

# LE DROIT SOCIAL DE L'UNION EUROPÉENNE ET DU CONSEIL DE L'EUROPE :

## L'INTERTEXTUALITÉ ET LE DIALOGUE ENTRE LES DEUX COURS

Koen LENAERTS (\*)

### I. Observations liminaires

- La Charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée à Strasbourg le 3 mai 1996, n'est pas un accord international faisant partie de l'ordre juridique de l'Union. Elle a été toutefois ratifiée par tous les États membres de l'Union (soit dans sa version d'origine, soit dans sa version révisée, soit dans les deux versions).
- À la différence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la «Convention»), signée à Rome le 4 novembre 1950, la Charte sociale européenne ne prévoit pas une cour supranationale qui assure le respect des droits y figurant.
- Cela étant dit, le Protocole additionnel de 1995 prévoit un système de réclamations collectives, selon lequel le Comité européen des Droits sociaux (le «CEDS»), a pour mission de juger la conformité du droit et de la pratique des États parties à la Charte sociale européenne. Dans le cadre du système de rapports nationaux, il adopte des conclusions et dans le cadre de la procédure de réclamations collectives, il adopte des décisions. Le CEDS transmet sa décision, sous forme de rapport, aux parties et au Comité des Ministres, ce rapport étant rendu public au plus tard quatre mois après sa transmission. Finalement, le Comité des Ministres adopte une résolution. Le cas échéant, il peut recommander à l'État de prendre des mesures spécifiques pour mettre la situation en conformité avec la Charte.
- La Charte sociale européenne est mentionnée à deux reprises par les traités constitutifs, à savoir au Préambule et à l'article 151 TFUE.
- S'agissant de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la «Charte»), aucune de ses dispositions ne fait mention de la Charte sociale européenne. Toutefois, il en est autrement des explications y afférentes. À cet égard, la Charte sociale européenne est mentionnée en tant que « source d'inspiration » dans les explications relatives à:

---

(\*) Vice-président de la Cour de justice de l'Union européenne et professeur extraordinaire à la Katholieke Universiteit Leuven. L'auteur s'exprime à titre personnel.

- L'article 14 de la Charte — Droit à l'éducation → l'article 10 de la Charte sociale
- L'article 15 de la Charte — Liberté professionnelle et droit de travailler
  - Paragraphe 1 → l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la Charte sociale européenne
  - Paragraphe 3 → l'article 19, point 4, de la Charte sociale européenne
- L'article 23 de la Charte — Égalité entre femmes et hommes → l'article 20 de la Charte sociale européenne (révisée)
- L'article 25 de la Charte — Droits des personnes âgées → l'article 23 de la Charte sociale européenne (révisée)
- L'article 26 de la Charte — Intégration des personnes handicapées → l'article 15 de la Charte sociale européenne
- L'article article 27 de la Charte — Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise → l'article 21 de la Charte sociale européenne (révisée)
- L'article 28 de la Charte — Droit de négociation et d'actions collectives → l'article 6 de la Charte sociale européenne
- L'article 29 de la Charte — Droit d'accès aux services de placement → l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la Charte sociale européenne
- L'article 30 de la Charte — Protection en cas de licenciement injustifié → l'article 24 de la Charte sociale européenne (révisée)
- L'article 31 de la Charte — Conditions de travail justes et équitables
  - Paragraphe 1 → l'article 3 de la Charte sociale européenne
  - Paragraphe 2 → l'article 2 de la Charte sociale européenne
- L'article 32 de la Charte — Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail → l'article 7 de la Charte sociale européenne
- L'article 33 de la Charte — Vie familiale et vie professionnelle
  - Paragraphe 1 → l'article 16 de la Charte sociale européenne.
  - Paragraphe 2 → l'article 8 (protection de la maternité) de la Charte sociale européenne et s'inspire de l'article 27 (droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement) de la Charte sociale (révisée)
- L'article 34 de la Charte — Sécurité sociale et aide sociale →
  - Paragraphe 1 → l'article 12 de la Charte sociale européenne
  - Paragraphe 2 → les articles 12, paragraphes 4, et 13, paragraphe 4, de la Charte sociale européenne
  - Paragraphe 3 → l'article 13 de la Charte sociale européenne et des articles 30 et 31 de la Charte sociale (révisée)
- L'article 35 — Protection de la santé → les articles 11 et 13 de la Charte sociale européenne

## II. La Charte sociale européenne dans le droit de l'Union

- Rappelons que, aux termes de l'article 6, paragraphe 1, troisième alinéa, TUE, «[I]es droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés ...en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions». De même, l'article 52, paragraphe 7, de la Charte dispose que «[I]es explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres».

