

LA RÉCEPTION DE LA JURISPRUDENCE ANTI-CRISE DU COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX EN ESPAGNE: LE CONTRAT DE SOUTIEN AUX ENTREPRENEURS

M^a Carmen Salcedo Beltrán¹

RÉSUMÉ

L'année 2012 s'est caractérisée en Espagne par l'adoption d'une des réglementations avec plus de répercussion publique, étant donnés les changements opérés sur le régime juridique du travail en vigueur à ce moment-là; en fait, nous faisons référence au Décret-loi 3/2012 du 10 février, de mesures urgentes pour la réforme du marché du travail, validé ultérieurement par la Loi 3/2012 du 6 juillet.

Une des nouveautés incluses à la réforme, a été la création d'une nouvelle modalité de contrat dénommée « Contrat de soutien aux entrepreneurs ». En général, le régime qui lui est appliqué est celui des contrats réglementés par le Code du Travail et les conventions collectives, qui s'applique aux contrats ordinaires à durée indéterminée, avec la seule exception de la durée de la période d'essai (art. 4.3 de la Loi 3/2012); celui-ci est le point le plus polémique

¹ Profesora Titular de Universidad Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Université de Valence (Espagne). Membre du Réseau Académique Européen sur la Charte Sociale et les Droits Sociaux. El presente estudio se enmarca en la investigación realizada en la École Doctorale U.F.R. de Sciences Juridiques (Université Paris X-Nanterre) financiada por la Consellería de Educación, Cultura y Deporte (BEST2014 Becas para estancias de personal investigador doctor en centros de investigación radicados fuera de la Comunitat Valenciana)

puisqu'il établit une durée "d'une année", indépendamment du poste de travail et de la compétence préalable du travailleur.

Deux ans après de l'adoption de cette modalité contractuelle, tel qu'on pouvait l'espérer, les tribunaux se sont prononcés au sujet de la période d'essai imposée, lors de la résiliation d'une relation de travail pendant cette période. D'abord, la sentence du Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone du 19 novembre 2013, et ensuite les sentences du Juge de l'ordre social n° 1 de Tarragona y Mataró du 2 et 29 avril 2014, sont très importants parce qu'ont inappliqué la normative national que permet cette période d'essai, et conséquemment ont caractérisé le licenciement comme abusif, utilisant comme principal argument juridique la violation de l'article 4.4 de la Charte Sociale Européenne et la jurisprudence du Comité Européen des Droits Sociaux prononcée dans la décision sur le bien-fondé du 23 mai 2012 (Réclamation n° 65/2011). Ce commentaire analyse l'application du contrôle de conventionnalité, par première fois entre la Charte Sociale Européenne et une loi, adoptée et justifiée par le Gouvernement espagnol, comme mesure pour faire face à la crise économique.

ABSTRACT

In 2012 Spain was characterized by the adoption of some of the norms that most public impact has had in recent times, as a result of the changes that took place in the legal labour framework existing in these moments, in particular, reference is made to the Act 3/2012, of July 6, of urgent measures to reform the labor market.

One of the new features included in the reform, was the creation of a new type of contract called "contract of support for entrepreneurs". The legal regulation applied is the indefinite contracts regulated, in general, in the Statute of Workers' Rights and the collective agreements, with the exception of the duration of the probation period (art. 4.3 of the Law 3/2012)); this is the most controversial point since it sets it to a year, with independence of the job position and the previous work experience.

After more than two years since the implementation of this type of contract, as it was to be expected, the courts have pronounced about this probation period, as terminations of contracts have been produced during that same period.

First of all, the judgment of the Labour Court Nr. 2 of Barcelona of November 19, 2013, and the next judgments of the Labour Court Nr. 1 of Tarragona and Mataró of April 2 and 29, 2014, are very important because they have unapplied the regulation that allows to impose this probation period based on the violation of the art. 4.4 of the European Social Charter and the case law of the European Committee of Social Rights pronounced in its decision on the merits of May 23, 2012 (Complaint No. 65/2011).

The present essay analyses the application of the conventionality control for the first time, between the European Social Charter and an Act adopted and justified by the Spanish Government as a measure to cope with the economic crisis.

Mots-clés :

Droits sociaux, Comité Européen des Droits Sociaux, contrôle de conventionnalité, juges espagnols, décision sur le bien-fondé, mesures anti-crise

Keywords :

Social rights, European Committee of Social Rights, conventionality control, spanish labour courts, decision on the merits, anti-crisis measures

1. Introduction.
2. Le contrat de soutien aux entrepreneurs.
 - 2.1. Principales caractéristiques.
 - 2.2. La période d'essai controversé.
3. La violation de la Charte Sociale Européenne par l'Espagne.
 - 3.1. La Charte Sociale Européenne et les instruments pour sa défense: application en Espagne.
 - 3.2. Décision sur le bien-fondé 23 mai 2012 du Comité Européen des Droits Sociaux (Réclamation n ° 65/2011).
 - 3.3. La législation européenne et la jurisprudence du Comité Européen des Droits sociaux devant les tribunaux espagnols. La sentence du Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone du 19 novembre 2013.

Résumé/Abstract.

Mots clés/Keywords.

1. Introduction.

Pendant les premiers mois de l'année 2012, le cadre normatif espagnol du travail a été modifié, de façon très considérable, à travers une des réglementations avec plus de répercussion publique; nous faisons référence au Décret-loi 3/2012 du 10 février, de mesures urgentes pour la réforme du marché du travail, validé ultérieurement, avec quelques modifications, par la Loi 3/2012 du 6 juillet.

L'adoption de cette loi est justifiée, tel que signalé dans l'Exposé des Motifs, par la nécessité de fournir "(...) *aux agents économiques et sociaux un horizon de sécurité juridique et de confiance, dans lequel ils puissent se déployer*

efficacement pour aboutir ainsi à la récupération de l'emploi", gravement touché par la crise économique, ce qui met en évidence, d'un côté, "(...) *la fragilité du modèle espagnol de travail*", et, de l'autre, que "(...) *les réformes du travail entreprises pendant ces dernières années, ayant pourtant une bonne intention et orientées dans la bonne voie, elles ont été des réformes faillites*".

L'Exposé des Motifs affirme qu'il s'agit d'une législation "(...) *complète et équilibrée (...)*", laquelle "(...) *tient à garantir tantôt la flexibilité des entrepreneurs par rapport à la gestion des ressources humaines de l'entreprise, comme la sécurité à l'emploi des travailleurs et des niveaux appropriés de protection sociale (...)*", en soutenant que "(...) *c'est une réforme où tous gagnent, entrepreneurs et travailleurs, et qui prétend satisfaire, d'avantage et mieux, les intérêts légitimes de tout le monde*", tenant de même compte que ses objectifs sont la mise en œuvre de la flexisécurité et l'accomplissement des exigences des institutions européennes.

Une des nouveautés inclue lors de l'adoption de la réforme du travail, a été la création d'un nouveau modèle de contrat de travail, le contrat à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs, pour mettre ainsi en application les propositions concrètes de l'Union Européenne "(...) *d'étendre le recours à des dispositions contractuelles à durée indéterminée prévoyant une période d'essai suffisamment longue et une progressivité des droits en matière de protection du travail(...)*" prévues à l' stratégie pour des compétences nouvelles et des emplois, du 23 novembre 2010².

Cette étude prétend analyser un des aspects plus controversés de la loi, celui-ci étant la période d'essai établie, puisque la durée prévue d'une année porte atteinte à la Charte Sociale Européenne, ce qui déjà a été mis en relief dans d'autres travaux publiés antérieurement³, lors de la publication le 19 de octobre 2012, de la Décision sur le bien-fondé 23 mai 2012 du Comité Européen des Droits Sociaux (Réclamation n° 65/2011), et récemment confirmé avec le remarquable sentence du Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone du 19 novembre 2013 (Affaire n° 426/13).

