



Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale

-----  
Adresser toutes les correspondances : 5, rue du Renard – 75004 Paris

- fax : 01.42.71.39.87

mail : [afdtd@wanadoo.fr](mailto:afdtd@wanadoo.fr) - <http://www.afdt-asso.fr>

## **Convention Européenne des Droits de l'Homme et droit du travail**

**J-P Marguénaud et Jean Mouly, Professeurs à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges (OMIJ)**

**(Séance du 21 mars 2008)**

### **Introduction**

Pour quelqu'un qui n'a jamais dispensé une seule heure de cours de droit du travail pendant près de 30 ans d'activités universitaires, être invité par l'A.F.D.T. à donner une conférence, c'est plus qu'un honneur : c'est un miracle.

Je vous remercie très sincèrement de l'honneur qui m'est fait aujourd'hui ; je vous propose deux ou trois mots d'explication du miracle. C'est celui de la rencontre de l'Europe et de l'amitié.

L'Europe a été victime d'un tel dérèglement du discours politique qu'il est devenu difficile de distinguer qu'il y en a, au moins, deux : l'Europe des marchands, appelée aussi Union européenne, qui ne compte que 27 Etats membres et qui relève du droit communautaire ; l'Europe des droits de l'Homme, que s'efforce de bâtir le Conseil de l'Europe et qui comprend 47 Etats, dont quelques uns comme la Turquie ou la Russie pourront paraître un peu encombrants. L'Europe des marchands s'intéresse un peu au droit du travail, notamment par le relais de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989 et, bientôt peut-être, la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) qui, dans son Titre IV intitulé Solidarité, lui consacre une bonne demi-douzaine d'articles spécifiques. Ce n'est pas de cette Europe là que nous parlerons aujourd'hui, mais de l'Europe des droits de l'Homme. Elle s'est dotée d'un instrument à finalité exclusivement sociale, qui intéresse aussi le droit du travail proprement dit : il s'agit de la Charte sociale européenne (C.S.E.), signée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée à Strasbourg le 3 mai 1996. Malheureusement, cette Charte sociale européenne révisée n'a pas grande portée, même si elle a été complétée par un Protocole additionnel, entré en

vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1998, qui prévoit un système de réclamations collectives devant un Comité d'experts indépendants, le Comité européen des Droits Sociaux, lequel rend d'ailleurs de plus en plus de décisions intéressantes qu'aide à faire connaître le Professeur Jean-François AKANDJI-KOMBE par sa riche chronique à la R.T.D.H.. L'autre instrument du Conseil de l'Europe a une portée beaucoup plus grande et chaque année un peu plus envahissante : il s'agit de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, plus connue sous la dénomination de Convention européenne des Droits de l'Homme et le sigle C.E.D.H., signée à Rome le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France, après un quart de siècle d'hésitation, le 3 mai 1974. Sa particulière vitalité vient d'abord de ce que les juridictions judiciaires et administratives françaises lui ont reconnu, sans grande difficulté, tous les caractères et toutes les qualités qui lui permettent de prévaloir sur toutes les lois et sur toutes les normes inférieures à la loi qui la contrarient. Elle vient surtout de ce que, après avoir vainement épuisé les voies de recours internes, le justiciable peut, individuellement, saisir une véritable juridiction supranationale, la Cour européenne des Droits de l'Homme, dont le siège, faut-il le rappeler, est à Strasbourg, pour faire juger que certains des droits qu'elle lui accorde ont été violés. Sans doute, statistiquement, les chances de succès individuel sont-elles minimes, puisque plus de 90 % des quarante et quelques mille requêtes annuellement introduites sont déclarées irrecevables par un comité de 3 juges. Sans doute la victoire met-elle longtemps à se dessiner, puisqu'un arrêt favorable ne devient définitif qu'après un éventuel renvoi de la chambre de 7 juges qui l'a rendu à une Grande chambre de 17 juges qui peut le contredire. Il n'en reste pas moins que, chaque année, plus de 500 justiciables parviennent à faire condamner un Etat membre du Conseil de l'Europe pour violation d'un ou de plusieurs des droits garantis par la CEDH ou ses protocoles additionnels. On voit là, plus concrètement, ce qui distingue un mécanisme de protection des droits de l'Homme fondé sur le recours individuel d'un mécanisme reposant sur des réclamations collectives comme la C.S.E. ou sur des questions préjudicielles posées par le juge national comme dans le C.D.F.U.E.. Ce triomphe individuel n'est pas purement symbolique : dans quelques pays, dont la France mais seulement en matière pénale, il peut déboucher sur un réexamen. Au pire, il permet d'obtenir une satisfaction équitable, c'est-à-dire des dommages-intérêts qui ne sont pas très élevés en général mais qui, quelquefois, peuvent atteindre des sommes impressionnantes, plus particulièrement quand le droit de l'Homme méconnu est le droit au respect des biens. Il est par exemple advenu à la France d'être condamnée à verser à un requérant victorieux près d'un million d'euros (arrêt Merger et Cros du 22 décembre 2004). Il faut aussi souligner que l'autorité interprétative des arrêts de la Cour E.D.H. fait que

la victoire remportée par un requérant opiniâtre dans une affaire donnée a vocation à changer le sort de milliers d'autres justiciables se trouvant aux prises à une difficulté juridique identique dans n'importe quel autre Etat du Conseil de l'Europe, sauf à tenir compte de la marge nationale d'appréciation que la Cour de Strasbourg reconnaît aux Etats (cf. arrêt *Modinos c/Chypre*, 22 avril 1993).

Le rappel de ces quelques généralités était probablement inutile pour la plupart d'entre vous. Il était surtout destiné à mieux faire prendre conscience de ce que les droits garantis par la C.E.D.H. ne sont pas restés des droits théoriques et illusoire, comme la plupart des droits de l'Homme énoncés par les déclarations les plus prestigieuses : grâce à la Cour de Strasbourg, qui a adopté une méthode d'interprétation évolutive, ils sont devenus, ils deviennent chaque jour un peu plus concrets et effectifs, selon la formule de l'essentiel arrêt *Airey c/Irlande* du 9 octobre 1979 (in « Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme » par F. Sudre, J.P. Marguénaud, J. Andriantimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, 4<sup>ème</sup> ed. PUF coll. Thémis Droit 2007 n° 2). Le problème, pour nous, c'est que le droit du travail a très peu de chance, certains diront de risques, d'être aspiré dans ce tourbillon de vitalité européenne puisque, à part l'article 11 qui précise que le droit à la liberté d'association comprend aussi le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts, rien dans la C.E.D.H. et ses protocoles additionnels ne le concerne *a priori*. Pendant longtemps, la Cour E.D.H. a d'ailleurs pris prétexte de l'existence de la Charte sociale européenne pour s'interdire de faire jouer à la C.E.D.H. le moindre rôle en droit social en général et en droit du travail en particulier. Pourtant cette attitude de prudente réserve ne pouvait pas se prolonger durablement. Dans la mesure où la Convention doit être interprétée à la lumière des conditions d'aujourd'hui, la Cour de Strasbourg allait progressivement se laisser entraîner à plier les articles de la C.E.D.H., qui n'étaient pas écrits pour elles, aux réalités du monde du travail. Il serait d'ailleurs intéressant de comparer ce processus jurisprudentiel d'adaptation de la C.E.D.H. au droit du travail à celui, concomitant, d'adaptation de la C.E.D.H. aux préoccupations du droit de l'environnement pour lesquelles elle n'avait pas été davantage écrite. Vers le milieu des années 1990, les concepts préalablement forgés par la Cour de Strasbourg pour amplifier la portée des articles de la Convention, tels que l'effet horizontal ou la combinaison du principe de non-discrimination consacré par l'article 14 avec d'autres dispositions conventionnelles, ont donc été utilisés pour permettre à la C.E.D.H. d'annexer des pans entiers du droit du travail. Le signe le plus éclatant de ce changement de cap jurisprudentiel, c'est que la C.S.E. qui naguère avait un « effet inhibiteur », a désormais un « effet stimulant ».

