Analyse comparative de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée : les cas de l'Espagne et de la France

Géraldine GALEOTE

Université Paris 8

Le contrat de travail à durée indéterminée est le contrat de droit commun en Espagne et en France. Il doit, de ce fait, respecter les conditions générales des contrats prévues dans les codes civils respectifs[1], c'est-à-dire le consentement non vicié de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter, l'objet certain qui forme la matière de l'engagement et enfin, une cause licite dans l'obligation. La qualification du contrat de travail revêt une importance déterminante pour les parties puisque, dès lors, le salarié acquiert les droits propres au droit social – droit de grève, droit aux congés payés, droit à l'indemnité de licenciement, etc.– et l'employeur est tenu de respecter les règles légales et conventionnelles inhérentes à cette branche du droit – versement des cotisations sociales, versement d'une rémunération au salarié, respect des règles d'hygiène et de sécurité à l'égard de ses salariés, etc.

Quelles sont donc les spécificités du contrat de travail ? En France, le code du travail ne fournit aucune définition du contrat de travail ; c'est la jurisprudence qui a assumé cette tâche. Elle a ainsi dégagé qu'il y a contrat de travail lorsqu'une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la subordination d'une autre moyennant rémunération[2]. Il ressort de cette définition trois critères pour l'existence d'un contrat de travail : la prestation du salarié, c'est-à-dire son activité ; la prestation de l'employeur qui se traduit par le versement d'un salaire en contrepartie de l'activité du salarié ; et enfin, le lien de subordination qui correspond à la dépendance juridique du salarié à l'égard de l'employeur. Selon la Cour de Cassation « [...] le lien de subordination est caractérisé par l'existence d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »[3]. Ces trois critères sont nécessaires, mais celui de l'existence d'un lien de subordination est le critère essentiel dans la mesure où il permet de distinguer le contrat de travail des autres types de contrats. En droit espagnol, la jurisprudence n'a pas eu à pallier la carence des textes légaux puisque le *Texto refundido de la ley*

---

1 Articles 1108 et suivants du *Code civil français* et articles 1261 et suivants du *Code civil espagnol*.

2 Sur ce point voir *Lamy Social 2002*, Paris, Ed Lamy, p. 88.

3 Arrêt 94-13.187 de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation du 13 novembre 1996.

del Estatuto de los Trabajadores[4] donne une définition précise du contrat de travail. L'alinéa 1 de l'article 8 dudit texte énonce :

> El contrato de trabajo podrá celebrarse por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquél.

Il apparaît donc dans cette définition que les critères exigés pour l'existence d'un contrat de travail en Espagne sont les mêmes que ceux requis par la jurisprudence française. Toutefois, cet alinéa comporte une précision supplémentaire qui est celle du libre choix de la forme écrite ou orale du contrat de travail à durée indéterminée. Notons que le code du travail français s'inscrit dans le même esprit en n'imposant aucune forme particulière pour la validité de ce type de contrat. La Directive européenne du 14 octobre 1991[5], entrée en vigueur le 13 juillet 1993, impose la remise d'un écrit à tout salarié, quelle que soit la nature de son contrat. Même si en apparence ce texte semble aller à l'encontre de la jurisprudence française et du *Estatuto de los Trabajadores* tels qu'énoncés précédemment, il n'en est rien puisque cette directive impose un écrit qui, en définitive, n'est pas nécessairement le contrat de travail lui-même ; une fiche de paie peut être suffisante.

Par définition, le contrat à durée indéterminée est conclu sans terme précis. Pour qu'il prenne fin, il faut que les deux parties ou l'une d'entre elles manifestent leur volonté de le rompre. Au-delà des critères communs que nous avons pu dégager relativement à l'existence du contrat de travail à durée indéterminée en France et en Espagne, il convient de mettre en perspective les mécanismes de rupture de ce type de contrat dans ces deux Etats afin d'en dégager les points de convergence et de divergence.

I/ ENTRE DIFFÉRENTIATION ET SIMILITUDE

Lorsque l'on analyse comparativement les cadres législatifs relatifs à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée en France et en Espagne, il apparaît clairement que l'esprit même dans lequel ceux-ci ont été conçus, répondent à deux conceptions distinctes. En effet, nous retrouvons, tout comme pour la définition du contrat de travail, un cadre normatif espagnol beaucoup plus précis que le français au regard des causes légales de rupture. L'article 49 de la loi relative au *Estatuto de los Trabajadores* énumère expressément douze cas de figure dans lesquels le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu : accord mutuel des parties ; causes prévues au contrat ; démission du salarié ; décès ou invalidité du salarié ; retraite du salarié ; décès, retraite ou incapacité de l'employeur ; force majeure ; licenciement collectif ; volonté du salarié en cas d'inexécution des obligations contractuelles de l'employeur ; licenciement du

[4] *Real Decreto Legislativo* 1/1995, de 24 de marzo de 1995.

[5] Directive 91/533/CEE du Conseil du 14 octobre 1991.

salarié ; causes objectives légalement recevables ; et, enfin, démission de la salariée devant abandonner son poste de travail du fait de la violence conjugale dont elle fait l'objet. Toutefois, la loi ne se borne pas à dresser une liste des cas de rupture du contrat de travail puisque dans les articles suivants, elle explicite le contenu et les conditions requises pour leur légalité et leur application.

Le code du travail français, dans son Livre I « conventions relatives au travail », énonce dans son article L122-4 que « le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies. Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai ». Les règles auxquelles se réfère cet article concernent le délai-congé, l'indemnité de licenciement, l'indemnité compensatrice, le calcul de l'ancienneté du salarié et la procédure de licenciement. Aucun article ne définit explicitement les cas de figure dans lesquels le contrat à durée indéterminée peut être rompu légalement. Est néanmoins présente, de manière dispersée, lors de l'énonciation des règles à respecter pour la résiliation du contrat de travail, la mention de certaines causes génériques de rupture. Par exemple, il est stipulé à l'article L122-5 que « dans le cas de résiliation à l'initiative du salarié, l'existence et la durée du délai-congé ... », à l'article L122-6 que « dans le cas de licenciement pour un motif autre qu'une faute grave, le salarié a droit... » ou encore, à l'article L112-9-1 que « le salarié dont le contrat de travail à durée indéterminée est rompu pour cas de force majeure en raison d'un sinistre a droit à une indemnité compensatrice ... ». Il existe toutefois une exception à ce manque de définition ; il s'agit du licenciement pour motif économique dont l'article L321-1 du Code du travail en a défini avec précision le contenu.