2. Le contrat de soutien aux entrepreneurs.

Tel qu'il a été déjà annoncé, on peut affirmer que la création du nouveau modèle de contrat dénommé "contrat de soutien aux entrepreneurs" est une des nouveautés de la réforme du travail. Celui-ci est présenté comme le contrat

² COM (2010) 682 final.

³Conférez, entre autres, SALCEDO BELTRÁN, M.C.: "Carta Social Europea. Instrumento para la defensa en el ámbito nacional de los derechos sociales". Fundación Primero de Mayo, Informe n° 60, 2013, págs. 1 a 23 (extraído de <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe60.pdf>) y "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional". *Revista de Derecho Social*, 2013, n° 62. Págs. 93 a 128.

phare et son objectif, établit au texte de la Loi 3/2012, est de “(...) *rendre facile l'emploi stable et, en même temps, favoriser l'initiative entrepreneuriale* (...)” ; il est présenté, en principe, comme un contrat de travail à durée indéterminée, ayant comme destinataires les entreprises avec moins de 50 salariés, dans la mesure où elles représentent, d'après les données du *Directorio Central de Empresas* (Répertoire central d'Entreprises) de l'Institut National de la Statistique, reflétés à l'Exposé des Motifs, le 99,23% des entreprises espagnoles, soit la plupart du tissu productif de notre pays.

Les critiques de la part de la doctrine, ne se sont pas fait espérer, puisque le caractère à durée indéterminée du contrat reste assez relatif avec l'établissement d'une période d'essai d'une année, ce qui le transforme plutôt en un contrat temporaire sans cause ou un contrat à licenciement libre sans indemnité, avec une durée d'une année⁴.

À présent, les dernières données statistiques montrent que 150.336 contrats de soutien aux entrepreneurs⁵ ont été conclus. Généralement, le facteur le plus important pour la conclusion de ces contrats, c'est le fait que l'entrepreneur puisse le dissoudre (résilier) pendant la première année, sans observer les conditions requises légalement; les bénéfiques et avantages attribués ayant un caractère secondaire, ce qui est démontré par une croissance considérable des allocations chômage qui ont leur origine à la finalisation de la relation de travail pendant la période d'essai⁶.

Son régime est fixé par l'article 4 de la Loi 3/2012; dans une première partie, on abordera une étude, non exhaustive, de ses principales caractéristiques, pour ainsi avoir une perspective d'ensemble de son régime juridique et pouvoir ainsi élaborer une analyse comparative avec d'autres figures ou mesures contractuelles adoptées dans d'autres pays. En deuxième lieu, on abordera

⁴Conférez, entre autres, VICENTE PALACIO, A.: “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral (Una breve presentación de la reforma en el ámbito del Derecho Individual”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, nº 31 (extraído de www.iustel.com/v2/revistas/ (17/11/2012). Pág. 266. PRECIADO DOMÉNECH, C.H.: *Una primera aproximación al RDL 3/2012, de reforma laboral*. Albacete, 2012. ¿Hacia dónde va el Derecho del Trabajo? Análisis de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral. *Revista Jurídica de Cataluña*, 2012, nº 3. Pág. 37. Este aspecto ha supuesto que algún autor lo haya calificado como “un contrato híbrido, de un engendro que si bien alardea de su naturaleza indefinida y a tiempo completo, contiene a la vez una quiebra radical de los criterios de estabilidad en el empleo (...)”. PÉREZ REY, J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”. *Revista de Derecho Social*, 2012, nº 57. Pág. 51.

⁵Données allant de février 2012 à novembre 2013. En http://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html (6/12/2013).

⁶Ainsi indiqué dans le rapport de « plus d'un an de la réforme du travail » de UGT, qui met en évidence qu'en 2012, 82 % de ces nouveaux contrats signés ont été utilisés sans avoir eu recours aux **incitations** fiscales, ce fait est attesté par les données sur les demandes d'allocations de chômage, dans lesquelles une augmentation annuelle de 31,4 % a été observée, causée par des licenciements au cours de la période d'essai.

Extrait de http://www.ugt.es/actualidad/2013/agosto/Mas_de_un_anho_de_reforma_laboral_UGT.pdf (06/12/2013).

l'aspect le plus controversé de la période d'essai établie, ainsi que sa réglementation.

2.1. Principales caractéristiques.

Le contrat de soutien aux entrepreneurs, tel qu'il a été commenté brièvement, est un contrat à durée indéterminée, qui peut être conclu pour une journée de travail à temps complet ou partiel⁷ et, obligatoirement, par écrit.

Son adoption a fait disparaître un autre type de contrat en vigueur jusqu'à ce moment⁸, le contrat de stimulation de l'embauche indéfini, dont le régime juridique se trouve à la Disposition additionnelle première de la Loi 12/2001 du 9 juillet, de mesures urgentes de réforme du marché du travail pour la croissance de l'emploi et l'amélioration de sa qualité, ce qui peut être qualifié de logique, dans la mesure où l'attrait de ce contrat, la possibilité d'octroi d'une indemnité réduite pour un licenciement pour motifs objectifs et déclaré nul, n'a plus de sens avec l'adoption de la réforme, car cette indemnité réduite s'est étendue à tous les contrats et licenciements déclarés nuls.

La réponse, absolument négative, contre l'adoption du contrat de soutien aux entrepreneurs, entraîna, lors de la validation du Décret-loi Royal 3/2012 à travers la Loi 3/2012, l'inclusion d'une Disposition additionnelle pour établir que ce contrat pourrait seulement être conclu "(...) *jusqu'à que le taux de chômage dans notre pays se situe en dessous du 15 pour cent (...)*", actuellement il représente le 26,7%.

En général, le régime juridique appliqué correspond à celui des contrats réglementés au Code du Travail et aux conventions collectives de travail pour les contrats ordinaires à durée indéterminée, avec la seule exception de la durée de la période d'essai (art. 4.3 de la Loi 3/2012), ce point-là sera abordé dans une autre partie de cette étude. L'application subsidiaire de la réglementation générale implique que, en cas de manquement à certains aspects comme l'obligation de la forme écrite, la présomption *iuris tantum* de l'art. 8.2 CT (Code du Travail) au regard de la considération du contrat à durée indéterminée et à temps complet, n'aura aucune importance puisque le contrat présente déjà ces conditions et la conséquence, tel que signalée, sera la perte des avantages et bénéfices y associés et, par conséquent, une sanction administrative⁹.

⁷ Récemment approuvé la possibilité de le faire à temps partiel par le Décret-loi 16/2013, 20 décembre, (BOE 21 décembre 2013).

⁸ Disposición derogatoria única b) de la Ley 3/2012. En relation avec cet aspect-là, voir une étude plus approfondie chez LÓPEZ TERRADA, E.: *Las modalidades de contratación en la reforma laboral de 2012. Ley 3/2012, de 6 de julio*. Valencia, 2012. Tirant lo Blanch. Págs.19 a 21.

⁹Dans ce sens, PÉREZ REY, J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores..." *op. cit.* Págs. 55 y 56.

En ce qui concerne les parties contractantes, les entreprises qui peuvent conclure ce contrat doivent avoir moins de 50 salariés ; de même, pour les travailleurs autonomes et les entreprises d'économie sociale, d'après l'Exposé des Motifs de la Loi 3/2012.