Tombé, par le plus grand des hasards universitaires, dans la grande marmite de la C.E.D.H., il m'avait alors paru nécessaire de rendre compte du phénomène, mais ma confondante ignorance des rudiments du droit du travail m'interdisait, évidemment, d'essayer de le faire seul. Heureusement, il y avait à Limoges mon ami Jean Mouly. Il m'en a fallu de la patience et de la longueur de temps pour le convaincre de commenter en commun l'arrêt Gustafsson c/Suède du 25 avril 1996, qui amorçait une extension de l'article 11 vers le droit de négociation collective. Sa première objection, sérieuse, était d'ordre culturel. Elle est d'ailleurs commune à 80 % des juristes français, 90 % des privatistes français et 110 % des civilistes français, qui resteront marqués pendant trois ou quatre générations par les doyens Carbonnier et Cornu. Elle se nourrit de fidélité intransigeante aux valeurs républicaines et légicentristes, conduisant à ne rien vouloir placer au-dessus de la loi votée par les représentants du peuple souverain, et de défiance envers les dérives droit-de-l'homnistes exaltant un individualisme forcené, destructeur de toute cohésion sociale et préparant, par conséquent, les pires malheurs collectifs. J'avais beau lui dire que le système européen de protection des droits de l'Homme avait justement été mis en place pour tirer les leçons d'un des plus terribles malheurs qui aient été infligés à l'humanité, que les dévoiements de la loi républicaine observés particulièrement au cours de cette sombre période de l'Histoire avaient conduit un peu partout à la subordonner à des principes supérieurs, notamment constitutionnels, propres à garantir un Etat de droit, que l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne obligeant les Etats à faire respecter les Droits de l'Homme dans les relations interindividuelles avait jugulé les risques d'individualisme forcené pour s'orienter vers une forme d'individualisme solidaire, que l'on pourrait appeler le « personnalisme solidaire »: rien n'y faisait. Rien n'y faisait, car il y avait encore à surmonter une objection moins honorable que partagent bon nombre de juristes français en grand danger de devenir étrangers au droit qui s'applique dans leur propre pays et qui n'est peut-être pas tout à fait à l'abri de l'accusation de paresse intellectuelle. Contrairement à ce que beaucoup font semblant de croire, le droit européen des droits de l'Homme est un droit très technique, qui déroutait d'ailleurs autant les juristes anglo-saxons que les juristes continentaux. Pour le critiquer à bon escient et pour le comprendre un peu, il faut faire l'effort de découvrir ses concepts, ses méthodes, son raisonnement propres qui font une place considérable au principe de proportionnalité. Il est plus facile de délivrer des sentences définitives sur la C.E.D.H. à partir du premier et seul arrêt de la Cour E.D.H. qu'on ait jamais lu, en diagonale évidemment parce qu'il était bien sûr trop long, que de consacrer les trois semaines nécessaires à la découverte d'un nouvel univers juridique. Si, malgré ses réticences initiales, Jean Mouly a fait, lui, cet

effort, c'est peut-être un peu par amitié. C'est surtout parce qu'il avait vu que dans un article prémonitoire intitulé Convention européenne des droits de l'Homme, relations du travail et droit français, publié dès 1981 dans les Annales de l'Université Jean Moulin, Antoine Jeammaud avait annoncé que l'influence de la C.E.D.H. sur le droit du travail serait un jour considérable. Aujourd'hui, effectivement, cette influence est devenue considérable. Considérable au point d'avoir conduit la Cour européenne des droits de l'Homme à la croisée des chemins : le moment n'est-il pas venu pour elle de s'affirmer comme une véritable juridiction européenne de droit du travail, que personne ne lui a jamais demandé de devenir, en créant et en amplifiant une véritable synergie « des sources européennes des droits de l'Homme salarié », pour reprendre l'intitulé de la thèse de Monsieur Alain Carillon, publiée aux éditions Bruylant en 2006, dont les limougeauds que nous sommes sont particulièrement fiers.

La question est d'une si grande importance qu'elle déchaîne les passions. Elles se sont cristallisées autour d'un arrêt Demir et Baykara c/Turquie du 21 novembre 2006, relatif au droit à négociation collective par lequel une chambre de 7 juges n'hésite pas à tisser un lien organique entre la liberté syndicale et la liberté de conclure des négociations collectives à partir des articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne. Or, cette affaire Demir et Baykara a été renvoyée en Grande Chambre dans le but évident de répondre à la question cruciale de savoir si la Cour de Strasbourg doit ou ne doit pas fixer des limites à sa compétence en matière sociale. Sur le thème « Droit du travail et CEDH », il est donc d'ores et déjà permis de pronostiquer qu'il y aura un avant et un après de l'arrêt de Grande Chambre Demir et Baykara, dont on sait qu'il sera rendu dans quelques semaines, dans quelques jours. En cette veillée d'armes, nous vous proposons donc, sur fond de synergie des sources européennes, une sorte de bilan de l'influence de la C.E.D.H. sur le droit du travail. Comme il nous exposera au risque de déconcerter bon nombre d'entre vous, nous avons tenté d'arrondir un peu les angles, en vous le présentant suivant un plan très classique qui oppose les relations individuelles aux relations collectives du travail.

## **I. La CEDH et les relations individuelles de travail.**

Ce sont essentiellement les articles 8 sur le droit à la vie privée et familiale, 10 sur la liberté d'expression et 14 relatif aux discriminations qui ont été mobilisés par les justiciables. Ces articles concernent cependant la substance des droits (B). Sur le terrain de la procédure, on ne sera évidemment pas étonné que l'envahissant article 6 sur le droit au procès équitable

ait lui aussi été invoqué par les travailleurs. Son application n'a pas eu cependant en la matière la même ampleur que dans d'autres disciplines, notamment le droit pénal. On commencera néanmoins par ce dernier aspect (A).

### **A. Les aspects procéduraux.**

Une première difficulté doit être évacuée, tenant à *l'applicabilité* de l'article 6 aux litiges opposant un salarié à son employeur. En réalité, il ne paraît guère contestable qu'un tel litige entre dans la catégorie des « contestations sur les droits et obligations de caractère civil » visés par ledit article. La Cour de Strasbourg l'a d'ailleurs admis sans difficulté dans son arrêt *Obermeier c/ Allemagne* du 28 juin 1990. Dès lors, la Cour EDH était en droit de vérifier si la procédure suivie dans ce type de litiges a obéi aux exigences du procès équitable.

La première de ces exigences est relative, on le sait, au respect d'un *délai raisonnable*. En droit du travail, la Cour EDH a déjà eu à se prononcer sur ce point à plusieurs reprises. Pour ce qui est de la France, elle l'a fait par un arrêt *Delgado* du 14 novembre 2000. L'espèce est intéressante, car elle manifeste une volonté évidente de la Cour de renforcer l'exigence de célérité dans le domaine particulier des relations de travail. Il s'agissait, en l'occurrence, d'une salariée protégée qui avait fait l'objet de licenciements et de réintégrations successifs, ayant donné lieu à plusieurs procédures d'une durée globale de plus de quinze ans. On ne sera donc pas étonné que la France ait été condamnée dans cette affaire ; mais, de façon très remarquable, la Cour note que *même la dernière procédure de trois ans et neuf mois* était elle aussi d'une durée excessive compte tenu de la nature du litige. Selon la Cour, en effet, « les conflits du travail qui portent sur des points qui sont d'une importance capitale pour la situation professionnelle d'une personne, doivent être résolus avec une *célérité toute particulière* ». Elle se contentait jusqu'alors d'exiger des juges nationaux une « décision rapide » (arrêt *Vocaturro c/ Italie* du 24 mai 1991) ou une « diligence particulière » (arrêt *Ruotolo c/ Italie* du 27 février 1992). Avec l'arrêt *Delgado*, une étape de plus est franchie dans le « crescendo » européen. Celui-ci a pu, à juste titre inquiéter, les juges internes. Pourtant, il ne semble pas que la France ait eu à subir ici de lourdes et nombreuses condamnations (cf. toutefois *Julien c/ France* 8 juillet 2003). Il est vrai que la Cour EDH, redoutant d'être submergée par les requêtes, a mis en place un système préventif particulièrement efficace.