De nouveau, tout comme pour la définition du contrat de travail, le rôle dévolu à la jurisprudence en la matière est majeur dans le droit français puisqu'il lui appartient de déterminer les cas dans lesquels la rupture du contrat de travail peut légalement être consentie. Dans sa forme, la loi espagnole apparaît donc beaucoup plus précise que la française au regard des modes de rupture des contrats à durée indéterminée et de ce fait beaucoup plus protectrice à l'égard des salariés puisqu'elle ne laisse pas au libre arbitre des juges la tâche de définir le cadre légal.

Cette différenciation dans les approches peut trouver sa justification dans la structure judiciaire propre à ces deux Etats. Alors que celle de la France est basée sur un système unifié et centralisé, celle de l'Espagne reproduit le modèle politique de l'Etat des autonomies créé en 1978. Ainsi, les quatre niveaux dans la structure des organes judiciaires en matière de droit social répondent à une classification des compétences géographiques plus ou moins étendues.

Il y a plus de 250 *Juzgados de lo social*[6] ayant une compétence au niveau de la province, 21 chambres sociales des *Tribunales Superiores de Justicia* ayant une compétence au niveau des Communautés Autonomes, une chambre sociale de la *Audiencia Nacional* et enfin, une chambre sociale du *Tribunal Supremo*, organe supérieur de tous les ordres juridictionnels. Le problème qui est posé par cette structure est que le tribunal qui statue en appel est un tribunal ayant des compétences limitées à la Communauté Autonome. Sa tâche d'unification de la jurisprudence est donc réduite à un cadre territorial restreint alors même que la législation en matière de droit social est d'ordre national puisque les Communautés Autonomes n'ont pas de compétences législatives en la matière. Pour faire face à ce dysfonctionnement, il a été créé le « recours de cassation pour l'unification de la doctrine » devant le *Tribunal Supremo* en cas de décisions contradictoires des *Tribunales Superiores de Justicia*. Celui-ci est une variante de la cassation ordinaire. Les problèmes d'unification de la jurisprudence nés de la structure judiciaire singulière de l'Etat espagnol ont donc certainement amené le législateur à définir avec précision, en amont, le cadre légal de la rupture du contrat de travail afin de garantir une protection égale à tous les salariés sur l'ensemble du territoire, problème qui ne se pose pas dans le fonctionnement de l'Etat français.

Cette structuration dissemblable des organisations judiciaires espagnole et française en matière de droit social ne concerne pas seulement le cadre géographique des divers niveaux de la structure des organes judiciaires mais également la composition même des juridictions. Alors que le *Juzgado de lo social* est une juridiction composée de juges professionnels, le Conseil de Prud'hommes est une juridiction élective et paritaire composée d'employeurs et de salariés.

Le terme prud'hommes provient du latin *prudens*, qui signifie « homme sage ». L'appellation Conseil de Prud'hommes est apparue en 1296 sous Philippe Le Bel afin d'assister le prévôt des Marchands et les Echevins à régler les litiges entre marchands et fabricants qui fréquentaient les foires et les marchés. Il s'agit de l'ancêtre du Tribunal de Commerce. A partir de 1806[7], les Conseils de Prud'hommes furent chargés de régler les litiges entre les patrons et les ouvriers mais, il faudra attendre la loi du 18 janvier 1979, pour que les Conseils de Prud'hommes soient généralisés sur l'ensemble du territoire national[8]. Les 271 Conseils de Prud'hommes présents en France métropolitaine

---

[6] Nous conserverons tout au long de l'article le nom en espagnol des institutions espagnoles afin de marquer leur spécificité par rapport aux institutions françaises.

[7] Le 18 mars 1806 fut votée une loi portant établissement d'un Conseil de Prud'hommes à Lyon à la demande de la chambre de commerce de Lyon et des manufacturiens de la fabrique de soie qui avait connu au XVIIIe siècle un bureau de conciliation entre les maîtres. Pour une approche historique de cette institution voir M. David, « L'évolution historique des conseils de prud'hommes en France » dans *Droit Social*, février 1974, p. 3-21 ; B. Dubois, *Les conseils des prud'hommes au XIXe s.-Entre Etat, patrons et ouvriers : les linéaments de la justice du travail (1806-1868)*, Lille, Th.Droit, 2000.

[8] Loi n.79-44 du 18 janvier 1979 portant modification des dispositions du titre premier du livre cinquième du code du travail relatives au conseil de prud'hommes, *JO, 19 janvier 1979*.

comptent 14610 conseillers prud'homaux élus pour cinq ans en deux collèges, celui des employeurs et celui des salariés. Pour être éligible, il faut être âgé d'au moins 21 ans, être de nationalité française, être inscrit sur les listes électorales et être présenté par un syndicat. Pour être électeur, il faut être employeur ou salarié titulaire d'un contrat de travail ou d'apprentissage, ou être privé d'emploi depuis moins de six ans. La procédure devant le Conseil de Prud'hommes comporte deux étapes : une première phase, obligatoire, de conciliation et, en cas d'échec de celle-ci, une phase de jugement. Le bureau de conciliation se compose d'un conseiller prud'homal employeur, d'un conseiller prud'homal salarié[9] et d'un greffier. Chaque partie expose verbalement ses motifs et ses griefs. En cas de conciliation, le juge rend un arrêt, l'accord étant alors exécutoire. A défaut de conciliation, l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement pour décision au fond. Ce bureau est composé d'au moins deux employeurs et deux salariés, toujours en nombre égal pour respecter le principe de parité[10]. La procédure est orale. Les débats sont contradictoires et l'audience du jugement est publique. Les délibérés sont secrets et le prononcé du jugement est fait en public. Il est possible qu'aucune majorité ne se dégage, c'est alors le dénommé partage des voix. Dans ce cas, l'affaire est renvoyée à une audience ultérieure présidée par un juge du tribunal d'instance. Le contrôle du Conseil de Prud'hommes concernant la rupture du contrat de travail porte sur deux points : l'absence de cause réelle et sérieuse et le non-respect de la procédure. Pour un licenciement personnel, le juge vérifie le motif réel et sérieux ainsi que le respect des différentes étapes de la procédure. Pour le licenciement économique, le contrôle est plus complexe surtout si celui-ci est collectif. En effet, si le juge peut être amené à évaluer la cause économique, son contrôle portera le plus souvent sur la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi proposé par l'employeur. Si celui-ci est déclaré insuffisant, voire nul, il peut décider de la réintégration des salariés.