Quant aux travailleurs bénéficiaires de ce contrat, il faut signaler que, en principe, il n'y a pas de limitations subjectives et peut être conclu avec quiconque. Pourtant, si l'entreprise veut bénéficier des avantages fiscaux et/ou des bonifications contenus dans la réglementation, celle-ci fait passer devant les collectifs des jeunes entre 16 et 30 ans, tous deux inclus, et les âgées de plus de 45 ans. En somme, lors de l'embauche des premiers, d'après ce qui est établi à la Loi 3/2012, l'entreprise aura droit à une bonification sur le montant à payer à la Sécurité Sociale pendant trois ans, soit une somme de 83,33 euros/mois (1.000 euros/an) la première année; de 91,67 euros/mois (1.100 euros/an) la deuxième, et de 100 euros/mois (1.200 euros/an) la troisième année. Au cas où ces contrats seraient conclus avec des femmes dans des professions où ce collectif soit faiblement représenté, les sommes antérieures auront une hausse de 8,33 euros/mois (100 euros/an).

En ce qui concerne le deuxième collectif, les personnes âgées de plus de 45 ans, l'entreprise pourra bénéficier d'une bonification dans la somme à payer à la Sécurité sociale de 108,33 euros/mois (1.300 euros/an) pendant trois ans¹⁰. Si ces contrats sont conclus avec des femmes, dans les secteurs d'activité où ce collectif est moins représenté, lesdites bonifications seront de 125 euros/mois (1.500 euros/an).

En relation avec les avantages fiscaux, la réglementation fait référence à l'art. 43 du *Real Decreto Legislativo* 4/2004, du 5 mars, qui adopte la Loi de l'Impôt sur les Sociétés, laquelle établit que, lors de la première embauche d'une personne de moins de 30 ans, l'entreprise pourra bénéficier d'un prélèvement de 3000 euros sur la quote-part intégrale. La doctrine spécialisée en droit du travail, après l'adoption du Décret-loi Royal 3/2012, mit en évidence un doute, par rapport au bénéfice de l'avantage, au sens que si pour s'en bénéficier le premier salarié devait être embauché par une entreprise de nouvelle création ou, au contraire, si c'était le premier salarié engagé par une entreprise quelconque, moyennant cette modalité contractuelle. L'opinion majoritaire, en

¹⁰Le Décret-loi Royal 3/2012 exigeait, quant à la prise en considération de ce collectif pour pouvoir bénéficier de la bonification, que ceux-ci devraient être "(...) *inscrits au service d'emploi, au moins douze mois des dix-huit mois antérieurs à l'embauche (...)*", cette condition ayant été supprimée par la Loi 3/2012. Il faut ainsi signaler que l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne de 13 décembre 2012 (affaire C-379/11), ayant pour objet une demande de décision préjudicielle présentée par la Cour Administrative (Luxembourg), au titre de l'article 267 du Traité de Fonctionnement de l'Union européenne, a statué que l'art. 45 du Traité doit être interprété au sens "(...) *qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre qui subordonne l'octroi aux employeurs d'une aide à l'embauche des chômeurs âgés de plus de 45 ans à la condition que le chômeur engagé soit inscrit comme demandeur d'emploi dans ce même État membre, dès lors qu'une telle inscription, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, est subordonnée à une condition de résidence sur le territoire national*".

tenant compte de l'objectif du contrat, le soutien des entrepreneurs, affirme que ce bénéfice doit comprendre que les entreprises de nouvelle création¹¹, ceci ayant été confirmé para l'Exposé des Motifs de la Loi 3/2012, où c'est établi que les bénéficiaires sont "(...) *les compagnies qui n'ont pas d'employés embauchés*".

2.2. La période d'essai controversé.

Après avoir signalé les éléments de base du contrat de soutien aux entrepreneurs, il faut remarquer que l'aspect le plus controversé de celui-ci a été l'introduction, "en tout cas", d'une période d'essai d'une année. Les critiques ont été nombreuses, puisque l'entrepreneur est placé dans une situation très avantageuse face à l'employé¹², en lui attribuant la possibilité de résilier le contrat sans avoir à octroyer une indemnité et sans invoquer un motif.

La Loi 3/2012, d'après la réglementation du contrat de soutien aux entrepreneurs, précise que le régime juridique applicable sera celui des contrats et des droits et obligations contenus au Code du Travail, avec la seule exception de la durée de la période d'essai (art. 4.3).

En règle générale, le régime juridique de la période d'essai se trouve à l'art. 14 CT, où est établi que , en principe, "*une période d'essai pourra être fixée, tenant compte des limites de durée établis aux conventions collectives*", et ajoute ensuite que "(...) *faute d'un accord sur la convention, la durée de la période d'essai ne pourra pas excéder les six mois pour les cadres (agents de maîtrise) ni les deux mois pour le reste des employés qui ne soient pas agents de maîtrise (...)*" ; si l'entreprise a moins de vingt-cinq salariés, "(...) *la période d'essai ne pourra pas excéder de trois mois pour les employés qui ne soient pas agents de maîtrise*". La différence de durée par rapport au contrat de soutien aux entrepreneurs, supérieure et sans aucune justification, est bien évidente, compte tenue de la finalité même de la période d'essai; la jurisprudence a établi ainsi, en ce qui concerne les conventions collectives¹³, que la période d'essai a comme but de vérifier l'aptitude de l'employé envers le travail qu'il doit réaliser et qui ne précise pas d'une durée si longue.

Par conséquent, la réalité met en relief qu'il s'agit d'une caractéristique sans doute frauduleuse, dont la finalité c'est l'institution d'un contrat temporaire sans cause, ayant l'entrepreneur la possibilité de résilier librement la relation de travail à n'importe quel moment pendant cette première année et sans avoir à

¹¹Por esta interpretación optan, entre otros, PÉREZ REY, J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores..." *op. cit.* Pág. 67, LÓPEZ TERRADA, E.: *Las modalidades de contratación en la reforma...op. cit.* Pág. 30.

¹²Conférer, entre autres, MORENO VIDA, M.N. "Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia". *TemasLaborales*, 2012, nº 115. Pág. 199.

¹³Voir les ârrets du *Tribunal Supremo* : STS de 12 novembre 2007 (Rec. 4341/2007) ou la STS de 20 juillet 2011 (Rec. 152/2010).

invoquer aucune raison¹⁴; dans ce sens-là, les institutions communautaires se sont prononcées, et signalent qu'on risque que "(...) *les entreprises utilisent la période d'essai d'une année, pour transformer ce contrat en un contrat temporaire en fait, de mauvaise qualité et avec des coûts de résiliation très bas (...)*"¹⁵ ou bien "(...) *que les nouveaux contrats, avec une période d'essai étendue, puissent remplacer les contrats temporaires, [cependant, à voir] (...)* dans quelle mesure, ceci pourrait augmenter d'avantage l'utilisation des contrats à durée indéfini et une majeure stabilité de l'emploi"¹⁶.

Ainsi, et après cette analyse, l'stabilité prétendue, à l'aide de laquelle on fait promotion de ce contrat à durée indéfini, reste relative, voire nulle, car la réalité s'impose et beaucoup de ces contrats seront résiliés pendant la première année de sa conclusion, ce qui rend très attrayante la prérogative conférée aux employeurs, indépendamment de la perte de bénéfices et/ou d'avantages y associés; ceux-ci sont subordonnés, d'un côté, au maintien de l'employé au moins pendant trois ans, dès le début de la relation de travail; et, d'un autre côté, à maintenir le niveau d'emploi de l'entreprise obtenu avec le contrat de soutien aux entrepreneurs pendant une année minimum, à compter dès la conclusion du contrat (art. 4.7 Loi 3/2012).