Se fondant sur l'article 13, la Cour de Strasbourg, dans son arrêt *Kudla c/ Pologne* du 26 octobre 2000, a en effet exigé des Etats qu'ils mettent en place un recours interne efficace leur permettant de sanctionner les procédures d'une durée excessive, faute de quoi ils

s'exposeraient à une condamnation *automatique* en cas de recours des justiciables. En contrepartie, ces derniers ne pourraient utilement saisir la Cour sans s'être au préalable adressés aux juridictions internes. Or il a été jugé que la France, grâce à des revirements récents, disposait de tels recours internes efficaces (cf. les décisions *Giummarra* du 12 juin 2001 et *Mifsud* du 11 septembre 2002). Les justiciables français doivent donc d'abord chercher à obtenir satisfaction devant les juridictions internes, ce qui est souvent de nature à réfréner leurs ardeurs européennes. Il faut pourtant signaler un récent arrêt qui a à nouveau condamné la France : l'arrêt *Vallar* du 4 octobre 2007. Le travailleur, là encore salarié protégé, n'avait pas obtenu satisfaction devant les juridictions françaises parce que, s'agissant d'un contentieux éclaté entre les deux ordres de juridictions, celles-ci ne vérifient la longueur de la procédure que devant l'ordre juridictionnel auquel elles appartiennent. Cette affaire semble en réalité révéler un *vice structurel* propre au système français de dualité de juridictions et pourrait bien ouvrir aux salariés de nouvelles opportunités européennes. Une autre exigence fondamentale de l'article 6, celle relative à l'*impartialité* du juge, intéresse également le droit du travail.

La difficulté vient ici de ce que, en cette matière, les juridictions obéissent le plus souvent à un régime particulier, notamment en ce qui concerne leur composition et leur mode de fonctionnement, qui peut entretenir le doute quant à l'impartialité objective de leurs juges. La Cour EDH a déjà eu à se prononcer sur ce type de difficultés dans son arrêt *Ab Kurt Kellerman c/ Suède* du 26 octobre 2004. En l'occurrence, un employeur, réfractaire au système scandinave de protection conventionnelle des salariés et ayant perdu son procès, cherchait à faire juger par la Cour de Strasbourg que le tribunal du travail qui avait tranché le litige ne satisfaisait pas aux conditions d'impartialité requise par l'article 6. Le système suédois pratiquant l'échevinage, ce tribunal était en l'espèce composé à la fois de représentants des organisations syndicales et de magistrats professionnels. L'employeur soutenait que sa non appartenance à un syndicat avait pu nourrir chez des assesseurs désignés par les partenaires sociaux quelque hostilité à son égard. La Cour EDH ne l'a pas suivi sur ce terrain, sans doute parce qu'elle n'a pas voulu, de manière générale, que l'impartialité des juridictions du travail soit automatiquement suspectée du seul fait que l'un des justiciables n'appartienne pas aux organisations professionnelles qui ont nommé les assesseurs.

En tout cas, la Cour paraît bien décidée à faire preuve de *compréhension* à l'égard de la *spécificité* des juridictions du travail afin d'assurer leur rayonnement et leur pérennité. La Cour n'entend se montrer rigoureuse que lorsqu'il pourrait exister un intérêt *financier* des juges et de leurs organisations contraire à celui des justiciables. Cette attitude laisse quelque

espoir de voir la Cour de Strasbourg, à propos de notre Conseil de prud'hommes, adopter la même position *favorable* que la Cour de cassation, dans son arrêt du 19 décembre 2003, d'autant que celle-ci a déjà déjoué le risque le plus manifeste de condamnation en interdisant qu'un conseiller prud'homme n'exerce une fonction d'assistance ou de représentation devant le conseil dont il est membre (Soc. 3 juillet 2001 et 2 février 2005). On indiquera simplement que, compte tenu du faible taux de déparition en présence d'un juge professionnel, on ne saurait exclure que la Cour de Strasbourg ne soit amenée un jour à condamner l'attitude des conseillers prud'hommes qui auraient sacrifié l'examen objectif du dossier à la préservation d'un système « fermé » excluant la présence d'un véritable magistrat. On soulignera également que le risque de condamnation de la France n'existe vraiment que lorsque le conseil de prud'hommes statue en premier et dernier ressort puisque, dans le cas contraire, le système français bénéficierait de la jurisprudence *Le Compte Van Leuven et Meyer c/ Belgique* du 10 février 1983, qui admet que l'organisme de premier instance puisse ne pas satisfaire pleinement aux exigences de l'article 6 dès lors qu'un contrôle ultérieur, remplissant, lui, les conditions requises, est susceptible d'intervenir. On indiquera également au passage que, dans une décision Beauseigneur du 23 octobre 2007, la Cour EDH a jugé que le principe de l'unicité de l'instance prud'homale n'était pas contraire aux exigences d'un procès équitable. En l'occurrence, elle reproche surtout au salarié de ne pas avoir utilisé la voie de l'appel qui lui restait ouverte ; mais elle considère aussi que le principe querellé participe d'une bonne administration de la justice (?). On notera enfin que, si le Conseil de prud'hommes paraît relativement protégé des foudres strasbourgeoises, il n'en aurait sans doute pas été de même d'autres juridictions françaises, et notamment de la *Cour nationale de l'incapacité*. Aussi bien la Cour de cassation a eu la sagesse de considérer que cette juridiction, en tant qu'elle comprenait parmi ses membres des fonctionnaires du ministère de la sécurité sociale, ne pouvait être une juridiction impartiale au sens de l'article 6 CEDH, ce dont la loi de modernisation sociale a pris acte en modifiant la composition de cette juridiction (Cass. Ass. plén. 22 décembre 2000 et la loi de modernisation sociale de janvier 2002 ; adde CE 6 décembre 2002, à propos de la Commission centrale d'aide sociale).