Tel que nous l'avons déjà mentionné précédemment, le tribunal compétent en Espagne en matière de droit social, le *Juzgado de lo social*, a une composition bien différente de celle du Conseil de Prud'hommes français puisque ce sont des juges professionnels qui statuent. Toutefois, il convient de signaler que sous la Seconde République, la loi du 27 novembre 1931 institua les *Jurados Mixtos* qui avaient des caractéristiques très similaires au Conseil de Prud'hommes français puisqu'ils étaient composés paritairement de représentants d'employeurs et de salariés plus un président désigné par le pouvoir étatique. C'est le *Fuero del trabajo* de 1938 qui introduisit en Espagne le système des juges professionnels en matière de droit social. Ce système a connu un tel ancrage et une telle consolidation dans le système juridictionnel espagnol que lors de la transition démocratique il n'a même pas été question de le remettre en cause et de revenir au système paritaire des représentants des salariés et des représentants des employeurs.

---

[9] Article L515-2 du *Code du travail français*.

[10] *Ibidem*.

Tout comme en France, préalablement à la procédure judiciaire, les parties doivent avoir recours à la conciliation auprès du *Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación* (SMAC) de la Communauté Autonome correspondante dans les vingt jours suivant la rupture du contrat de travail. Dans le cas où cet acte ne déboucherait pas sur une conciliation, la partie demandeuse pourra recourir au *Juzgado de los Social*. Tout comme en droit français, la procédure est orale et les débats sont contradictoires. Relativement à la rupture du contrat de travail, le juge doit statuer sur l'existence d'une *causa justa* – juste cause –, exigence introduite pour la première fois dans le droit espagnol par le code du travail du 23 août 1926[11], et sur le respect de la procédure. Cette notion de juste cause est équivalente à celle de cause réelle et sérieuse sur laquelle doit statuer le Conseil de Prud'hommes. Dans ces deux systèmes, l'exigence d'une cause pour que l'entreprise puisse rompre unilatéralement le contrat de travail suppose une tutelle légale du salarié de la part de l'ordonnancement juridique, fondée sur la présomption selon laquelle le salarié est la partie la plus faible dans la relation contractuelle de travail.

Dans le cas où le demandeur ne serait pas satisfait du jugement rendu en première instance, il peut interjeter appel. A ce niveau, les juges sont des magistrats professionnels tant en France qu'en Espagne. En France, l'appel permet de porter une décision rendue en premier ressort devant la Chambre Sociale de la Cour d'Appel et en Espagne devant la Chambre Sociale du *Tribunal Superior de Justicia*. Le délai octroyé à la partie demandeuse pour interjeter appel est beaucoup plus long en France qu'en Espagne puisque, dans le premier cas, il est d'un mois à compter de la notification du jugement rendu en première instance[12] alors que, dans le second cas, il n'est que de cinq jours[13].

Si les cadres législatifs de régulation de la rupture du contrat de travail et les systèmes juridictionnels correspondants espagnol et français ont chacun leurs spécificités et présentent peu de similitude, qu'en est-il de la défense des salariés ? Lorsqu'un employeur envisage de licencier un salarié, il doit mettre en place une procédure de licenciement. Celle-ci a pour objectif de garantir le droit de la défense du salarié. En France, lorsque le motif est personnel, le salarié doit être convoqué par écrit, par lettre recommandée avec accusé de réception ou lettre remise en mains propres contre décharge[14]. L'objet, la date, l'heure et le lieu doivent figurer dans la convocation et celle-ci doit indiquer au salarié qu'il peut se faire assister par une personne de son choix appartenant à l'entreprise ou par un conseiller du salarié. Un délai de cinq jours ouvrables doit être respecté entre la convocation et l'entretien de licenciement[15]. Pendant l'entretien l'employeur

[11] Cette exigence fut établie à l'article 20 du *Code du travail* du 23 août 1926 pour les contrats à durée déterminée.

[12] Article R 517-7 du *Code du travail*.

[13] Article 192 du *Texto Refundido de la Ley de procedimiento laboral*, Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, *BOE* 11 avril 1995.

[14] Article L122-14 du *Code du travail*.

[15] Ordonnance 2004-602 du 26 juin 2004, *JO du 26 juin 2004*.

doit indiquer au salarié les raisons pour lesquelles il envisage de le licencier et écouter ses explications. Il prendra ensuite la décision de licencier ou non le salarié. Le licenciement doit être notifié au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception et motivé. Les motifs apparaissant dans la lettre de licenciement permettront un contrôle du Conseil de Prud'hommes. La notification du licenciement doit parvenir au salarié au plus tôt deux jours ouvrables après l'entretien et au plus tard un mois après l'entretien[16].

L'entretien préalable au licenciement qui est une garantie fondamentale de la défense du salarié en droit français n'existe en Espagne que pour les salariés représentants du personnel ou délégués syndicaux :

> El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos [...] Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciese, si los hubiese.[17]

Ainsi, la seule notification écrite du licenciement avec indication de la cause et de la date d'effet est requise pour le licenciement de la grande majorité des salariés espagnols. Toutefois, il est intéressant de noter que l'exigence d'un entretien préalable généralisé à l'ensemble des salariés n'est pas absente de l'histoire du droit du travail espagnol. Les *Reglamentaciones de Trabajo* instituées par la loi du 16 octobre 1942, régulant les conditions légales des relations entre employeurs et salariés, incluaient l'exigence d'une procédure préalable au cours de laquelle devaient être entendues les allégations de l'intéressé. Le décret du 26 octobre 1956 supprima cette exigence en instaurant la seule obligation d'une lettre contenant la date et le motif du licenciement. Nonobstant, cette procédure ne disparut pas définitivement du droit espagnol puisque la loi du 8 avril 1976 relative aux relations de travail réintroduisit l'entretien avec le salarié[18], obligation qui finalement fut irrévocablement abandonnée par décret-loi du 4 mars 1977[19].

En France, la loi du 2 août 1989 modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion[20], a introduit, dans le code du

---

[16] *Ibidem*.

[17] Article 55 de la loi relative au *Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*

[18] L'article 34-2 de la loi 16/1976 du 8 avril 1976 stipulait : « La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la Dirección de la empresa serán siempre revisables ante la Magistratura de Trabajo. La sanción de las faltas graves requerirá comunicación escrita motivada al trabajador y la de las faltas muy graves exigirá tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado, en los términos que reglamentariamente se determinen », *BOE n. 96,* 21 avril 1976.