Cet aspect ne peut pas être situé hors du cadre juridique actuel du travail, espagnol et international, dont l'atteinte au droits des travailleurs, protégés de façon prioritaire, est évidente, tel qu'il a été établi par le Comité Européen des Droits Sociaux et la sentence du Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone du 19 novembre 2013, qui applique la jurisprudence dudit Comité.

Un autre aspect critiqué de la période d'essai, c'est son caractère uniforme, au sens que sa durée sera toujours "d'une année", indépendamment du poste à occuper et de l'aptitude de l'employé¹⁷; pourtant il faut mettre en relief que la validation de la Loi 3/2012 du RDL 3/2012 inclue que cette période d'essai ne pourra pas être appliquée "(...) *du moment que l'employé, antérieurement, ait déjà réalisé les mêmes fonctions à l'entreprise, sous une modalité contractuelle quelconque*", puisque, faute de celle-ci et tenant compte des doutes qui se

¹⁴ VICENTE PALACIO, A.: "El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral..." *op. cit.* Pág. 266. PRECIADO DOMÉNEC, C.H. "Una primera aproximación al RDL 3/2012, de reforma laboral..." *op. cit.* Págs. 18 y 19. ROJO TORRECILLA, E. Y CAMAS RODA, F.: "La reforma laboral de 2012. ¿Hacia dónde va el Derecho del Trabajo?...*op. cit.* Pág. 629.

¹⁵ Recommendation for a Council Recommendation on Spain's 2012 national reform programme and delivering a Council opinion on Spain's stability Programme for 2012-2015 (SWD (2012) 310 final) and Council Recommendation on the National Reform Programme 2012 of Spain and delivering a Council opinion on the Stability Programme for Spain, 2012-2015 (Brussels, 6 July 2012), in <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st11/st11273.en12.pdf> (8/12/2013).

¹⁶ Documento de trabajo de 30 de mayo de 2012 de los servicios de la Comisión Examen exhaustivo de España de conformidad con el artículo 5 del Reglamento UE n° 1176/2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos (SWD (2012) 159 final).

¹⁷ PÉREZ ROYO, J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores..." *op. cit.* Pág. 57.

présentent par rapport à l'applicabilité¹⁸ de la règle de l'art. 14 *in fine*, laquelle établit la nullité de la clause "(...) *qui impose une période d'essai du moment que l'employé, antérieurement, ait déjà réalisé les mêmes fonctions à l'entreprise, sous une modalité contractuelle quelconque*", celui-là pouvait se trouver face à une situation davantage absurde, soumis à une nouvelle période d'essai, même en possédant une connaissance approfondie de ses fonctions, ce qui n'est pas possible à mon avis, compte tenu aussi de la réglementation générale de la période d'essai.

La durée de la période d'essai, tel que signalé, sera "toujours" d'une année, ce qui doit être interprété au sens que la durée sera celle-ci sans exception, c'est à dire sans distinguer entre employés qualifiés ou pas, ou bien entre les postes de travail à occuper.

3. La violation de la Charte Sociale Européenne par l'Espagne.

3.1. La Charte Sociale Européenne et les instruments pour sa défense: application en Espagne.

Récemment, le Conseil de l'Europe, à travers le Comité Européen des Droits Sociaux, est entrain de réaliser une tâche d'énorme importance à l'égard de la protection des droits sociaux, ce qui le présente comme un instrument très efficace pour les agents sociaux.

En bref, il faut signaler que le Comité déroule son activité autour de la Convention Européenne des Droits de l'homme, qui se porte garante des droits civils et politiques, ainsi que d'autres textes de référence, ayant comme objectif la protection de l'individu; nous devons mentionner ici la Charte Sociale Européenne, comme le Traité de ladite Organisation, ayant comme but la protection des droits économiques et sociaux, dont l'importance se démontre avec les définitions de celle-ci, soit "(...) *l'instrument international contenant le plus ample catalogue de droits sociaux (...)*"¹⁹.

¹⁸Certains auteurs déclarent que, avec la rédaction du RDL 3/2012, l'employé pouvait être soumis à une nouvelle période d'essai, bien qu'il eut développé les mêmes fonctions antérieurement; cf. CASAS BAAMONDE, M.E., RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. Y VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La nueva reforma laboral". *Relaciones Laborales*, 2012, n° 5. Pág. 10. Un avis contraire chez LÓPEZ TERRADA qui remarque que "(...) *la tramitación parlamentaria ha venido a confirmar la interpretación expuesta (...)*" de façon que "(...) *no cabe entender que la norma impone un período de prueba de un año "en todo caso", incluso cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa (...)*". En *Las modalidades de contratación....op. cit.* Pág. 27. Du même avis, PÉREZ DEL REY, J.: "El contrato de apoyo a emprendedores..." *op. cit.* Pág. 58.

¹⁹ BELORGEY, J.M.: "La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales". *Revista de Derecho Político*, 2007, n° 70. Pág. 349 y DELIYANNI-DIMITRAKOU, C.: "La Charte sociale européenne et les mesures d'austérité grecques : à propos décisions n° 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux ». *Revue de Droit du Travail*, 2013, n° 7/8. Pág. 459.

La Charte Sociale Européenne, dans sa version originaire adoptée à Turin le 18 octobre 1961, a comme but principale, d'après son Préambule, celui d'assurer la jouissance des droits sociaux sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, ainsi que d'améliorer le niveau de vie et le bien-être de toutes les catégories de personnes, tant rurales qu'urbaines, au moyen d'institutions et de réalisations appropriées dans les États membres du Conseil de l'Europe.

En outre, à part le Préambule, la Charte est organisée en cinq Parties et un Annexe. La Partie I contient un décalogue de dix-neuf principes, les objectifs d'une politique, à mode de programme, que les Parties contractantes devront poursuivre par tous les moyens utiles, tel que signalé à l'art. 20.1.a) de la CSE. Celle-ci est accompagnée de la Partie II, avec dix-neuf articles correspondants aux principes mentionnés de la Partie I, ayant une force contraignante, au contraire de la première Partie qui ne la possède pas.

La Partie IV contient la réglementation du contrôle de l'application de la CSE à travers la procédure des rapports, attribuée dans un premier moment au Comité d'experts, actuellement dénommé CEDS (Comité européen des Droits Sociaux) et composé de quinze experts indépendants et impartiaux, désignés par le Comité des Ministres pour un mandat de six ans, renouvelable une seule fois.

L'Espagne a ratifié la CSE, par Instrument de ratification du 29 avril 1980 (BOE du 26 juin 1980), et a accepté l'ensemble de ses dispositions; par conséquent elle est rattachée par les droits et garanties reconnus et, de même, par les interprétations du CEDS.

L'évolution et les changements de la réalité sociale ont suscité, après quelques années, l'ampliation et/ou l'amendement de la CSE originaire, lors de l'adoption de trois Protocoles.

Le premier Protocole, adopté le 5 mai 1988, a inclus quatre droits pour ainsi augmenter et améliorer la protection des travailleurs. Ce Protocole fut signé par l'Espagne le 5 mai 1998 et ratifié le 24 janvier 2000 (BOE du 25 avril).

Le deuxième Protocole, du 21 novembre 1991, modifie quelques articles de la CSE originaire, ayant comme but d'améliorer "(...) *l'efficacité de la Charte, en particulier le fonctionnement de son mécanisme de contrôle*". Ce Protocole, comme l'antérieur, a été signé par l'Espagne le 21 octobre 1991 et ratifié le 24 janvier 2000 (BOE du 25 avril).

Pourtant, le plus important c'est le troisième Protocole, du 9 novembre 1995, qui établit le système de réclamations collectives, dont le but est "(...) [d'] *améliorer la mise en œuvre effective des droits sociaux garantis par la Charte*", et renforcer "(...) *la participation des partenaires sociaux et des organisations non gouvernementales*". L'Espagne n'a pas signé ni ratifié ce Protocole.