Pour être complet sur l'article 6, il convient enfin d'évoquer la question désormais classique des *lois de validation*, qui n'a pas épargné la matière sociale. Ainsi, l'Assemblée plénière (Ass. pén. 24 janvier 2003, Dr. Soc. 2003, p. 373, avis J. Merlin, D. 2003, p. 1643, note S. Paricard-Pioux), prenant le contre-pied de la Chambre Sociale (Soc. 24 avril 2001, Dr. Soc. 2001, p. 583, concl. S. Kehrig, ibidem p. 723, J-B. Lhernould), a-t-elle admis la conventionnalité de l'article 29 de la loi Aubry II du 19 janvier 2000 validant la pratique des

heures d'équivalence dans le secteur des établissements pour personnes handicapées condamné pourtant par la même Chambre Sociale (Soc. 29 juin 1999, Dr. Soc. 1999, p. 767, concl. S. Kehrig). Dans sa formation suprême, la Haute Cour a estimé que la loi était justifiée, selon la formule consacrée, par *d'impérieux motifs d'intérêt général*. Il n'était pourtant pas sûr que de tels motifs eussent, en l'occurrence, été caractérisés aux yeux de la Cour de Strasbourg, alors que seules des considérations *financières* avaient justifié l'intervention du législateur et qu'il eût suffi à l'Etat de mettre la main au porte-monnaie pour assurer la pérennité de ces établissements. Ce qui devait arriver arriva donc et, dans son arrêt *Arnolin* du 9 janvier 2007, la Cour EDH condamna la France, ce qui obligea la Chambre Sociale, laquelle entre temps s'était alignée sur la position de l'Assemblée Plénière (Soc. 10 juin 2003, Dr ; Soc. 2003, p. 1017, obs. J. Mouly), à opérer un nouveau revirement et à revenir à sa solution de 1999 dans une décision du 13 juin 2007. Plus que pour sa solution, ce dernier arrêt est surtout célèbre pour avoir, pour la première fois, en l'introduisant dans ses *visas*, hissé un arrêt de la Cour EDH, en l'occurrence l'arrêt *Arnolin*, au rang de *précédent* ayant force obligatoire, solution à laquelle notre droit est pourtant tout à fait réfractaire. Peut-être faut-il y voir une conséquence de ce qu'il est convenu d'appeler désormais le *dialogue des juges*, à moins que la Chambre Sociale ait eu recours à cette technique pour ne pas heurter de front la solution de l'Assemblée Plénière.

Quoi qu'il en soit, le bilan est donc loin d'être négligeable s'agissant de l'utilisation de l'article 6 dans le cadre des relations individuelles du travail. On peut faire le même constat en examinant, cette fois, la substance des droits.

## **B. Les aspects substantiels.**

Un salarié ne cesse pas d'être un citoyen titulaire de ses droits et libertés du seul fait qu'il se soumet à la subordination juridique de l'employeur. La solution est aujourd'hui certaine et même expressément consacrée, a contrario, par l'article L.120.2 c. tr. Il n'en demeure pas moins que ces droits, dans l'intérêt de l'entreprise, peuvent subir un certain nombre de limitations. Il convient en réalité d'établir un juste équilibre entre les intérêts légitimes de l'entreprise et le respect des droits et libertés fondamentaux du salarié. Or cet équilibre, réalisé en fin de compte par le juge national, se trouve aujourd'hui sous le contrôle *direct* du juge européen. On a pu le vérifier notamment, à propos de la liberté d'expression, dans une affaire *Fuentès Bobo c/ Espagne* du 29 février 2000.

Dans cette espèce, un journaliste de l'audiovisuel public, à l'occasion d'un conflit du travail, avait tenu des propos offensants pour son employeur dans le cadre d'un débat public.

Il avait, pour cette raison, fait l'objet d'un licenciement. N'ayant pas obtenu gain de cause devant les juridictions internes, le salarié porta alors l'affaire devant la Cour EDH. Cette dernière jugea que le licenciement prononcé portait atteinte à sa liberté d'expression telle que garantie par l'article 10, dès lors que ces propos avaient été tenus au cours d'un « débat passionné portant sur des questions d'intérêt général et à l'issue d'un échange rapide et spontané de commentaires ». Pour la Cour, il ne pouvait exister de *rapport raisonnable* entre la sanction du licenciement, d'une extrême sévérité, et le but légitime poursuivi. L'arrêt semble bien admettre, pour la première fois, une application horizontale de l'article 10 et même, sans doute, annoncer l'émergence du principe de *proportionnalité privatisé*, dont Jean-Pierre Marguénaud vous parlera tout à l'heure. Pour le moment, l'on se bornera à constater que, de façon très remarquable, l'article 10 peut être mobilisé pour limiter le droit de licenciement de l'employeur. Certes, les circonstances de l'espèce étaient favorables au salarié, d'autant que celui-ci appartenait à la corporation des *journalistes*, auxquels la Cour de Strasbourg a toujours réservé un sort privilégié au regard de l'article 10. Il n'en demeure pas moins que la Cour s'est en l'occurrence montrée particulièrement bienveillante à l'égard du salarié. Or il n'est pas sûr que la Cour de cassation fasse preuve de la même générosité à l'égard des travailleurs. Certes, elle leur reconnaît bien une liberté d'expression, y compris d'ailleurs désormais aux cadres (Soc. 14 déc. 1999, Dr. Soc. 2000, p. 165, concl. J. Desplats, note J-E Ray) ; mais, le droit de critique de ces derniers est limité à l'interne et, de façon plus générale, la haute juridiction française considère de façon à peu près systématique que le dénigrement (Soc. 4 février 1997, Dr. Soc. 1997, p. 413, note J. Savatier) ou les propos injurieux publics justifient un licenciement, y compris pour les journalistes (Soc. 15 octobre 1996, Bull., V, n° 327). Elle serait dès lors bien inspirée si elle décidait d'adjoindre quelques exceptions à sa jurisprudence afin d'éviter toute condamnation de la France. De ce point de vue, on ne sera pas pleinement rassuré par le récent arrêt du 8 mars 2008 de la Cour de cassation, relatif aux sites syndicaux sur internet, qui se sert de l'article 10 §2 de la Conv. EDH exclusivement pour limiter le droit d'expression des syndicats.

Le droit du travail contemporain a également réalisé d'importants efforts en matière de lutte contre les discriminations, souvent d'ailleurs sous l'effet du droit communautaire. Le droit européen des droits de l'Homme a cependant lui aussi apporté sa pierre à la construction de l'édifice, *sur le fondement de l'article 14 de la CEDH*. L'on sait que, pour les Etats comme la France n'ayant pas ratifié le Protocole n° 12, cet article ne constitue pas une disposition autonome, mais doit être couplé avec une autre, relative à des droits protégés par la Convention. Les droits sociaux ne faisant pas en eux-mêmes partie de cette catégorie, la Cour

de Strasbourg, considérant qu'ils constituent néanmoins des *droits patrimoniaux*, a souvent admis, pour réaliser ses objectifs, de combiner l'article 14 avec l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n°1, sur la protection des biens. C'est ce qu'elle fit notamment dans une affaire *Gaygusuz c/ Turquie* du 16 septembre 1996, où un travailleur Turc au chômage avait demandé à l'Etat autrichien une allocation d'urgence, qui lui fut refusée au motif que celle-ci était réservée aux nationaux. Au contraire, la Cour EDH, assimilant l'allocation à un *bien au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1*, considéra que le droit autrichien consacrait en l'occurrence une *discrimination* fondée sur la *nationalité* et, en conséquence, contraire à l'article 14, ajoutant même de façon très courageuse que « seules des considérations très fortes », en l'occurrence non établies, pouvaient justifier une telle différence de traitement.

Cette décision autrichienne faisait peser des doutes sérieux sur la *conventionnalité* de certaines dispositions du droit français soumettant à cette époque certaines prestations, notamment l'allocation supplémentaire du Fonds National de Solidarité et l'allocation pour adultes handicapés, à une condition de *nationalité*. Le législateur ne tarda pas d'ailleurs à tirer les conséquences de l'arrêt *Gaygusuz* en supprimant cette condition par une loi du 11 mai 1998. Surtout, dans un arrêt *Bozkurt* du 14 janvier 1999 (D. 1999, p. 334, note J-P M et JM), où cette loi n'était pas applicable, la Cour de cassation n'hésita pas à transposer purement et simplement la solution de la Cour EDH à propos d'un salarié Turc réclamant l'allocation du Fonds National de Solidarité. Reconnaisant ouvertement *l'autorité interprétative* des arrêts de la Cour de Strasbourg, la Cour de cassation considère, dans une formule particulièrement remarquable à une époque où elle ne faisait encore guère usage de la Convention, qu'« il résulte de la combinaison des articles 14 Conv. EDH et 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1, tels qu'interprétés par la Cour EDH, que les Etats signataires reconnaissent et assurent à toute personne relevant de leur juridiction la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention sans distinction aucune, fondée notamment sur l'origine nationale ». La solution est d'autant plus intéressante qu'elle permet de constater que le droit européen des droits de l'Homme peut réussir là où le droit communautaire a échoué, puisque celui-ci, en matière de prestations sociales, n'avait pu assurer l'égalité qu'à l'égard des ressortissants de l'Union ou des étrangers dont les Etats avaient signé des accords avec celle-ci. Sur un autre point, en revanche, la jurisprudence de la Cour EDH est certainement en retrait par rapport au droit communautaire.