[19] L'article 34-1 du décret-loi 17/1977 du 4 mars 1977 relatif aux relations de travail énonçait : « El despido podrá ser acordado por el empresario, sin más requisito formal que comunicarlo por escrito al trabajador, haciendo constar los hechos que lo motivan y la fecha de sus efectos », *BOE n. 5,* 9 mars 1977.

[20] Loi 89-549 du 2 août 1989, *JO,* 8 août 1989.

travail, la faculté, pour les salariés, lorsqu'il n'existe pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, de se faire assister, lors de l'entretien préalable à leur licenciement, par une personne extérieure à l'entreprise inscrite sur une liste établie par le préfet de chaque département[21]. La loi du 18 janvier 1991 relative au conseiller du salarié[22] a aménagé et complété le dispositif législatif d'assistance du salarié. L'action du conseiller du salarié a pour objectif d'aider le salarié menacé de licenciement à organiser la défense de ses intérêts en vue de l'entretien préalable auquel il est convoqué (information sur le déroulement de la procédure, sur l'étendue de ses droits, conseil sur le système de défense à retenir) et d'apporter un soutien actif au salarié lors de l'entretien (veille au plein exercice des droits de la défense, fournit tous renseignements permettant d'éclairer les parties sur leurs obligations et leurs droits, facilite le dialogue, etc.). Le conseiller du salarié remplit finalement un rôle de conciliateur et de témoin. A l'issue de l'entretien, il établit un compte rendu qui pourra constituer, le cas échéant, un élément de preuve en cas de procédure contentieuse. Le Conseil de Prud'hommes en appréciera librement la valeur et la portée. En Espagne, ce représentant légal des salariés n'existe pas puisque l'entretien préalable n'est pas une exigence requise par le droit espagnol en cas de licenciement.

La procédure à respecter en cas de licenciement collectif de plus de dix salariés[23] pour motif économique est beaucoup plus complexe tant en Espagne qu'en France. Ainsi, en Espagne, cette procédure débute simultanément par une demande d'autorisation préalable de rupture des contrats de travail auprès de la direction du travail et l'ouverture d'une période de consultations avec les représentants légaux des salariés d'une durée de 30 jours au minimum ou de 15 jours pour les entreprises de moins de 50 salariés[24]. Pour les entreprises de plus de 50 salariés, cette demande d'autorisation doit inclure un plan d'accompagnement social ayant pour but d'éviter ou de réduire les effets du licenciement et indiquant les mesures nécessaires pour atténuer ses conséquences pour les salariés concernés. En cas d'accord entre les représentants des salariés et l'employeur à l'issue des consultations, la direction du travail devra donner son aval. En cas de désaccord, il appartient à la direction du travail de trancher sur la demande de licenciement soit en l'acceptant, soit en la refusant, mais elle ne peut en aucun cas proposer une troisième voie. En France, l'autorisation administrative de licenciement fut exigée de 1975 à 1986 puisque aucun licenciement ne pouvait être prononcé sans l'autorisation

[21] Les conseillers du salarié sont des personnes bénévoles qui assistent et conseillent gratuitement les salariés sur leur demande lors de l'entretien préalable. Leur rôle est strictement limité à cette fonction d'assistance et de conseil, article D122-22 du code du travail et circulaire ministérielle n. 91-16 du 5 septembre 1991.

[22] Loi 91-72 du 18 janvier 1991, *JO,* 20 janvier 1991.

[23] L'article 51 du *Estatuto de los Trabajadores* énonce qu'il y a licenciement collectif lorsque sont licenciés : « a/ Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores ; b/ El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores ; c/ Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores », *op. cit.*

[24] Article 51 du *Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*

préalable de la Direction Départementale du Travail et de l'Emploi (DDTE)[25]. A partir de la loi du 30 décembre 1986, l'exigence d'une autorisation cède la place à une simple notification pour les licenciements collectifs : « L'employeur est tenu de notifier à l'autorité administrative compétente tout projet de licenciement pour motif économique d'au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours »[26].

Toutefois, les salariés représentants du personnel n'entrent pas dans ce cadre général puisqu'ils ne peuvent faire l'objet d'un licenciement, individuel ou collectif, sans l'autorisation de l'inspecteur du travail qui déterminera au cours d'une enquête contradictoire si le salarié a été victime d'une mesure discriminatoire à son encontre du fait de ses fonctions de représentant des salariés.

Tout comme en droit espagnol, il est prévu en droit français, pour le licenciement de 10 salariés et plus[27], des consultations avec les représentants légaux des salariés. Dans les entreprises de moins de 50 salariés, l'employeur doit informer les délégués du personnel du projet de licenciement. Cette information précède les deux réunions que l'employeur doit organiser, à 14 jours d'intervalle au plus, avec les délégués du personnel. Ceux-ci doivent ensuite émettre un avis consultatif sur le projet de licenciement collectif et sur les mesures d'accompagnement envisagées. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi est obligatoire. Tout comme dans la procédure espagnole, ce plan a pour but d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre ou de faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne peut être évité[28]. L'information et la consultation du comité d'entreprise doivent être organisées sur le projet de restructuration et de compression d'effectif et sur les aspects pratiques du projet et du plan de sauvegarde. La consultation a lieu au cours de deux réunions espacées d'un délai qui varie selon l'importance des licenciements.

La procédure de licenciement se conclut tant en Espagne qu'en France par l'envoi d'une lettre de licenciement aux salariés concernés. En France, le salarié licencié pour motif économique peut bénéficier de la Convention de Reclassement Personnalisé (CRP) durant huit mois au maximum. Il dispose d'un délai de 14 jours pour l'accepter ou la refuser, à partir de la date de la remise du document lui proposant cette alternative.

---

[25] L'article L 321-7 de la loi n.75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique stipulait : « Quelle que soit l'entreprise ou la profession et sauf en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, tout licenciement individuel ou collectif, fondé sur un motif économique, d'ordre conjoncturel ou structurel, est subordonné à une autorisation de l'autorité administrative compétente », *JO,* 4 janvier 1975.

[26] Article L321-7 de la loi 86-1320 du 30 décembre 1986, relative aux procédures de licenciement, *JO,* 31 décembre 1986.

[27] Le licenciement des salariés doit avoir eu lieu sur une période de 30 jours en France et de 90 jours en Espagne.