Face à cette situation, avec une CSE originaire et trois Protocoles, la Charte Sociale Européenne révisée a été adoptée le 3 mai 1996. Son Préambule affirme qu'elle est destinée "(...) à se substituer progressivement à la Charte sociale européenne, les droits garantis par la Charte tels qu'amendés, les droits garantis par le Protocole additionnel de 1988 et d'ajouter de nouveaux droits". L'Espagne a signé la CSE révisée le 23 octobre 2000, mais ne l'a pas encore ratifiée.

Le Conseil d'État, dans son avis du 11 mai 2000 (Dossier n° 1740/2000), en ce qui concerne la Charte Sociale Européenne révisée, a déclaré que "(...) en principe, son application dans notre pays ne pose pas de problèmes, puisqu'elle est en concordance avec notre droit interne, donc sa ratification n'impliquerait pas une modification de notre législation (...)".

Pourtant, ce même organisme, signale aussi l'existence "(...) d'une certaine réticence entre les États membres, surtout entre ceux appartenant à l'Union européenne, envers la ratification de ce texte, même si la plupart d'eux l'ont signée. Ceci ne répond qu'à l'inclusion dans le texte en vigueur de plus d'obligations et à l'interprétation de celles-ci, et de la portée, réalisée par le Comité d'experts Indépendants".

Cette « réticence » de l'UE trouve sa raison d'être à la possibilité que des résolutions divergentes se donnent entre la Cour de justice de l'Union européenne et le Comité Européen des Droits Sociaux²⁰. Cependant, et dans ce sens-là, l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme demeure absurde, n'agissant pas de la même façon avec la Charte Sociale Européenne, ce qui reflète l'oubli du principe d'indivisibilité des Droits de l'homme, lequel implique que les droits ne peuvent pas être classifiés ni séparés entre ceux à caractère social, politique, économique ou d'un autre genre, mais que tous ont la même importance, la même valeur et sont connectés les uns aux autres²¹.

²⁰JIMENA QUESADA remarque que "(...) no existe una solución a escala europea (lo mismo que sucede cuando se producen contenciosos paralelos entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo), de modo que el operador jurídico interno se habría visto ante un dilema de difícil resolución", et, au cas où cette situation pourrait se donner, "(...) si la solución más favorable a los derechos sociales fuera la de la UE, no habría problema alguno desde la perspectiva de la Carta Social Europea, pues ésta contiene una cláusula de estándar mínimo susceptible de ser mejorado por otra normativa supranacional o nacional (...) [pendant que] si la solución <al alza> procediera del Consejo de Europa, tal vez se generaría mayor complejidad, derivada en gran medida de la fuerte impronta de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario europeo (...) siendo la solución ideal (...) la ratificación de la Carta Social Europea por parte de la Unión Europea (...)". En *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales...op. cit.* Pág. 24 y "La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas". *Estudios de Economía Aplicada*, 2009, vol. 27-3 (extraído de <http://revista-eea.net/volumen.php?Id=70&vol=27&ref=3>). Págs. 755 y 756. Véase también MILIONE, C: "¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la Carta Social Europea revisada en 1996?". En *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, 2012, n° 2. Pág. 124.

²¹JIMENA QUESADA, L: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales...op.cit.* Págs. 13 y 14.

En bref, l'Espagne est actuellement soumise à la CSE originaire, le Protocole additionnel de 1988 y le Protocole d'amendement de 1991, mais, par contre, elle ne l'est pas à l'égard du Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives et la CSE révisée de 1996.

Les critiques envers le refus à ratifier la CSE²² sont bien nombreuses, étant donné qu'il n'y a aucun obstacle législatif, tel que prononcé par le Conseil d'État espagnol; de même, le manque de ratification de la CSE révisée demeure illogique, car les mêmes droits sont reconnus à la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, un texte contraignant pour l'Espagne, dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009 (Instrument de ratification publié au BOE le 27 novembre 2009).

3.2. Décision sur le bien-fondé 23 mai 2012 du Comité Européen des Droits Sociaux (Réclamation n ° 65/2011).

La situation actuelle, subit par de nombreux pays à cause de la crise économique, a comme principale conséquence l'application de mesures législatives, dont la légitimité est mise en question, car elles portent atteinte aux droits des travailleurs, aussi bien au niveau individuel que collectif. Un exemple très claire de cette affirmation nous pouvons le trouver en Grèce, un pays qui a imposé aux citoyens, et, par conséquent, aux travailleurs, des mesures portant atteinte, de façon assez considérable, contre leurs droits, et que, soi-disant, trouvent sa raison d'être dans le contexte du mécanisme de prêt international en faveur de son économie.

La Décision 2010/320/UE du Conseil, du 8 juin 2010, adressée à la Grèce, en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif²³, dispose que cet État devait entreprendre obligatoirement, vers la fin de 2010, " *une réforme de la législation sur la protection de l'emploi pour allonger à un an la période de stage pour les nouveaux emplois (...)*" (art. 2.3 e)). Une mesure similaire nous la retrouvons à la Décision 2011/734/UE du Conseil, du 12 juillet 2011²⁴, aux arts. 2.2 n) y 2.3 z), en fin une refonte des modifications réalisées après la première Décision susmentionnée.

²²Dans ce même sens, entre d'autres auteurs, BRILLAT, R.: "La Charte Sociale et son acceptation progressive par les États ». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, n° 13. Pág. 231.

²³Cette décision a été remplacée, suite aux modifications réalisées, par la Décision 2011/734/UE du Conseil, du 12 juillet 2011.

²⁴Récemment modifiée, avec l'incorporation de nouvelles obligations, par la Décision du Conseil du 13 mars 2012.

Face à cette exigence, le pays eut d'adopter la Loi 3899/2010, du 17 décembre²⁵, où est établis, à l'art.17.5 a), l'élargissement de la période d'essai de deux à douze mois pour tous les travailleurs, sans exception, sans aucune mention à la spécialisation de ceux-ci ou aux spécificités du travail pour lequel ils sont embauchés ; pourtant, pendant cette année, l'entreprise a le droit de résilier la relation de travail, sans préavis et sans que le travailleur ait même pas le droit à une indemnité, sauf si ceci a été convenu en sens contraire entre les parties contractantes.

Contre cette mesure, et d'autres adoptées pour cause desdites exigences²⁶, les partenaires sociaux présentèrent des Plaintes devant l'OIT et deux Réclamations collectives devant le Comité Européen des Droits Sociaux, soit la n° 65/2011 et la 66/2011²⁷.

Tenant compte du sujet de cette étude, la Réclamation n° 65/2011 présentée par la Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et la Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) contre Grèce, fera l'objet d'une analyse ; cette Réclamation a été enregistrée le 21 février 2011, et le CEDS a déclaré la réclamation recevable le 30 juin 2011. La Réclamation allègue que la disposition contenue à l'art. 17.5 de la Loi 3899/2010, du 17 décembre porte atteinte contre l'art. 4.4 de la Charte Sociale Européenne, car la disposition controversée prévoit, pour les contrats à durée indéfini, une période d'essai de douze mois, pendant lesquels les travailleurs peuvent être licenciés automatiquement, sans préavis et sans une indemnité de licenciement, au cas où l'employeur considère, sans avoir à le démontrer, que le travailleur n'a pas accomplis les exigences des superviseurs.

²⁵ Ainsi il est signalé à la Communication de la Commission au Conseil, suivi de la Décision 2010/320/UE du Conseil, où sont examinées les mesures mises en œuvre par la Grèce durant la période comprise entre novembre 2010 et la mi-février, où on signale qu'avec la Loi 3899/2010 "(...) la Grèce a respecté les exigences envers la prolongation de la période de stage, étant d'un an pour les nouveaux emplois (...)".