Il s'ensuit que la Cour de justice de l'Union européenne (la « Cour de justice») est tenue d'interpréter les articles de la Charte mentionnés ci-dessus à la lumière de la Charte sociale européenne. Par exemple, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Commission/Strack*, la Cour de justice a jugé que

«[s]elon les explications afférentes à l'article 31 de la Charte, lesquelles, conformément à l'article 6, paragraphe 1, troisième alinéa, TUE et à l'article 52, paragraphe 7, de la Charte, doivent être prises en considération pour l'interprétation de celle-ci, l'article 31, paragraphe 2, de la Charte se fonde sur la directive 93/104 ainsi que *sur l'article 2 de la charte sociale européenne* [...] et sur le point 8 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs [...]»<sup>1</sup>

- La Charte sociale européenne sert également de source d'inspiration pour «la découverte» des principes généraux du droit de l'Union. Par exemple, dans les affaires ayant donné lieu à l'arrêt *Laval* et *Viking*, la Cour de justice a relevé que

«le droit de mener une action collective est reconnu tant par différents instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, tels que *la charte sociale européenne*, [...]et la convention n° 87 de [l'OIT], du 9 juillet 1948, concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, que par des instruments élaborés par lesdits États membres au niveau communautaire ou dans le cadre de l'Union européenne, tels que la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs [...], et la [Charte] »<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Arrêt du 19 septembre 2013, *Commission/Strack*, C-579/12 RX-II, non encore publié au Recueil, point 27 (souligné par nos soins).

<sup>2</sup> Arrêts du 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Rec. p. I-11767, point 90, et du 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union* (dit « *Viking* »), C-438/05, Rec. p. I-10779, point 43.

La Cour de justice a ainsi dit pour droit que «le droit de mener une action collective doit donc être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit [de l'Union] dont la [Cour de justice] assure le respect».<sup>3</sup>

- De même, la Charte sociale européenne peut servir de «source *indirecte* d'inspiration» pour la découverte des principes généraux du droit de l'Union. Dans un premier temps, c'est la Cour européenne des droits de l'homme (la «CEDH») qui détermine le contenu d'un droit fondamental en s'appuyant sur la Charte sociale européenne. Dans un second temps, c'est la Cour de justice qui fait référence à la jurisprudence de la CEDH.

Par exemple, dans l'affaire *Sigurjónsson c. Islande*,<sup>4</sup> la CEDH était appelée à déterminer si la liberté d'association pouvait être interprétée en ce sens qu'elle comprenait le droit de ne pas faire partie d'un syndicat. Elle a jugé que

“... on 24 September 1991 the Parliamentary Assembly of the Council of Europe unanimously adopted a recommendation, amongst other things, to insert a sentence [stating that every employer and every worker shall have the freedom to join or not to join professional organisations or trade unions without any personal or occupational damage being thereby suffered by them] into Article 5 of the 1961 European Social Charter (see Parliamentary Assembly, Forty-third Ordinary Session (second part), 18-25 September 1991: Official Report of Debates, Vol. II, p. 502, and Texts adopted by the Assembly, Appendix to Recommendation 1168 (1991), p. 5). Even in the absence of an express provision, the Committee of Independent Experts set up to supervise the implementation of the Charter considers that a negative right is covered by this instrument and it has in several instances disapproved of closed-shop practices found in certain States Parties, including Iceland. With regard to the latter, the committee took account of, inter alia, the facts of the present case (see Conclusions XII-1, 1988-89, pp. 112-113, of the aforementioned committee). Following this, the Governmental Committee of the European Social Charter issued a warning to Iceland (by ten votes to four with two abstentions; see the Governmental Committee's 12th report to the Committee of Ministers of 22 March 1993, paragraph 113). ... In this connection, it should be recalled that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions [...] Accordingly, Article 11 (art. 11) must be viewed as encompassing a negative right of association.”

---

<sup>3</sup> Laval, *supra* n° 2, point 91 et Viking, *supra* n° 2, point 44.

<sup>4</sup> Arrêt de la CEDH du 30 juin 1993, *Sigurjónsson c. Islande*, série A n° 264.