[28] La Chambre Sociale de la Cour de Cassation, dans son arrêt 96-41874 du 13 février 1997, dit « arrêt Samaritaine » a admis la nullité du plan social donnant lieu à la nullité des licenciements et à la réintégration des salariés dans l'entreprise avec paiement intégral des salaires non perçus durant la procédure de licenciement collectif mise en œuvre par l'employeur.

Pendant ladite convention, il a le statut de stagiaire de la formation professionnelle et perçoit l'allocation spécifique de reclassement. Ce dispositif doit être obligatoirement proposé dans les entreprises de moins de 1000 salariés[29]. Les entreprises de 1000 salariés et plus sont tenues de proposer le congé de reclassement qui doit être accepté par le salarié dans les 8 jours à compter de la date de notification de la lettre de licenciement. Sa durée est de 4 à 9 mois durant la période de préavis. Le salarié conserve son statut et continu d'être rémunéré. En Espagne, aucune mesure spécifique n'est prévue légalement pour le licenciement collectif pour motif économique. En revanche, en cas de licenciement individuel pour motif économique, le salarié a droit à 6 heures rémunérées par semaine pour chercher un emploi pendant la période de préavis d'une durée de 30 jours.

Finalement, dans une perspective historique, on peut relever des dispositifs très similaires en France et en Espagne relativement à la défense du salarié licencié avec, toutefois, une mise en application décalée dans le temps telle que nous avons pu l'apprécier avec l'entretien préalable ou l'autorisation administrative en cas de licenciement collectif. L'écart actuel entre les procédures de licenciement en Espagne et en France relève donc davantage du choix politique du moment en matière sociale que d'une véritable différenciation dans les conceptualisations de celles-ci.

Il convient maintenant d'analyser les différents modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée car si leur énonciation est plus ou moins floue en fonction des législations qui nous intéressent dans ce travail, il est intéressant de se demander dans quelle mesure leur contenu et procédure peuvent s'avérer différents ou similaires.

II/ LES MODES DE RUPTURE

La rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié

La démission est une rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié. Tant en Espagne qu'en France, le salarié peut démissionner sans en invoquer la cause[30]. Il s'agit d'une spécificité du régime applicable au contrat de travail. Cet acte juridique peut prendre la forme d'une lettre qui doit refléter « une volonté claire et non équivoque du salarié » de rompre son contrat de travail selon les termes de la Cour de Cassation française[31] et « una voluntad del trabajador clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito » selon les termes

[29] Convention de Reclassement Personnalisé du 18 janvier 2006 agréée le 23 février 2006, *JO,* 2 mars 2006.

[30] Article 49-1 du *Estatuto de los Trabajadores,* et Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 90-42 du 22 juin 1994.

[31] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 00-40.263 du 15 janvier 2002.

du *Tribunal Superior de Justicia* de Castilla La Mancha[32]. L'unique obligation pour le salarié est celle du respect du préavis dont la durée est généralement fixée par les conventions collectives. La jurisprudence tant espagnole que française ont voulu protéger le salarié en n'admettant pas la validité de la démission du salarié lorsque la manifestation de sa volonté aura été obtenue par intimidation de l'employeur[33]. Toutefois, il n'est pas toujours aisé de le prouver. Par exemple, récemment, le *Tribunal Superior de Justicia* de Navarre, dans un arrêt rendu le 25 avril 2006, a refusé d'assimiler à de l'intimidation la simple mise en garde de la part de l'employeur d'un éventuel licenciement pour motif personnel[34]. Le salarié privé d'emploi à la suite d'un départ volontaire ne peut prétendre aux indemnités d'assurance-chômage. Cependant, en France, la Commission Paritaire de l'Assedic peut réexaminer la situation du salarié démissionnaire après 4 mois de chômage et lui accorder les indemnités d'assurance-chômage à partir du cinquième mois si elle estime que celui-ci a fourni des efforts importants de reclassement. Les législations espagnole et française en matière de démission sont donc totalement comparables.

La loi espagnole prévoit explicitement que le contrat de travail peut être également rompu à l'initiative du salarié lorsqu'il y a manquement des obligations contractuelles de l'employeur ayant un caractère grave et coupable[35]. Il peut s'agir tout d'abord, d'un transfert du centre de travail. Dans ce cas, si le salarié n'accepte pas le transfert du centre de travail, il peut rompre le contrat de travail sans nécessité de recourir à la voie judiciaire. Le salarié a un délai de 20 jours ouvrables à partir de la notification du transfert. Il a droit à une indemnité de 20 jours par année travaillée, avec un maximum de 12 mensualités et à la perception des indemnités d'assurance-chômage[36]. Il en est de même lors d'une modification substantielle des conditions de travail affectant la journée de travail, l'horaire et le régime de travail de tours[37] ou de modifications substantielles dans les conditions de travail qui porteraient atteinte à sa formation professionnelle ou à sa dignité. Dans ces situations, le salarié a le droit de percevoir les indemnités d'assurance-chômage et l'indemnité est de 45 jours de salaire par année travaillée avec un maximum de 42 mensualités[38]. Le non-paiement ou retards réitérés dans le paiement du salaire peut également constituer un manquement aux obligations

---

[32] Arrêt n. 172/2006 de la Chambre Sociale du *Tribunal Superior de Justicia* de Castilla La Mancha du 27 avril 2006. La traduction est la suivante : « une volonté du travailleur claire, concrète, consciente, ferme et catégorique, révélatrice de son intention ».

[33] Arrêt de la Chambre Sociale du *Tribunal Superior de Justicia* d'Andalousie du 25 janvier 1994 et Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 01-46.413 du 27 octobre 2004.

[34] Arrêt 104/2006 de la Chambre Sociale du *Tribunal Superior de Justicia* de Navarre du 25 avril 2006.

[35] Article 49-1 j du *Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*

[36] Article 40-1 du *Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*

[37] Article 41-3 du *Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*

[38] Article 50 du *Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*

contractuelles de l'employeur et être invoqué par le salarié pour rompre le contrat de travail[39]. Dans ce cas, le salarié doit rester à son poste jusqu'à ce qu'il y ait une décision judiciaire. La jurisprudence a énoncé que la faute de l'employeur doit être grave, à savoir le non-paiement de plus de 3 mensualités et un salaire extra[40]. L'indemnité est de 45 jours par année travaillée avec un maximum de 45 mensualités et le droit de percevoir les indemnités d'assurance-chômage. Enfin, l'article 50 du *Estatuto de los Trabajadores* admet toute autre inexécution grave des obligations de l'employeur. Il peut s'agir d'insultes et de menaces, de traitements vexatoires, d'un manque de travail effectif, de harcèlement sexuel, etc. L'indemnité dans ce cas est de 45 jours de salaire par année travaillée avec un maximum de 42 mensualités. Il donne droit à la perception des indemnités d'assurance-chômage.