En ce qui concerne les prestations à caractère familial, la Cour de Strasbourg a en effet été amenée à combiner l'article 14, non plus avec l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1, mais avec *l'article 8* de la Convention sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Ce ne sont plus

alors les discriminations fondées sur la nationalité qui sont pourchassées, mais celles fondées sur *l'appartenance à un sexe*. Ainsi, dans une affaire *Petrovic c/ Autriche* du 27 mars 1998 (D. 1999, p. 141), la Cour a-t-elle eu à se prononcer sur la conventionnalité du droit autrichien réservant à l'époque l'allocation de congé d'éducation parental à la *mère*. Elle a néanmoins considéré, sans beaucoup d'audace, qu'une telle disposition ne contrevenait pas à l'article 14 dès lors qu'il n'existait pas de consensus sur ce point entre les Etats. Il faut bien reconnaître que, dans ce domaine de l'égalité des sexes, la CJCE a su faire preuve de plus d'efficacité. Il n'est cependant pas certain que la Cour de Strasbourg donnerait aujourd'hui la même solution, alors que déjà, en 1998, elle soulignait que seules des raisons très fortes pouvaient justifier une telle différence de traitement et que le droit interne des Etats a très souvent évolué en ce domaine. Cela étant, la jurisprudence de la Cour EDH est beaucoup plus intéressante en ce qui concerne l'article 8, analysé cette fois de façon autonome.

L'article 8 de la C.E.D.H. consacre le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. Le droit au respect du domicile, offre lui d'importantes perspectives travaillistes que l'on a pu apercevoir en France à travers les célèbres arrêts *Spileers* rendu par le Chambre sociale de la Cour de cassation le 12 janvier 1999 et *Abram* rendu le 2 octobre 2001. C'est cependant au droit au respect de la vie privée que nous nous intéresserons plus particulièrement. Il englobe depuis le célèbre arrêt *Niemietz c/Allemagne* du 16 décembre 1992 (GACEDH op. cit. n° 45), le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables. C'est dire que la vie privée au sens de l'article 8, ce n'est pas seulement la vie privée personnelle : c'est aussi la vie privée sociale. Justement affirmée par l'arrêt *Niemietz* à partir de cette fine observation suivant laquelle « après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont le maximum d'occasions de resserrer les liens avec le monde extérieur », la vie privée sociale ne pouvait manquer d'avoir des répercussions favorables pour le salarié. Effectivement, on se demande aujourd'hui si la vie privée sociale n'a pas entraîné la Cour de Strasbourg à raccorder à l'article 8 un droit du salarié au respect de sa vie privée sur son lieu de travail et, même, de manière plus spectaculaire, un droit de gagner sa vie par le travail.

L'hypothèse d'un droit du salarié au respect de sa vie privée sur son lieu de travail a été considérablement renforcée par l'arrêt *Copland c/Royaume-Uni* du 3 avril 2007 rendu dans une affaire où droit au respect de la vie privée et droit au respect de la correspondance étaient étroitement mêlés. Par cet arrêt, la Cour a condamné le Royaume-Uni pour violation de l'article 8 parce que l'assistante du principal d'un collège, public il est vrai, avait fait l'objet, pendant 3 mois et sans avoir été préalablement avertie de cette éventualité, d'une

étroite surveillance de l'utilisation pendant son travail du téléphone, du courrier électronique et d'internet. Cet arrêt, qui semble avoir vocation à concerner toutes les communications privées établies à partir d'un lieu professionnel par des fonctionnaires ou des salariés, a été étendu aux nouvelles technologies de communication, déjà prises en compte par l'arrêt de la Chambre sociale Nikon du 2 octobre 2001, la protection qu'un arrêt Halford c/Royaume-Uni du 25 juin 1997 avait mise en place pour les téléphones de bureau. L'aménagement de cette bulle privée au sein de la sphère professionnelle constitue assurément une avancée remarquable. Elle a néanmoins été réalisée dans des conditions un peu frustrantes. Si le Royaume-Uni a été condamné en l'espèce, c'est parce que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée de l'intéressée n'était même pas prévue par la loi. C'est dire que la Cour n'a même pas eu à examiner la question sur le terrain où se joue, d'habitude, l'issue du litige européen, celui de la proportionnalité de l'ingérence qui est, généralement, au moins prévue par la loi, au regard de l'un des objectifs légitimes énumérés par l'article 8 § 2.

Placé au cœur du dispositif européen de protection des droits de l'Homme par l'arrêt rendu dans l'affaire linguistique belge du 23 juillet 1968 et par l'arrêt Spornong et Lonroth c/Suède du 23 septembre 1982, le principe de proportionnalité n'est pas facile à apprivoiser par ceux qui ont le courage de regarder le droit de la C.E.D.H. droit dans les yeux. Il existe en effet plusieurs figures européennes de contrôle de proportionnalité que l'on peut très facilement confondre. La première figure, la plus commune, conduit à rechercher si le moyen employé pour atteindre un but légitime d'intérêt général n'est pas démesuré. Il s'agit de s'assurer que l'on n'a pas utilisé un marteau-pilon pour écraser une noisette ou un canon pour tuer un moineau. Il existe des droits garantis par la C.E.D.H. qui peuvent faire l'objet d'ingérences prévues par la loi et nécessaires pour atteindre des buts légitimes d'intérêt général, d'ailleurs souvent énumérés de façon limitative par la Convention. Tel est le cas des droits au respect de la vie privée, de la vie familiale, du domicile et de la correspondance ; du droit à la liberté d'expression ; du droit à la liberté d'association ou du droit au respect des biens. Le principe de proportionnalité permettra de juger contraires à la Convention des atteintes aux droits considérés qui étaient trop énergiques pour parvenir à l'objectif légitime qu'elles poursuivaient. La seconde figure du contrôle de proportionnalité est inhérente au développement de la théorie des obligations positives, qui remonte elle aussi à l'affaire linguistique belge, mais qui a été plus nettement organisée à partir de l'arrêt Airey du 9 octobre 1979. Selon cette essentielle construction jurisprudentielle, un Etat ne satisfait plus à son engagement international quand il se contente – ce qui n'est déjà pas si mal – de ne pas porter lui-même atteinte aux droits garantis par la Convention : souvent il doit aussi mettre en