À son tour, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Werhof*,<sup>5</sup> la Cour de justice a reconnu le même droit :

«...la liberté d'association, qui comprend également le droit de ne pas faire partie d'un syndicat (voir, en ce sens, Cour eur. D. H., arrêts *Sigurjónsson c. Islande* du 30 juin 1993, série A n° 264, § 35, et *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, p. 637, § 45), est consacrée par l'article 11 de la [Convention] et fait partie des droits fondamentaux qui, selon la jurisprudence constante de la [Cour de justice], sont protégés dans l'ordre juridique [de l'Union]».<sup>6</sup>

- Par ailleurs, la Cour de justice interprète «les principes de droit social de l'Union» à la lumière de la Charte sociale européenne.

Par exemple, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Impact*,<sup>7</sup> la question était de savoir si la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée<sup>8</sup> pouvait être comprise comme prescrivant aux États membres l'obligation de garantir en faveur des travailleurs à durée déterminée l'application du principe de non-discrimination en matière de rémunérations. Autrement dit, la Cour de justice était appelée à interpréter le champ d'application *ratione materiae* de la clause 4 de l'accord-cadre qui consacre le «principe de non-discrimination» entre les travailleurs à durée déterminée et les travailleurs à durée indéterminée. À cet égard, elle a constaté que cette clause

«poursuit [...] un but qui participe des objectifs fondamentaux inscrits à l'article [151, premier alinéa, TFUE] [...] qui sont liés à l'amélioration des conditions de vie et de travail ainsi qu'à l'existence d'une protection sociale adéquate des travailleurs, en l'occurrence des travailleurs à durée déterminée».<sup>9</sup>

«L'article [151, premier alinéa, TFUE], qui définit les objectifs en vue desquels le Conseil peut, dans les matières visées à l'article [153 TFUE], mettre en œuvre, conformément à l'article [155, paragraphe 2, TFUE], des accords conclus entre partenaires sociaux au niveau communautaire », a-t-elle ajoutée, «renvoie à *la charte sociale européenne* [...] qui fait figurer, dans sa partie I, point 4, le droit de tous les travailleurs à une 'rémunération équitable leur assurant,

---

<sup>5</sup> Arrêt du 9 mars 2006, *Werhof*, C-499/04, Rec. p. I-2397.

<sup>6</sup> *Ibid*, point 33.

<sup>7</sup> Arrêt du 15 avril 2008, *Impact*, C-268/06, Rec. p. I-2483.

<sup>8</sup> Cet accord-cadre figure à l'annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (*JO L 175*, p. 43).

<sup>9</sup> *Impact*, supra n° 7, point 112.

*ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant' parmi les objectifs que les parties contractantes se sont engagées à atteindre, aux termes de l'article 20 figurant dans la partie III de cette charte».*<sup>10</sup>

«Eu égard à ces objectifs », a-t-elle estimé, «la clause 4 de l'accord-cadre doit être comprise comme exprimant un principe de droit social [de l'Union] qui ne saurait être interprété de manière restrictive».<sup>11</sup>

Ainsi, la Cour de justice a jugé que ne fait pas obstacle à l'application du principe de non-discrimination consacré à la clause 4 de l'accord cadre le fait que, conformément à l'article 153, paragraphe 5, TFUE, «la fixation du niveau des rémunérations relève de l'autonomie contractuelle des partenaires sociaux à l'échelon national ainsi que de la compétence des États membres en la matière».<sup>12</sup>

- La Cour de justice s'inspire également de la Charte sociale européenne pour identifier un moyen de protection de droit social revêtant une importance particulière. Par exemple, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Kiiski*,<sup>13</sup> la Cour de justice a estimé que

«L'article [151 TFUE] se réfère [...] à la charte sociale européenne, [...] et dont tous les États membres sont parties en tant qu'ils ont adhéré à celle-ci dans sa version d'origine, dans sa version révisée ou dans ses deux versions. L'article 8 de la charte sociale européenne, consacré au droit des travailleuses à la protection de la maternité, vise à assurer à ces dernières un droit à un congé de maternité d'une durée minimale, dans sa version d'origine, de douze semaines et, dans sa version révisée, de quatorze semaines.

Dans ces conditions, le droit à un congé de maternité reconnu aux travailleuses enceintes doit être considéré comme un moyen de protection de droit social revêtant une importance particulière.»<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> *Ibid*, point 113 (souligné par nos soins).

<sup>11</sup> *Ibid*, point 114.

<sup>12</sup> *Ibid*, point 126. Voir, également, l'arrêt du 10 juin 2010, Bruno e.a., C-395/08 et C-396/08, Rec. p. I-5119, points 31 et 32.

