouvr.*, n° 763, 2012, spéc. p. 122.

⁴⁰ *Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones*, 2 févr. 2011, préc.

⁴¹ G. Loy, « La réforme italienne : entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n° 2, 2012, pp. 38-48.

à l'issue du CDD. En droit espagnol, l'encouragement à l'embauche via la variation des cotisations sociales a emprunté deux voies distinctes. D'une part, la loi espagnole *décourage* le recours à certaines formes contractuelles en majorant les cotisations d'assurance chômage des employeurs qui recourent à des formes temporaires d'emploi. Ainsi, au titre de l'année 2013, les cotisations dues pour de tels contrats sont majorées de 1,25 %⁴². Ce montant est encore augmenté de 2,25 % si l'emploi est à temps partiel. Par ailleurs, les cotisations patronales croissent de 8 points en cas de recours à des contrats temporaires d'une durée inférieure à 7 jours, à l'exception toutefois – à l'image de ce que prévoit l'ANI du 11 janvier 2013 – du recours à l'intérim. D'autre part, le droit espagnol recourt aux mécanismes incitatifs pour *encourager* la conclusion de certains types de contrats, en accordant des bonifications ou des réductions de cotisations. Le mécanisme n'est pas nouveau en droit espagnol, mais le décret-loi 20/2012 du 13 juillet 2012 remet ces dispositifs à plat, au nom de la crise que traverse l'Espagne depuis 2008, en supprimant toutes les bonifications existantes, à l'exception de celles qu'il énumère expressément : d'une part, les contrats à durée indéfinie de soutien aux entrepreneurs et, d'autre part, les contrats de formation et d'apprentissage. La mesure renseigne ainsi sur les formes contractuelles qui sont placées au cœur de la réforme.

L'ANI, dans son ensemble, est irrigué par l'idée que les entreprises et les salariés sont des agents optimisateurs. C'est cette raison qui le conduit à rechercher une plus grande « prévisibilité » et une meilleure « transparence ». C'est cette même idée qui est à l'œuvre dans le recours aux incitations. Sans même discuter le bien-fondé de ce modèle d'action rationnelle, on peut s'interroger sur le niveau des incitations. De ce point de vue, on pourra douter des effets de l'article 4 sur le recours aux contrats précaires, au vu de la proximité des taux de cotisation retenus et, surtout, au vu des types de CDD (et de contrats de travail intérimaires) qu'il laisse en dehors de son champ d'application.

⁴² Orden ESS/56/2013 du 28 janv. 2013.