En France, ce mode de rupture du contrat de travail n'est pas prévu par la loi. La jurisprudence a progressivement admis que le salarié pouvait, avant toute action judiciaire, prendre acte de la rupture du contrat de travail au regard des fautes commises par l'employeur et que cette rupture pouvait produire les effets d'un licenciement. La Cour de Cassation a ainsi estimé que, dans ce cas, à défaut de pouvoir être qualifié de démission, il s'agissait automatiquement d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse[41]. Or, en 2003, cette même Cour a affirmé que seul le juge est habilité à rechercher si les faits reprochés à l'employeur par le salarié justifient la rupture du contrat de travail. S'ils la justifient, la rupture est qualifiée de licenciement sans cause réelle et sérieuse et s'ils ne la justifient pas, la rupture est qualifiée de démission[42]. Il appartient donc au salarié de démontrer le caractère sérieux des griefs invoqués à l'encontre de l'employeur pour pouvoir espérer obtenir la qualification en licenciement. La seule exception concerne les salariés représentants du personnel pour lesquels la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur est qualifiée de licenciement. Ainsi, la difficulté majeure à laquelle est confronté le juge français du fait de l'inexistence de ce cas de figure dans le code du travail, est de trancher entre les deux seules alternatives légales, à savoir la qualification de la rupture en licenciement ou en démission. Nous mesurons là les avantages de la précision de la loi espagnole relativement aux modes de rupture des contrats de travail, que nous avons soulignée au début de cette étude, et qui fait défaut dans la loi française.

---

[39] *Ibidem*.

[40] Arrêt du *Tribunal Supremo* du 25 septembre 1995.

[41] Arrêts de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation du 26 septembre 2002 et du 13 novembre 2002.

[42] Arrêts de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation du 25 juin 2003.

Le licenciement

La législation espagnole différencie le licenciement disciplinaire, qui requiert une inexécution coupable du salarié, du licenciement pour causes objectives. Ces dernières peuvent être l'inaptitude physique ou juridique du salarié, le manque d'adaptation du salarié aux modifications techniques de son poste de travail, l'absentéisme au travail ou enfin, l'amortissement des postes de travail pour des raisons économiques, techniques, organisationnelles ou productives concernant un nombre de salariés licenciés inférieur à celui exigé pour le licenciement collectif[43]. Les causes économiques sont celles qui ont une incidence sur l'équilibre financier des entreprises et, les causes techniques, celles qui produisent l'altération ou la modification du processus de production en introduisant de nouvelles méthodes impliquant la restructuration des services. Les causes organisationnelles sont celles basées sur le pouvoir d'organisation de l'employeur pour obtenir un bénéfice plus important et, les causes productives, celles qui se produisent lorsque du fait de variations dans le contexte de l'entreprise, l'employeur se voit dans l'obligation de réduire considérablement sa production du fait d'un manque de commandes, occasionnant un excédent de salariés. Dans tous ces cas de figure, le salarié a le droit de percevoir les indemnités d'assurance-chômage.

Concernant le licenciement disciplinaire, l'article 54 du *Estatuto de los Trabajadores*, dresse une liste des infractions au droit du travail pouvant être commises par le salarié. Il s'agit de l'absentéisme ou du manque de ponctualité au travail, de l'indiscipline ou de la désobéissance, des offenses verbales ou physiques à l'égard de l'employeur ou des autres employés, de la transgression de la bonne foi contractuelle ainsi que de l'abus de confiance dans l'exercice de ses fonctions, de la diminution continue et volontaire du rendement et enfin, de l'alcoolisme habituel et de la toxicomanie ayant des répercussions négatives sur le travail du salarié. Les infractions doivent être graves et coupables.

La loi espagnole prévoit également dans les différentes catégories de licenciements, le licenciement collectif. La rupture du contrat de travail pour licenciement collectif doit être fondé sur des causes économiques, techniques, organisationnelles ou productives. Ce sont les mêmes que celles requises pour l'amortissement des postes de travail pour causes objectives mais le licenciement concerne un plus grand nombre de salariés[44]. Il est entendu que ces causes ne peuvent être invoquées que lorsque le licenciement collectif contribue à la viabilité future de l'entreprise et de l'emploi au sein de celle-ci grâce à une organisation des ressources plus adaptée, ou lorsqu'il n'y a pas de viabilité future de l'entreprise[45]. La Direction Générale du Travail, dans sa résolution en date du

[43] Article 52 du *Estatuto de los Trabajadores, op. cit.* Pour le nombre minimum de salariés licenciés exigé en cas de licenciement collectif, voir note 23 dans ce travail.

[44] Voir note 23 dans ce travail.

[45] Résolution du 16 juillet 1998 de la Direction Générale du Travail.

6 septembre 2000, énonce que le licenciement doit être la mesure à prendre en ultime recours pour éviter ou sortir de la crise.

Tous ces différents cas de figure existent également en droit français. Le licenciement du salarié pour motif personnel, correspondant globalement au licenciement espagnol pour causes objectives, vise tous les cas où la décision de licencier est prise en considération de la personne du salarié sans qu'il puisse lui être reproché un agissement fautif. La jurisprudence a retenu les cas de l'insuffisance professionnelle qui peut se traduire par un manque de dynamisme entraînant la perte de plusieurs clients[46] ou un manque d'organisation professionnelle[47] et de l'insuffisance de résultats procédant soit d'une insuffisance professionnelle, telle une négligence manifeste[48] soit d'une erreur imputable au salarié[49]. Dans ce dernier cas, les juges doivent apprécier si les objectifs fixés sont réalistes[50], raisonnables et compatibles avec le marché[51].

Le licenciement disciplinaire doit être motivé par une ou plusieurs fautes du salarié, tout comme en droit espagnol. Il n'existe pas de définition légale de la faute mais l'administration a énoncé dans une circulaire ministérielle en date du 15 mars 1983 que tout agissement du salarié considéré comme fautif par l'employeur pouvait constituer une faute[52]. Ainsi, constituent des fautes au regard de la Cour de Cassation, l'abandon de poste[53], l'absence prolongée ou répétée sans justificatif[54], le non-respect des horaires de pointage[55], la malversation et l'utilisation abusive du matériel de l'entreprise[56], le comportement violent[57] ou l'état d'ébriété[58], le manque de loyauté ou l'activité parallèle[59]. Le licenciement doit être fondé sur un motif réel et sérieux[60].