œuvre des mesures adéquates pour les faire vivre concrètement et effectivement. Dans l'affaire Airey, la Cour a, par exemple, jugé que le droit à un tribunal, garanti par l'article 6 § 1, exigeait de l'Etat l'attribution même en matière civile, d'une aide juridictionnelle que l'article 6 § 3c prévoit seulement en matière pénale. Cependant, le bon sens fait comprendre même aux plus exigeants des altermondialistes que l'on ne peut pas espérer des finances publiques d'un Etat tout ce qui serait nécessaire pour que tous les droits garantis par la C.E.D.H. soient pleinement effectifs pour tout le monde. Il faut bien déterminer la mesure à partir de laquelle la mise à la charge de l'Etat d'une obligation positive devient raisonnable. C'est à nouveau le principe de proportionnalité qui va permettre de déterminer le poids que ne peut peser une obligation positive pour pouvoir être mis à la charge de l'Etat. Seulement dans ce cas, le principe de proportionnalité joue à front renversé, puisqu'il ne sert pas à protéger l'individu contre des ingérences trop pénibles, mais l'Etat contre des charges trop lourdes. La troisième figure du contrôle de proportionnalité est lié à la diffusion de l'effet horizontal de la C.E.D.H., qui conduit logiquement à rechercher le point d'équilibre entre deux intérêts particuliers alors que les deux autres figures mettent en balance, chacune à leur façon l'intérêt général et un intérêt particulier. L'arrêt Van Kück c/Allemagne du 12 juin 2003, rendu dans une affaire qui, à l'origine, opposait un transsexuel à un assureur qui n'ayant pas voulu lui rembourser une partie de ses frais d'opération de conversion sexuelle, est le premier à avoir clairement identifié cette figure de contrôle de proportionnalité privatisé. Cette longue présentation technique aura définitivement convaincu les plus réfractaires d'entre vous que le droit européen des droits de l'Homme est la plus lugubre des disciplines juridiques. Elle aurait pourtant voulu vous aider à faire comprendre que, dans le domaine des relations individuelles du travail, le principe de proportionnalité privatisée se heurte à des difficultés particulières de mise en œuvre. Au lieu de l'appliquer, la plupart des juridictions ont en effet une tendance irréfléchie, mais lourde de signification, à faire jouer à l'employeur, qui n'est pourtant qu'une personne privée, le rôle que tient l'Etat dans la forme classique du contrôle de proportionnalité et à lui offrir par conséquent la confortable position de pouvoir arbitrer entre l'intérêt du salarié et son propre intérêt ou, en tout cas, celui de l'entreprise, comme l'Etat peut le faire entre l'intérêt d'un particulier et l'intérêt général. Cette dérive était déjà à l'œuvre dans l'arrêt Fuentes Bobo, relatif à l'article 11 dont Jean Mouly vous a entretenu tout à l'heure. Elle s'est manifestée aussi à l'égard de l'article 8 par les décisions Wretlund c/Suède du 9 mars 2004 et surtout Madsen c/Danemark du 7 novembre 2002, qui ont déclarés irrecevables les requêtes de salariés qui se plaignaient d'avoir été soumis à des tests de dépistage pour s'assurer qu'ils n'avaient pas consommé d'alcool ou de drogue avant leur prise

de poste. Ainsi, les tâtonnements dans le maniement du principe de proportionnalité conduiraient-ils à moins bien protéger le droit au respect de la vie privée du salarié à son domicile que le droit au respect de la vie privée du salarié sur son lieu de travail. La protection européenne de la vie privée du salarié peut réserver d'autres surprises. La plus éclatante tient à l'émergence d'un droit de gagner sa vie par le travail.

Il n'y a, dans la C.E.D.H., aucune allusion au droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris. C'est l'article 1 § 2 de la C.S.E. qui énonce que les Etats s'engagent à protéger ce droit de façon efficace. Or, par un essentiel arrêt *Sidabras et Dziautas c/Lituanie* du 27 juillet 2004, bientôt consolidé par un arrêt *Rainys et Gasparavicus c/Lituanie* du 7 avril 2005, la Cour de Strasbourg a audacieusement entrepris de lui offrir une place au cœur de l'article 8 combiné avec l'article 14. Dans ces affaires, dites de « lustration », conduisant, dans les ex-pays du bloc soviétique, à exclure sans ménagement d'anciens agents plus ou moins supposés du K.G.B., des emplois publics et privés, la Cour a en effet condamné ce pays balte parce que l'interdiction faites aux requérants d'exercer, non pas toutes, mais beaucoup d'activités professionnelles affectait au plus haut point leur capacité à nouer des relations avec le monde extérieur et leur causait de graves difficultés quant à la possibilité de gagner leur vie, ce qui avait des répercussions évidentes sur leur vie privée. C'est donc la gravité des difficultés à gagner sa vie par le travail qui a été le facteur déterminant du prolongement par la Cour du droit à la « vie privée sociale » que l'on connaissait déjà depuis l'arrêt *Niemietz*, vers ce que Jean Mouly a appelé le droit à la « vie privée professionnelle ». Il sera particulièrement intéressant de relever que, pour justifier cette nouvelle avancée significative de la C.E.D.H. vers le droit du travail, la Cour a réaffirmé un principe capital, lui aussi posé naguère par l'emblématique arrêt *Airey* : celui de l'indivisibilité des droits de l'Homme, qui oblige à considérer que « nulle cloison étanche ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention ». Il sera tout aussi important de faire observer que, pour s'autoriser cette nouvelle audace travailliste, la Cour a expressément attaché un poids particulier au texte de l'article 1 § 2 de la C.S.E. et à l'interprétation qu'en avait donnée le Comité européen des droits sociaux, en novembre 2002, dans une autre affaire de lustration à l'allemande concernant d'anciens membres de la Stasi. La « synergie des sources », notamment européennes, du droit du travail est donc bien le point névralgique, le cœur des enjeux du thème « Droit du travail et Convention européenne des Droits de l'Homme ». Les potentialités de l'article 8 en matière de relations individuelles du travail sont donc incalculables même si l'on s'en tient au droit au respect de la vie privée. D'autres articles ont également un potentiel travailliste considérable. Tel est notamment le cas de

l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1, dont Jean Mouly vous a déjà présenté l'influence quand il est combiné avec l'article 14, et qui a aussi servi à renforcer l'ancrage à la Convention du droit de gagner sa vie par le travail grâce, ou à cause, des arrêts Lallement c/France du 11 avril 2002 suivant lequel l'indemnité d'expropriation d'un agriculteur devait compenser la perte de l'outil de travail que représentaient des terres atteignant le seuil de rentabilité et l'arrêt Dogan c/Turquie du 20 juin 2004 rendu dans une affaire où l'expulsion des habitants de tout un village soupçonné de servir occasionnellement d'abri à des terroristes les avaient privés de toutes les ressources agricoles et forestières constituant leur « gagne-pain ».

La plupart de ces perspectives sont menacées d'anéantissement ou de désenchantement par l'arrêt de Grande chambre Demir et Baykara, même si l'affaire concerne directement les relations collectives du travail.

## **II La CEDH et les relations collectives de travail.**

L'article 11 de la C.E.D.H., déjà évoqué, consacre un droit individuel à dimension collective, le droit à la liberté d'association dont il prévoit expressément la déclinaison syndicale. Il faudra donc parler de la liberté syndicale qui, en termes de droit européen des droits de l'Homme, serait plutôt un droit à la liberté syndicale (A). Cependant l'article 11, tel qu'il est interprété par la Cour de Strasbourg, ne concerne pas seulement l'appartenance à un syndicat ; il peut intéresser aussi ses moyens d'action et plus généralement l'action collective des salariés (B).