²⁶ Estas medidas puede encontrarse en el Informe n° 365 del Comité de Libertad Sindical de la OIT de noviembre de 2012 que contiene una relación de las Quejas contra el Gobierno de Grecia presentadas por la Confederación General de Trabajadores de Grecia (GSEE), la Confederación de Funcionarios Públicos (ADEDY), la Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI-KIE) y la Federación de Empleados del Sector Privado de Grecia (OIYE) apoyada por la Confederación Sindical Internacional (CSI). Véase de forma completa en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3087085#A (26/11/2012).

²⁷ La réclamation présentée par la Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et la Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY), Décision sur le bien-fondé 23 mai 2012, contre quelques mesures adoptées par la Loi 3863, du 15 juillet 2010, en relation avec les contrats pour l'apprentissage, porte atteinte contre la Charte Sociale Européenne; en somme, les éléments sont l'exclusion du droit à trois semaines de vacances payées par an, la réduction de la protection de la Sécurité sociale, l'absence d'une réglementation sur les aspects de la formation à recevoir (la distribution du temps pour la formation théorique et pratique, entre d'autres éléments) et la réduction du 32% du salaire, adoptée par le Conseil des Ministres le 28 février 2012. En outre, il faut signaler que les dispositions contenues à l'art. 74.8 de la Loi 3863, et qui établissent un salaire inférieur pour tous les travailleurs âgés de moins de 25 ans, est disproportionnée et discriminatoire. Confère: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC66Merits_fr.pdf (1/12/2012).

En outre, et pour les travailleurs avec une ancienneté d'entre douze mois et deux ans, leurs contrats pourront être résiliés avec un préavis d'un mois.

Entre d'autres aspects, les organisations syndicales signalent que la durée de la période d'essai doit correspondre à la qualification professionnelle, sans être la même pour tous les travailleurs; en outre, la durée établit porte atteinte contre le principe de proportionnalité, reconnu par la Cour Européenne des Droits de l'homme et par la Cour de Justice de l'Union Européenne, et, de la même façon, que tout travailleur ait le droit à un délai raisonnable de préavis quand l'employeur a l'intention de résilier la relation de travail.

Le Comité Européen des Droits Sociaux s'est déjà prononcé au sujet de la période d'essai, concrètement, si les législations doivent établir, ou pas, un délai de préavis. Dans ce sens-là, la première référence se trouve à la Conclusion XIII-4, du 30 septembre 1996, en relation avec la Belgique; le Comité signale que, les Parties contractantes engagées par l'art. 4.4 de la Charte Sociale Européenne doivent reconnaître aux travailleurs un délai de préavis suffisant en cas de licenciement.

Ensuite, la Conclusion du 30 novembre 1998 sur l'Irlande, déclare que, même si la Charte Sociale Européenne admet le licenciement sans préavis, en cas de faute très grave, un délai raisonnable de préavis doit être assuré à tous les travailleurs, même aux employés publics quand sa relation de travail finit pour d'autres motifs. Ceci dit, une réglementation ne contenant pas ces dispositions, sera déclarée non conforme à la Charte Sociale Européenne.

Finalement, la Conclusion du 22 octobre 2010 concernant l'Ukraine a statué sur certains aspects:

a) Le but principal de l'art. 4.4 de la Charte Sociale Européenne révisée, de même pour celle de 1961, est de donner à l'intéressé le temps de prospecter le marché de travail avant que son emploi ne prenne fin ; au cas où il n'y aurait pas un délai de préavis, une compensation économique peut être admise. Dans ce sens-là, le délai de préavis sera conforme aux prévisions de la Charte, s'il tient compte de l'ancienneté du travailleur ; ceci dit, un délai de deux mois pour les travailleurs avec une ancienneté de quinze ans, n'est pas du tout raisonnable.

b) En outre, le droit à un délai raisonnable de préavis, avant la cessation de la relation de travail, doit être appliqué à toutes les catégories de salariés, y compris ceux qui se trouvent dans une relation atypique. Les mêmes indications sont valides pour les travailleurs en période d'essai, à temps partiel ou avec un contrat à durée déterminée.

c) Par conséquent, le Comité a déclaré qu'un préavis de deux mois pour les salariés ayant une ancienneté de dix ans ou plus, n'est pas raisonnable.

Par rapport aux allégations syndicales, le Gouvernement grecque affirme que le préavis incluse à la réglementation mise en question, ne s'applique pas pendant la période d'essai d'un salarié, ce qui rend raisonnable la durée d'une année prévue par la loi.

La Décision sur le bien-fondé 23 mai 2012 du Comité Européen des Droits Sociaux est catégorique et unanime au sens qu'elle déclare que l'art. 17.5 de la Loi 3899/2010 porte atteinte contre l'art. 4.4 de la Charte Sociale Européenne et signale que:

1°. Tous les salariés ont le droit à la protection de leurs droits sociaux, y compris le droit à un délai raisonnable en cas de cessation d'emploi. Dans la mesure où un concept général de délai raisonnable ne peut pas être accordé, il faudra analyser les situations au cas par cas.

2°. Le but du délai de préavis est celui d'offrir au travailleur la possibilité de chercher un autre emploi, sans avoir encore perdu l'antérieur; si le préavis ne se donne pas, il faudra lui octroyer une indemnité.

3°. Le licenciement immédiat est seulement possible en cas de faute grave.

4°. Le Comité Européen des Droits Sociales ne s'était prononcé jusqu'à présent sur la durée de la période probatoire, puisqu'il s'agit d'une figure acceptable dont le but est que l'employeur puisse vérifier la qualification du travailleur et son adaptation aux exigences du poste qu'il va occuper. Or, la durée de cette période d'essai ne devrait pas être très longue, à risque de perdre les droits au préavis et à une indemnité; ainsi, la durée d'une année est excessive.

Par conséquent, le Comité a conclu à l'unanimité que l'art. 17.5 de la Loi 3899/2010 viole l'art. 4.4 de la Charte Sociale Européenne, étant donné qu'il n'y a pas de délai de préavis ni indemnité compensatoire, en cas de cessation d'emploi, et, en outre, car la durée d'une année pour la période d'essai n'est pas raisonnable, d'après l'interprétation du Comité.

Il s'agit d'une décision extrêmement importante pour son influence dans d'autres pays qui ont pris des mesures dans le même sens, comme l'Espagne; il faut aussi souligner que cette décision contient des références avec une grande valeur en ce moment, dans le sens que les droits sociaux ne sont pas des droits qui puissent être supprimés en temps de crise et reconnus en temps de prospérité économique²⁸.

²⁸ DELIYANNI-DIMITRAKOU, C.: "La Charte social européenne et les mesures d'austérité grecques..." » *op. cit.* Pág. 461.

3.3. La législation européenne et la jurisprudence du Comité Européen des Droits Sociaux devant les tribunaux espagnols. La sentence du Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone du 19 novembre 2013.

Tel que signalé avant, l'Espagne n'a pas encore ratifié la procédure des réclamations collectives ni la CSE révisée, ce qui permettrait aussi l'adhésion à ladite procédure; par conséquent, ce n'est pas possible d'utiliser cette procédure pour faire face aux atteintes contre les droits reconnus à la CSE. Même si cela signifie que les mécanismes de protection sont plus faibles par rapport à ceux dont peuvent se bénéficier les partenaires sociaux d'un pays ayant ratifié le système des réclamations collectives, il ne faut pas, en aucun cas, relativiser la possibilité d'application de la CSE en Espagne et le rattachement aux interprétations et décisions du CEDS, soit par la voie de la procédure des Rapports ou bien par suite des Réclamations collectives présentées par les partenaires sociaux d'autres Parties contractantes.