En définitive, les différentes situations retenues par la jurisprudence française pour que l'employeur puisse recourir à un licenciement disciplinaire ou à un licenciement pour

[46] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 91-41.409 du 31 janvier 1995.

[47] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 99-45.929 du 10 octobre 2001.

[48] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 01-45.931 du 13 janvier 2004.

[49] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 02-46.077 du 3 novembre 2004.

[50] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 99-41.812 du 13 mars 2001.

[51] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 98-40.124 du 19 avril 2000.

[52] Circulaire Ministérielle du 15 mars 1983, DRT n. 5-83.

[53] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 93-40.656 du 3 avril 1996.

[54] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 00-40.999 du 16 janvier 2002.

[55] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 98-45.102 du 10 janvier 2001.

[56] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 95-40.262 du 10 juillet 1996.

[57] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 01-47.283 du 9 juin 2004.

[58] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 94-43.420 du 6 février 1996.

[59] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 02-41.859 du 1er décembre 2004.

[60] Article L122-14-3 du *Code du travail*.

motif personnel sont très semblables à ceux retenus par la loi espagnole. Toutefois, il existe une différence majeure dans la conceptualisation des différentes catégories de licenciements puisque le droit français distingue le licenciement économique des autres types de licenciements alors que le droit espagnol ne distingue que le licenciement collectif des autres catégories de licenciements, en incluant le licenciement pour motif économique d'un nombre réduit de salariés dans le licenciement pour cause objective. Ainsi, l'article L321-1 du Code du travail français énonce-t-il que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques », sans donner de précision sur le nombre de salariés devant être licenciés simultanément pour entrer dans cette catégorie.

La force majeure

La force majeure résulte de faits irrésistibles et imprévisibles rendant définitivement impossible l'exécution du contrat de travail, sans que cette impossibilité puisse être imputée à l'employeur. Lorsqu'un cas de force majeure est reconnu, il entraîne la rupture du contrat de travail. En Espagne, l'article 51-12 du *Estatuto de los Trabajadores* a institué une procédure au cours de laquelle l'employeur doit simultanément saisir les représentants du personnel et la direction du travail qui statue dans les 5 jours sur l'existence ou l'inexistence des éléments constitutifs d'un cas de force majeure. Dans le cas où la force majeure est reconnue, les salariés perçoivent une indemnité légale équivalente à 20 jours de salaire par année travaillée avec 12 mensualités au maximum. La direction du travail décide si le Fonds de garantie salarial (FOGASA) doit prendre ou non en charge tout ou partie des indemnités dues aux salariés concernés. En revanche, en droit français, sauf en cas de sinistre, l'employeur est dispensé de toute procédure de licenciement et n'a pas à verser d'indemnités hormis celles correspondantes aux congés payés. Ainsi, alors que la force majeure est constatée ou refusée en amont par la direction du travail en droit espagnol, les salariés français ne jouissent que d'un contrôle *a posteriori* par le juge.

La rupture négociée

La rupture négociée ou la rupture amiable est la possibilité pour le salarié et l'employeur de mettre fin par consentement mutuel au contrat de travail. En Espagne celle-ci est prévue par l'article 49 du *Estatuto de los Trabajadores*. La manifestation de la volonté de rompre la relation de travail doit être donnée librement sans vices du consentement. L'accord peut être exprès ou tacite mais la forme la plus fréquente est la demande de rupture par le travailleur avec acceptation de l'employeur qui se concrétise par la signature d'un document dénommé *finiquito* permettant de solder toutes

les obligations en suspens entre les parties. Le salarié n'a pas le droit de percevoir les indemnités d'assurance-chômage puisque la rupture du contrat de travail a lieu de par sa propre volonté.

Ce cas de figure est accepté depuis peu en droit français. Sa base légale est l'article 1134 du Code civil qui stipule que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ». L'application de cet article au contrat de travail a été admise par la Cour de Cassation dans un arrêt rendu le 2 décembre 2003 en ces termes : « Le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore d'un commun accord des parties »[61]. Les conditions requises pour la rupture négociée sont les mêmes que celles exigées en droit espagnol.

Situations affectant le salarié ou l'employeur

Il s'agit ici du décès, de l'incapacité et de la retraite du salarié ou de l'employeur. Concernant le décès du salarié, il est évident que celui-ci entraîne tant en droit espagnol qu'en droit français la rupture du contrat de travail puisque celui-ci est conclu *intuitu personae*. Quant au décès de l'employeur, il ne débouche sur une rupture du contrat de travail que dans le cas où un tiers ne remplace pas l'employeur décédé dans la position juridico-contractuelle dans laquelle celui-ci se trouvait. Il en est de même dans le cas de l'incapacité tant juridique que physique ou psychologique de l'employeur de poursuivre son activité. En droit espagnol, la déclaration d'incapacité permanente du salarié, acceptée par la sécurité sociale, lorsque celle-ci est totale, absolue ou de grande invalidité, entraîne la rupture du contrat de travail[62]. Toutefois, l'entreprise doit réserver pendant 2 ans le poste de travail au salarié en situation d'incapacité permanente. En droit français, le salarié déclaré inapte par le médecin du travail[63] du fait d'une maladie ou d'un accident doit être reclassé dans l'entreprise[64]. La Cour de Cassation considère que cette obligation « doit être satisfaite quel que soit le caractère temporaire ou définitif de l'inaptitude »[65]. Lorsque ce reclassement est impossible soit parce que le salarié ne peut reprendre un emploi, soit parce qu'il refuse le nouvel emploi proposé, soit parce qu'aucun poste n'est disponible dans l'entreprise, l'employeur peut licencier le salarié[66]. Relativement à la retraite, tant le droit français que le droit espagnol admettent en tant que cause de rupture du contrat de travail le départ volontaire à la retraite donnant droit à la pension vieillesse ; dans le premier cas à 60 ans et dans le second cas à 65 ans

[61] Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation 01-46.176 du 2 décembre 2003.

[62] Article 49 du *Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*

[63] Article L122-32-5 du *Code du travail.*

[64] Article L122-24-4 du *Code du travail.*

[65] Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation 85-46.452 du 16 juin 1988.