### **A – L'appartenance syndicale**

Le droit que consacre l'article 11, c'est d'abord le droit de faire partie d'un syndicat. Un arrêt Tün Haber Sen et Cinar c/Turquie du 11 février 2006 a eu l'occasion d'affirmer, effectivement, qu'une interdiction absolue faite aux fonctionnaires et agents contractuels du secteur public de fonder un syndicat ne correspondait pas à un besoin social impérieux et constituait une violation de l'article 11. L'originalité de l'article 11, c'est néanmoins que, depuis le célèbre arrêt Sijurdur A. Sigurjonsson c/Islande du 30 juin 1993, la Cour de Strasbourg lui a expressément reconnu un volet négatif : le droit à la liberté d'association, c'est aussi le droit de ne pas faire partie d'une association. Alors que le modèle syndical scandinave repose sur une affiliation obligatoire à un syndicat – dont une candidate à

l'élection présidentielle avait sporadiquement mais vigoureusement proposé la transposition en France – existerait-il au regard du droit européen des droits de l'Homme un droit de ne pas adhérer à un syndicat ? La Cour de Strasbourg l'avait admis de manière très nuancée par un arrêt *Gustafsson c/Suède* du 25 avril 1996. Elle l'a affirmé de façon tonitruante par un arrêt de Grande Chambre *Sorensen et Rasmussen c/Danemark* du 11 janvier 2006 (GADCH op. cit. n° 621), qui concernait un étudiant licencié de son emploi saisonnier parce qu'il avait refusé de payer cotisation à un syndicat concurrent de celui auquel il aurait souhaité être affilié et un jardinier embauché au prix d'une adhésion à un syndicat dont il désapprouvait franchement les orientations politiques. Cette solution, cela ne vous étonnera plus, est également justifiée par une référence appuyée à l'article 5 de la C.S.E. mais aussi, dans un vaste mouvement de synergie de toutes les sources européennes au sens large, à la C.D.F.U.E. et à la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. De façon plus novatrice, elle rattache la solution au concept hyper-individualiste d'autonomie personnelle, découvert dans la douloureuse affaire *Pretty c/R.U.* du 29 avril 2002 relative au suicide assisté.

Comme la souplesse d'adoption de la C.E.D.H. peut faire pâlir de jalousie les contorsionnistes les plus éblouissants, la Cour de Strasbourg, par un arrêt *A.S.L.E.F. contre R.U.* du 27 février 2007, a même admis que le droit syndical négatif, ce n'était pas seulement le droit du salarié de ne pas adhérer à un syndicat : c'est aussi le droit du syndicat de ne pas compter parmi ses membres un salarié militant, par ailleurs dans un parti politique d'extrême droite. Peut-être l'article 11 expose-t-il les travaillistes à déplacer encore quelques uns de leurs points de repère. Ce sera moins douloureux s'ils ont à le faire sous la conduite de Jean Mouly...

## **B. Les droit d'action collective.**

La liberté syndicale risquerait d'être largement ineffective si elle n'emportait pas avec elle, au profit des syndicats, un certain nombre de droits facilitant leur action revendicative. Sans doute parce que la Conv. EDH n'a pas *par elle-même* de vocation particulière en matière sociale, la Cour s'est-elle montrée, dans un premier temps, particulièrement réservée en ce domaine. Toutefois, maniant aujourd'hui avec habileté la technique de la synergie des sources précédemment évoquée, elle fait preuve désormais de beaucoup plus d'audace, qu'il s'agisse du droit de négocier des syndicats ou du droit de grève.

S'agissant du droit de négocier, tout d'abord, un premier pas avait été franchi avec l'arrêt *Gustafsson c/ Suède* du 25 avril 1996, déjà signalé, où la Cour avait à statuer sur le cas d'un employeur qui, réfractaire au système *conventionnel* scandinave, avait été mis à l'index par les syndicats et poussé à abandonner son activité, en la cédant à un autre employeur plus docile. Dans cette affaire, sans faire droit à la requête de l'employeur, la Cour avait néanmoins considéré, tout en reprenant la solution de l'arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* du 5 février 1976, selon laquelle l'article 11 ne garantit pas en tant que tel le droit de souscrire une convention collective, que l'espèce entraînait dans le domaine d'application dudit article et que la requête de l'employeur était *recevable*. Dès lors, et sauf à imputer aux juges de la Cour une faute de logique juridique fort improbable, il fallait donc bien déduire de la décision que le droit à la négociation collective était entré dans le champ d'attraction de l'article 11. Pour le Professeur Sudre, même, il résulterait implicitement mais nécessairement de cet arrêt que le droit de négociation collective est désormais « inhérent à la liberté syndicale ». A tout le moins se trouvait-on dans la phase de croissance du degré de consensus international qui précède les revirements explicites de jurisprudence de la Cour européenne. On était d'autant plus en droit de le penser que, dans un arrêt *Wilson et autres c/ Royaume-Uni* du 2 juillet 2002, la Cour de Strasbourg devait clairement stigmatiser des incitations financières à délaissier le système de négociations collectives existant en Grande-Bretagne. Un pas de plus devait encore être franchi avec l'arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie* du 21 novembre 2006.

Dans cette affaire, où était en cause l'annulation d'une convention collective appliquée depuis plus de deux ans, le raisonnement de la Cour conduit cette fois, et contrairement à la solution retenue dans l'arrêt *Gustafsson*, à un constat de *violation* de l'article 11. Même si elle ne déduit toujours pas expressément de cet article un droit des syndicats à la négociation collective, la Cour considère néanmoins qu'il existe « un *lien organique* entre la liberté syndicale et la liberté de conclure des conventions collectives » et qu'en l'occurrence, « le maintien de la convention collective en cause constituait une partie *inséparable* de la liberté ... des [syndicalistes] requérants ». Il paraît donc désormais bien difficile de ne pas considérer que le droit de négocier n'est pas solidement arrimé à l'article 11 de la Convention, même si, avec certains juges, on peut regretter que la Cour ait choisi une trajectoire par trop louvoyante. Celle-ci s'étant dispensée de contrôler le caractère proportionné de l'atteinte, on pourrait même se demander si le droit de négocier n'a pas été purement et simplement intégré à la *substance* de l'article 11, le

*noyau dur* des droits garantis par celui-ci exerçant un *effet attractif* sur les droits périphériques consubstantiels, devenus *partie inséparable* de la liberté syndicale.

Cela étant, le juriste français se demandera sans doute quel profit il pourrait bien tirer de cette évolution de la jurisprudence européenne, alors que le droit de négociation collective est déjà reconnu en droit interne, y compris par le Conseil Constitutionnel lui-même (C.C. 6 novembre 1996, Dr. Soc. 1997, p. 31, note M-L Morin). Plus encore, il pourrait même s'inquiéter de cette évolution puisque la liberté syndicale, dont est déduit le droit de négocier, comportant, comme on l'a vu, un volet négatif, elle pourrait bien *symétriquement* emporter, au profit de l'employeur, bénéficiaire également de cette liberté, un droit *de ne pas* négocier. La solution apparaîtrait d'autant plus inquiétante qu'elle serait alors de nature à remettre en cause l'obligation de négocier imposée, dans certaines hypothèses, aux employeurs, notamment depuis la loi du 13 novembre 1982. On se bornera ici à répondre qu'alors que, habituellement, l'esprit de la Convention commande de protéger prioritairement l'individu faible et isolé contre l'intérêt du groupe organisé, le caractère essentiellement collectif du droit du travail devrait conduire plutôt à donner la préférence à l'exercice collectif d'un droit généralement positif sur un individu, certes isolé, mais redoutable, l'employeur, et qui invoque, lui, un droit de structure négative. En conséquence, le droit, positif, à la négociation collective devrait-il a priori l'emporter sur le droit de l'employeur à ne pas négocier. On conviendra cependant que la question n'est actuellement pas tranchée, d'autant que l'affaire Demir et Baykara a été renvoyée en Grande Chambre, dont la décision est donc attendue avec intérêt en espérant qu'elle sera pour le droit du travail plutôt un feu d'artifice qu'un enterrement de première classe.