D'abord, on ne doit pas oublier que la CSE de 1961 a été ratifiée ce qui implique que, tel qu'il arrive avec d'autres Conventions internationales, elle peut être invoquée devant les cours nationales de justice, de même que celles-ci peuvent statuer en faisant référence aux droits reconnus par la Charte. Ceci est possible grâce à l'application, d'un côté, de l'art. 96 de la CE, lequel établit que les Traités internationaux, régulièrement conclus et une fois publiés officiellement, sont reconnus comme faisant partie de l'ordre juridique interne; de l'autre côté, l'art. 10.2 de la CE qui stipule que les règles sur les droits fondamentaux et les libertés publiques reconnus à la Constitution, doivent s'interpréter "(...) conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne".

Même si la Constitution est très claire sur ce point-là, c'est un aspect qui ne s'est pas concrétisé dans la pratique puisque les décisions des tribunaux nationaux ne font référence à la Charte Sociale Européenne que de façon secondaire et générique. Quelques exemples nous pouvons les trouver aux arrêts de la Cour constitutionnelle, à savoir l'arrêt 28/2005, du 14 février 2005, rec. 687/2002 et l'arrêt 259/2007, du 19 décembre 2007, rec. 1640/2001²⁹.

²⁹Pour une analyse de la jurisprudence constitutionnelle faisant référence à la Charte Sociale Européenne, voir JIMÉNEZ GARCÍA, F.: "La Carta Social Europea (revisada): entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas". En *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, n° 17 (extraído de <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/articulos/carta-social-europea-revisada-entre-desconocimiento-su-revitalizacion-como-instrumento-coordinacion-politicas-sociales-europeas>). Págs. 16 a 21. Quelques exemples de la jurisprudence du *Tribunal Supremo*: STS de 9 de junio de 1992 (LA LEY 9680/1992) o en la STS (CA) de 9 de enero de 2007 (Rec. 40/2005).

Cependant, cet aspect appartient au passé, tel qu'on pourra l'observer ensuite, avec l'analyse d'une récente sentence, dont le fondement s'appuie sur la Charte Sociale Européenne et le sens de la décision est contraire à la règle nationale, précisément la Loi 3/2012. Cet aspect devrait s'étendre³⁰, et ainsi statuer au sens contraire, à travers l'application du principe de la hiérarchie des normes internationales, au cas où la règle interne en porterait atteinte.

Il faut de même ajouter que, le 5 novembre 2013, le projet de Loi sur les Traités et d'autres accords internationaux³¹ a été présenté à la Chambre des Députés; ce projet contient des règles très claires, tel que l'art. 32 qui affirme que "*Les dispositions juridiques contenues dans les traités, régulièrement conclus et publiés officiellement, auront une valeur supérieure en cas de conflit avec d'autres dispositions internes, à l'exception des dispositions constitutionnelles*".

Dans la mesure où l'Espagne a ratifié l'art. 4.4 de la CSE, la base juridique pour déclarer, à l'égard de la Grèce, qu'une période d'essai d'une année de durée porte atteinte contre la CSE, le même cas pourrait se poser en Espagne, pour un salarié, ayant conclu le contrat de soutien aux entrepreneurs et que, postérieurement, soit licencié, du moment qu'il pourrait faire appel, en déclarant l'atteinte portée contre les dispositions juridiques européennes, dont l'application est prioritaire par rapport aux dispositions nationales, lesquelles permettent la conclusion de ces contrats avec une telle période d'essai.

En effet, on peut avancer que l'interprétation du Comité Européen des Droits Sociaux à la procédure des Rapports sur la réglementation espagnole, au sujet de la période d'essai, se fera dans les mêmes termes que pour la Décision sur le bien-fondé mentionnée.

En outre, les résolutions adoptées par le CEDS, sous la forme de Conclusions ou de Décisions sur le bien-fondé, ont le caractère de jurisprudence et, par conséquent, elles sont contraignantes pour les tribunaux nationaux; elles doivent être appréciées d'office, en vertu du principe *iura novit curia*, ou bien à l'initiative d'une partie.

En bref, les tribunaux devraient incorporer à leurs résolutions la jurisprudence du Comité Européen des Droits Sociaux, de la même façon qu'ils le font avec celle provenant d'autres cours de justice. À présent, ce sont très rares les arrêts qui tiennent compte de la jurisprudence du CEDS, mais nous pouvons trouver quelques-uns du Tribunal Supérieur de Justice de la Communauté autonome

³⁰ GRAVEL, E. Y DELPECH, Q: "Normas del trabajo y complementariedad de los ordenamientos nacionales con el derecho internacional". *Revista de Derecho Internacional*, 2008, n° 4. Extraído de http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/s5_gravel.pdf (20/11/2012). Pág. 452. Disponible en français: http://www.ilo.org/public/french/revue/download/pdf/s5_note_gravel_delpech.pdf

³¹ Puede consultarse en <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-72-1-C1.CODI.%29#%28P%C3%A1gina1%29>.

de Valencia, de la Chambre du Contentieux-administratif ; à mode d'exemple, nous pouvons citer les arrêts du 8 mars 2011, rec. 2256/2008 et du 12 novembre 2012, rec. 494/2009. Le premier signale dans les bases juridiques, 4ème alinéa, que *“c'est approprié faire mention de la jurisprudence du Comité Européen des Droits Sociaux [dont] (...) la Décision sur le bien-fondé du 30 mars 2009, qui rend la décision sur la Réclamation n°45/2007 (Interights c. Croatie), a déclaré à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'art. 11 de la Charte Sociale (droit à l'éducation en matière de santé sexuelle et reproductive), lu seul et à la lumière de la clause de non-discrimination, puisque quelques éléments inclus dans les manuels scolaires contenaient de manifestations homophobes (...).”* Le deuxième arrêt, 3ème alinéa des bases juridiques, conclut que *“la Chambre trouve qu'il ne s'est pas porté atteinte contre le droit à la liberté syndicale, spécialement en ce qui concerne le droit à la négociation collective, de l'organisation faisant appel, d'après le sens exigé par la jurisprudence constitutionnelle (...) ou par la jurisprudence européenne (entre d'autres, la Décision du 12 septembre 2012 du Comité Européen des Droits Sociaux de la Réclamation n° 73/2011, Syndicat de défense des fonctionnaires c. France)”*.

Finalement, le lien avec la CSE doit s'établir à travers l'application du contrôle ou principe de conventionnalité. Il s'agit d'un instrument méconnu en Espagne, par rapport à d'autres pays où il est reconnu à la législation³². Ce principe peut être défini, de façon très simple, en faisant référence à la question posée par JIMENA QUESADA, *si un organe de la juridiction ordinaire peut refuser d'appliquer une loi interne en vigueur (non constitutionnelle) au cas où celle-ci s'opposerait à un traité international, intégré régulièrement dans le cadre juridique interne (ou bien à l'interprétation réalisée par l'organe supérieur de contrôle reconnu par le traité)?*³³ La réponse est carrément affirmative, car ce contrôle de conventionnalité offre la possibilité de conclure contre une règle juridique interne si le contenu de celle-ci s'oppose à un Traité international ou bien à l'interprétation statuée par son organe de contrôle; tout ceci d'après les dispositions constitutionnelles mentionnées antérieurement.