[66] Article L122-32-5 du *Code du travail.*

avec une possibilité de réduction ou de prolongation de l'âge auquel le départ peut avoir lieu[67]. D'autre part, la mise à la retraite par l'employeur est également prévue dans ces deux législations lorsque le salarié a atteint l'âge de 65 ans[68]. Quant aux conséquences du départ à la retraite de l'employeur, elles sont identiques à celles mentionnées pour le décès ou l'incapacité. Finalement, les situations affectant le salarié ou l'employeur entraînant une rupture du contrat de travail en France et en Espagne sont très similaires.

Situations spécifiques prévues dans les législations espagnole ou française

Certaines situations entraînant la rupture du contrat de travail ne peuvent faire l'objet d'une étude comparative car elles n'existent que dans l'une des législations faisant l'objet de ce travail. Ainsi, la loi du 28 décembre 2004, relative aux mesures de protection intégrale contre la violence de genre[69], a introduit dans la législation espagnole une nouvelle cause de rupture du contrat de travail, inexistante en droit français, à l'article 49-1 m du *Estatuto de los Trabajadores* dans le cas où la salariée, victime de violence conjugale, serait contrainte à quitter définitivement son poste de travail. De même, seront considérées comme justifiées les absences ou manque de ponctualité au travail du fait de la situation physique ou psychologique découlant de la violence conjugale dans le cas où cela est accrédité par les services sociaux. Ainsi, est considéré comme nul tout licenciement des salariées victimes de violence conjugale du fait de l'exercice de ces droits. Le second cas de figure méconnu du droit français concerne les causes de rupture valablement consignées dans le contrat de travail[70]. Les parties, lorsqu'elles passent un contrat, peuvent prévoir certaines clauses dans lesquelles sont stipulées des causes entraînant la rupture du contrat de travail. Lesdites causes ne sont valables que si elles ne constituent pas un abus de droit manifeste de la part de l'employeur et ne vont pas à l'encontre de la loi, de la morale ou de l'ordre public[71]. De ce fait, est considérée comme valable toute condition convenue expressément qui soit possible, licite et conforme à la loi et aux coutumes. Par exemple, la perte du permis de conduire lorsque le salarié en a besoin pour son travail peut être une cause de rupture valablement consignée dans le contrat de travail. Dans ce cas, le salarié a le droit de percevoir les indemnités d'assurance-chômage. La législation française quant à elle a vu naître un type de contrats inexistant en droit espagnol dont les modalités de rupture durant les deux premières années

---

[67] Loi n. 2003/755 portant réforme des retraites du 21 août 2003, *JO,* 22 août 2003 et Loi 35/2002 *de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible* du 12 juillet 2002, *BOE,* 13 juillet 2002.

[68] Loi n. 2003/755 du 21 août 2003, *op. cit.* et Loi 14/2005 *sobre claúsulas de los convenios colectivos referentes al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación* du 11 juillet 2005, *BOE,* 2 juillet 2005.

[69] Loi 1/2004 *de medidas de protección integral contra la violencia de género* du 28 novembre 2004, *BOE,* 29 décembre 2004. Pour une étude de cette loi voir Géraldine Galeote, « algunas consideraciones en torno a la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género de 2004 », dans « *Féminités* » , *Revue d'études hispaniques Pandora*, n. 5, Département d'études hispaniques et hispano-américaines, p. 147-157.

[70] Article 49 du *Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*

[71] Article 49-1 b du *Estatuto de los Trabajadores,op. cit.* et article 1255 du code civil.

sont quelque peu singulières. Il s'agit du contrat « nouvelles embauches » (CNE), qui concerne les entreprises du secteur privé comptant au plus 20 salariés. Il s'agit d'un véritable contrat de travail à durée indéterminée puisque le titulaire de ce contrat bénéficie de l'ensemble des droits et garanties qui s'attachent à la qualité de salarié. Celui-ci peut être conclu depuis le 4 août 2005[72]. La singularité de ce contrat repose sur le fait que, durant les deux premières années, celui-ci peut être rompu à l'initiative du salarié ou de l'employeur sans aucun motif, par simple notification adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Au terme des deux premières années qui suivent sa conclusion, toute rupture du CNE obéit aux règles fixées par le code du travail (et la convention collective éventuellement applicable) pour la rupture d'un contrat à durée indéterminée.

Alors que le contrat de travail à durée indéterminée est le modèle de contrat le plus répandu tant en Espagne qu'en France, il convient en guise de conclusion de s'interroger sur son devenir. Ainsi, la Commission Européenne, constatant le développement des formes de travail qui s'éloignent de ce type traditionnel de contrat, a ouvert un débat public sur la révision du droit du travail et sur son adaptation au monde du travail moderne. La base de ce débat est la publication, le 22 novembre 2006, par ladite Commission, du livre vert intitulé « Moderniser le droit du travail pour répondre aux défis du XXIe siècle ». Il énonce en particulier que « la part de l'emploi total représentée par les travailleurs recrutés sur des contrats différents du modèle contractuel standard et ceux ayant le statut d'indépendants, est passée de plus de 36% des travailleurs en 2001 à près de 40% des travailleurs dans l'UE-25 en 2005 ». La protection des salariés dans le cadre de la rupture d'un contrat à durée indéterminée n'est donc pas à l'ordre du jour des préoccupations européennes. La problématique posée au niveau européen est résumée par le terme « flexicurité », défini dans le livre vert comme étant la combinaison de la recherche de la flexibilité sur le marché du travail avec la nécessité d'offrir aux salariés le maximum de sécurité possible. Toutefois, les limites à ce dernier point semblent être importantes à la lecture de ce document. Celui-ci indique en effet que le rapport récent sur l'emploi en Europe 2006 met en exergue que l'existence d'une législation de protection de l'emploi trop rigide tend à réduire le dynamisme du marché du travail et que le maintien des règles strictes applicables aux contrats standards pratiquement intactes influe négativement sur la productivité. Au vu de ces constats servant de base de réflexion à la Commission Européenne, il est peut-être à craindre que la protection des salariés mise en œuvre dans le cadre de la rupture d'un contrat à durée indéterminée telle qu'elle existe à l'heure actuelle en France et en Espagne soit un jour remise en cause. Finalement, le problème auquel est confronté la défense des salariés au travers du droit du travail en Europe n'est-il pas celui de sa subordination à l'ordre économique concurrentiel ?

[72] Ordonnance n.2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches », *JO,* 3 août 2005.