En ce qui concerne, secondement, le droit de grève, dans une série de décisions des années 1970, notamment l'arrêt *Schmidt et Dahlström c/ Suède* du 6 février 1976, la Cour EDH avait refusé d'en faire un droit reconnu et protégé par la Convention au titre de l'article 11. Elle admettait tout au plus que ce droit faisait partie des moyens d'action dont peuvent disposer les syndicats, mais sans obliger les Etats à le leur octroyer. Cette position particulièrement frileuse n'est plus de mise aujourd'hui. Dans deux décisions de 2002, *Unisson c/ Royaume-Uni* du 10 janvier 2002 et *OFS c/ Norvège* du 27 juin 2002, tout en déclarant les requêtes des salariés irrecevables, la Cour EDH a en effet examiné minutieusement *sur le fond* chacune des demandes, ce qui ne se comprend que si elle commence à faire entrer le droit de grève dans le champ d'attraction de l'article 11. Ces décisions amorçaient donc une évolution significative en admettant en quelque sorte le

droit de grève dans l' « antichambre de l'article 11 ». Cette évolution s'est poursuivie avec deux décisions de 2007, l'arrêt *Karaçay c/ Turquie* du 27 mars et l'arrêt *Satilmis* du 17 juillet, ayant cette fois abouti l'un et l'autre à un constat de *violation* de l'article 11.

Le premier, relatif à un avertissement infligé à un salarié du secteur public pour avoir participé à une journée nationale de grève, est particulièrement intéressant, puisqu'il rattache expressément la solution à la liberté d'association, et non pas à la liberté de réunion pacifique. D'autre part, il n'hésite pas à affirmer que la sanction, si minime eût-elle été en l'espèce, avait été de nature à dissuader le salarié de participer à la grève. Une reconnaissance, certes implicite, mais néanmoins nécessaire du droit de grève paraissait donc bien s'induire de l'arrêt *Karaçay*. Malheureusement, l'arrêt *Satilmis* est nettement moins audacieux. L'espèce concernait cette fois des salariés péagers sur le Bosphore, qui avaient abandonné leurs postes pendant quelques heures afin de protester contre leurs conditions d'emploi et qui avaient été condamnés à indemniser l'Etat pour les recettes perdues pendant cet arrêt de travail. De manière malencontreuse, cette décision fait à nouveau référence aux formules des arrêts des années soixante dix, significativement absentes de l'arrêt *Karaçay*, et qui avaient constitué un rempart contre la reconnaissance européenne du droit de grève ; d'autre part, les salariés ayant également en l'espèce manifesté sur la voie publique, la décision se borne à relier leur action, non comme l'arrêt *Karaçay* à la liberté d'association, mais à la liberté de réunion pacifique. La décision paraît donc en retrait par rapport à l'arrêt *Karaçay*. Pour cette raison, on hésitera à admettre, comme certains ont pourtant pu l'affirmer, que l'arrêt *Satilmis* a consacré le droit à la *grève perlée* ou, mieux encore, le droit à la *grève-libéralité*, par laquelle les salariés se borneraient à cesser de percevoir la redevance due par l'utilisateur. Il serait surprenant qu'une décision qui ne reconnaît pas expressément le droit de grève classique ait en revanche consacré une forme dévoyée de celui-ci.

Quoi qu'il en soit, on pourra regretter que la Cour EDH n'ait pas encore expressément déduit de l'article 11 et de sa propre jurisprudence l'existence d'un véritable droit de grève au profit des salariés ou de leurs syndicats, alors surtout que la CJCE, dans deux arrêts du 11 décembre 2007, les arrêts *Viking et Laval*, vient de hisser ce même droit au rang des principes généraux du droit communautaire. La Cour EDH pourrait bien ainsi s'être fait doubler par les juridictions communautaires, chargées de faire appliquer un droit pourtant souvent dénoncé pour accuser un déficit social. Peut-être la Cour EDH n'a-t-elle pas voulu trancher entre deux conceptions du droit de grève, l'une propre aux systèmes juridiques du nord de l'Europe et qui prône la *théorie de l'égalité des armes*,

l'autre, celui notamment de la France, qui considère que le lock-out étant l'opposé du droit de grève, la reconnaissance de celui-ci doit nécessairement entraîner la condamnation de celui-là. Il convient en effet de prendre conscience que, la liberté d'association étant accordée par l'article 11 à *toute personne*, la reconnaissance du droit de grève à partir de cette liberté implique nécessairement la reconnaissance *symétrique* du droit de lock-out aux employeurs. Cela étant, il faut reconnaître que la plupart des textes européens actuels, qu'il s'agisse de la Charte sociale européenne (art. 6.4) ou de la Charte européenne des droits fondamentaux (art. 28), vont en ce sens et qu'il sera donc bien difficile à terme d'échapper à cette tendance, susceptible évidemment de remettre en cause notre conception des conflits collectifs.

On regrettera d'autant plus l'attitude de la Cour EDH que, en dépit de leur impact en terme d'image, les arrêts *Viking et Laval* se révèlent, dans la mise en œuvre du droit proclamé, relativement décevants. En considérant que le droit de grève constitue par nature *une entrave* à la libre concurrence et que son exercice doit dès lors être soumis à des justifications particulièrement rigoureuses, la CJCE fait clairement prévaloir les libertés économiques sur les droits sociaux fondamentaux. Au contraire, la Cour EDH semble s'inscrire dans une démarche plus accueillante au droit de grève. Certes, elle admet bien que celui-ci puisse faire l'objet de limitations, celles prévues par l'alinéa 2 de l'article 11. En particulier, dans ces décisions *Unisson et OFS*, elle cite, comme justifications de ces limitations, la protection des droits d'autrui d'une part, et la défense de la sûreté publique et de la santé d'autre part. Ne figure pas en revanche dans la liste la protection du « *bien être économique du pays* », seulement visé par le paragraphe 2 de l'article 8. En ne retenant pas d'objectif économique comme motif possible de limitation du droit de grève, même si celui-ci est sans doute en filigrane dans certaines décisions (OFS notamment), la Cour EDH paraît donc se situer dans une logique beaucoup plus sociale que la CJCE, d'autant qu'elle paraît également tout à fait prête à un contrôle de proportionnalité des atteintes à l'objectif poursuivi, ainsi que le montre l'arrêt *Karaçay*. C'est dire une fois encore l'enjeu du prochain arrêt Grande Chambre *Demir et Baykara*, qui pose à nouveau la question récurrente, mais ô combien décisive, de la *synergie des sources*.

## CONCLUSION

Dans le rôle de Candide au royaume des travaillistes qui m'a été si somptueusement offert aujourd'hui, je terminerai, en forme de commune conclusion par deux interrogations que la découverte aléatoire des réalités du droit du travail, sous la conduite éclairée de Jean Mouly, mais au travers du principe ô combien déformant de la C.E.D.H., m'a inspirées.

Habitué à rencontrer l'article 6 § 1 de la C.E.D.H. et les différentes facettes du droit à un procès équitable qu'il développe, en particulier l'égalité des armes, je n'arrive pas à comprendre comment en France, on peut encore s'accommoder des règles prévues par l'article L 122-14 du Code du travail, qui soumettent le salarié à de longs jours d'incertitude avant de découvrir, sans pouvoir être assisté par un avocat, les motifs de licenciement que l'employeur pourra affiner, tester au cours de l'entretien.

Imprégné de la conception extensive de la notion de biens au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 retenu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, je ne vois pas de raisons techniques sérieuses pouvant empêcher de considérer que, pour le salarié, l'emploi qu'il occupe est un bien au sens européen du terme. Alors, en cas de licenciement économique, le principe de proportionnalité, qui commande toute l'application de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 pourrait conduire à trouver entre les intérêts des salariés et les intérêts des actionnaires un point d'équilibre inédit et stimulant.

Si ces pistes farfelues venaient à s'entrouvrir dans la jurisprudence européenne, Jean Mouly et moi-même serions très heureux d'inviter l'A.F.D.T. à venir les discuter à l'O.M.I.J. de Limoges. En attendant nous vous remercions de votre accueil, de votre patience et de votre indulgence.