L'application du principe de conventionnalité par les tribunaux n'est pas si rare; ainsi on peut mentionner les arrêts de la Cour Constitutionnelle SSTC 292/2000, du 30 novembre o 136/2011, du 13 septembre, dans lesquelles la Cour a conclu que *“(...)aussi bien les traités et accords internationaux que le Droit Communautaire dérivé peuvent être considérés comme des “critères herméneutiques du sens et de la portée des droits et des libertés reconnus par la Constitution, ayant une énorme valeur”, celle-ci est attribuée sur la base de l'art. 10.2 CE, qui prévoit, tel qu'il a été statué dans d'autres résolutions, que « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la*

³²Voir, par exemple, l'art.55 de la Constitution française où l'invocation de ce contrôle n'est guère surprenante. Voir AKANDJI-KOMBÉ, J.F.: “De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne ». *Droit Social*, 2012, n° 11-12. Págs. 1014 y ss.

³³ En *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*. Navarra, 2013. Págs. 24 y 25.

Constitution seront interprétées conformément aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne (art. 10.2 CE); en même temps, cette interprétation ne peut pas faire abstraction de celle qui s'origine aux organes de garantie institués par les traités et accords internationaux' (SSTC 116/2006, du 24 avril, ou bien STC 198/2012, du 6 novembre).

En bref, et d'après les arguments qui ont été signalés, le droit du Conseil de l'Europe et l'interprétation de celui-ci, provenant du Comité Européen des Droits Sociaux, peuvent être invoqués directement devant les organes judiciaires nationaux et ceux-ci sont obligés a statué en fonction des instruments de garantie des Traités internationaux, compte tenu du système de sources établi par le régime juridique, au cas où la législation adopté pendant les dernières années, pour faire face à la crise économique, porte atteinte à ceux-là . Par conséquent, ce serait désirable que la décision sur l'appel contre la réforme du travail, présenté devant la Cour Constitutionnelle, soit statué dans ce sens-là.

Conformément aux arguments précédents, nous devons mentionner une sentence, prononcé récemment, du Juge de l'ordre social nº 2 de Barcelone du 19 novembre 2013, très innovant et d'une énorme importance, puisqu'il confirme ce qui a été signalé jusqu'à présent et depuis l'adoption du contrat analysé; la sentence déclare que la résiliation de la relation de travail, quelques jours avant que la période d'essai finisse, et dont le contrat d'origine est celui de soutien aux entrepreneurs, doit être qualifiée comme un licenciement irrégulier.

L'importance est manifeste pour les juristes dévoués à l'étude de la Charte Sociale Européenne, parce que la base légale de l'argumentation repose sur la Charte elle-même, mais aussi sur la Décision sur le bien-fondé analysée. Nous sommes donc en présence d'une sentence qui tient enfin compte de ce Traité international, rarement utilisé.

La sentence rend une décision sur la situation d'un employé, avec la catégorie d'ouvrier, dont sa fonction principale était celle de transporter des pneus d'un endroit à une autre; il a été embauché le 30 mars 2012 et licencié le 22 mars 2013, pour ne pas avoir réussi la période d'essai, encore en vigueur.

Par rapport aux points de la sentence ayant une relation avec la CSE, nous devons souligner certaines références d'une énorme importance; ainsi, la sentence affirme que la Charte Sociale Européenne“(...) est un traité international lequel il fait partie du droit interne (...) avec la même valeur contraignante que les traités de l'Union européenne ; ceci dit, et compte-tenu du principe de la hiérarchie des normes, il a une valeur supérieure à la Loi nationale(...)”.

En outre, il faut souligner que l'affaire de base est similaire à celui de la Décision sur le bien-fondé, et, par conséquent, la sentence statue que l'art. 4.3 de la Loi 3/2012 "(...) porte atteinte contre l'art. 4.4 de la Charte du fait qu'il ne précise pas un délai de préavis ni une indemnité de licenciement pendant la période d'essai. Ceci dit, la période d'essai d'une année, faisant l'objet de cette procédure, ne peut pas être qualifiée de raisonnable, tel que signalé par le Comité, car les fonctions propres au poste de travail, transporter des pneus d'un endroit à un autre, ne nécessitent pas d'une année pour que l'employeur vérifie la capacité du travailleur(...)".

La sentence, sur la base de la jurisprudence du Comité Européen des Droits Sociaux, rappelle que la crise ne peut pas "(...) avoir comme conséquence la diminution de la protection des droits reconnus par la Charte et, par conséquent, les Gouvernements étaient obligés à adopter les mesures pertinentes pour garantir que les droits de la Charte soient spécialement protégés dans des moments où le besoin de protection est plus sensible (...)".

Finalement, il affirme que "(...) l'article 4.3 (...) ne peut pas être appliqué du moment où il porte atteinte contre une norme supérieure, l'art. 4.4 de la Charte, puisqu'il n'établit pas un délai pour le préavis ni une indemnité en cas de licenciement pendant la période d'essai; en outre la durée de la période d'essai est excessive et ne possède aucun motif valable. Ainsi, on doit appliquer le Code du Travail, qui fait référence à la Convention collective correspondante (...)".

Il s'agit d'une sentence extrêmement importante et qui a eu une énorme répercussion aux médias, du fait des implications pour les mesures adoptées par le Gouvernement en 2012 et pour celles qui sont en train de préparer, tel que le nouveau contrat à temps partiel avec une période d'essai d'une année.

Les réactions du Gouvernement, qui affirme que la législation n'est pas affectée puisque c'est un cas isolé, mettent en évidence la méconnaissance de la législation internationale et de la jurisprudence du CEDS, du fait que la décision est applicable à toutes les situations où la relation de travail finisse dans des termes similaires³⁴.

En guise de conclusion, avec la sentence du Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone du 19 novembre 2013, nous devons affirmer que la connaissance de la législation internationale est extrêmement nécessaire, étant un outil pour la défense des droits sociaux, surtout de nos jours. La législation nationale, soumise aux exigences de l'UE, a adopté des réformes dans lesquelles les

³⁴ Il faut signaler qu'il existe un autre arrêt (TSJ de Catalogne 6 juin 2013, Rec. 1868/2013) sur le contrat de soutien aux entrepreneurs, mais qui n'a pas statué sur la légalité de la période d'essai puisque la résiliation se produit 45 jours après la conclusion du contrat. Dans ce cas-là, l'application subsidiaire des dispositions de la convention collective en matière de période d'essai, est conforme à droit, ainsi que la résiliation du contrat.

droits de base des travailleurs, conquis depuis longtemps, sont oubliés. Le Conseil de l'Europe, moyennant le Comité Européen de Droits Sociaux, est l'organisme le plus important pour la défense et sauvegarde des droits sociaux, et met en évidence l'oubli de l'UE par rapport à ceux-là. Les mesures, tels que la période d'essai controversée, trouvent son origine à une institution, aux conditions qu'elle impose en contrepartie d'une aide financière octroyée aux États qui la demandent.

La doctrine de ce jugement a été réitérée postérieurement aux jugements de l'ordre social n° 1 de Tarragona et Mataró du 2 et 28 avril 2014, qui ont qualifiée comme licenciement abusif la résiliation d'un contrat de soutien aux entrepreneurs pendant la période d'essai d'une année.

Par contre, le récent arrêt de la Cour Constitutionnelle espagnole du 16 juillet 2014, en relation avec ce contrat, déclare sa constitutionnalité et ne fait aucune allusion à la Charte Sociale Européenne même la jurisprudence du Comité Européenne des droits sociaux, en ignorant le vote dissident de trois magistrats qui ont demandé la mise en œuvre de la normative et jurisprudence européenne et la déclaration d'inconstitutionnalité de la période du contrat.

Il faudra attendre, comme j'ai avancé, les prochaines Conclusions du Comité Européenne des droits sociaux qui confirmeront la doctrine des jugements et la violation par l'Espagne de l'article 4.4 de la Charte Sociale Européenne en appliquant la Décision sur le bien-fondé analysée.