<sup>13</sup> Arrêt du 20 septembre 2007, *Kiiski*, C-116/06, Rec. p. I-7643.

<sup>14</sup> *Ibid*, points 48 et 49.

### III. Un exemple de convergence : l'arrêt de la CEDH dans l'affaire *Markin c. Russie*

Dans son arrêt de 12 mars 2012,<sup>15</sup> la grande chambre de la CEDH a jugé que, en refusant d'accorder à M. Markin – ressortissant russe qui travaillait en tant qu'opérateur radio dans l'armée russe et qui, après avoir divorcé sa femme, s'occupait de ses enfants – un congé parental de trois ans alors qu'un tel congé était accordé aux militaires de sexe féminin, la Russie avait violé l'article 14 de la Convention (combiné avec l'article 8 de la Convention).

À cet égard, lors de la description du cadre juridique, la CEDH a fait référence à l'article 27 de la Charte sociale européenne. Cette disposition, qui consacre le principe d'égalité de traitement entre travailleurs des deux sexes, prévoit que les parties contractantes s'engagent «à prévoir la possibilité pour chaque parent, au cours d'une période après le congé de maternité, d'obtenir un congé parental pour s'occuper d'un enfant, dont la durée et les conditions seront fixées par la législation nationale, les conventions collectives ou la pratique».

La CEDH a également cité les directives 96/34/CE et 2010/18/UE<sup>16</sup> ainsi que les arrêts de la Cour de justice dans les affaires *Griesmar*<sup>17</sup> et *Roca Álvarez*.<sup>18</sup>

S'agissant de ces deux directives, elles reconnaissent le droit à un congé parental et prévoient deux principes. En premier lieu, le droit à un congé parental est un droit individuel accordé, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, aux travailleurs des deux sexes. En second lieu, afin de garantir l'égalité des chances et de traitement entre hommes et femmes, ce droit est, en principe, accordé de manière non-transférable.

L'affaire *Griesmar* avait trait au fait que, dans le cadre du régime français de retraite civile et militaire, la bonification d'ancienneté pour le calcul de la pension de retraite des fonctionnaires ayant eu des enfants était réservée aux femmes fonctionnaires. L'octroi de cette bonification était lié non pas au congé de maternité ou aux désavantages que subirait un fonctionnaire féminin dans sa carrière du fait de son éloignement du service pendant la période qui suit l'accouchement mais à une autre période, à savoir celle consacrée à l'éducation des enfants. À cet égard, la Cour de justice a constaté que les situations d'un fonctionnaire masculin et d'un fonctionnaire féminin étaient comparables relativement à l'éducation des enfants : un fonctionnaire masculin ayant assumé l'éducation de ses enfants était exposé aux mêmes désavantages de carrière que

---

<sup>15</sup> Arrêt de la CEDH du 22 mars 2012, *Markin c. Russie*, n° 30078/06 [GC].

<sup>16</sup> Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (*JO L* 145, p. 4), qui a été abrogé par Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES (*JO L* 68, p. 13).

<sup>17</sup> Arrêt du 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99, Rec. p. I-9383.

<sup>18</sup> Arrêt du 30 septembre 2010, *Roca Álvarez*, C-104/09, Rec. p. I-8661.

ceux auquel devait faire face un fonctionnaire féminin. Ainsi, la législation française consacrait une différence de traitement fondée sur le sexe à l'égard des fonctionnaires masculins ayant effectivement assumé l'éducation de leurs enfants. La Cour de justice a jugé cette mesure injustifiée, considérant qu'elle n'était pas de nature à compenser les désavantages auxquels étaient exposées les carrières des fonctionnaires féminins en aidant ces femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes mais se bornait, au contraire, à accorder aux fonctionnaires féminins ayant la qualité de mère une bonification d'ancienneté au moment de leur départ à la retraite, sans porter remède aux problèmes qu'elles pouvaient rencontrer durant leur carrière professionnelle. La Cour de justice a donc jugé que la législation française méconnaissait le principe de l'égalité des rémunérations en ce qu'elle excluait du bénéfice de la bonification les fonctionnaires masculins à même de prouver qu'ils avaient assumé l'éducation de leurs enfants.

Dans l'affaire *Roca Álvarez*, la question était de savoir si le refus d'accorder aux pères salariés un congé « d'allaitement » (sous la forme d'une réduction d'une demi-heure de la journée de travail), alors que les mères salariées avaient droit à ce congé, constituait une discrimination fondée sur le sexe. La Cour de justice a constaté que les situations d'un travailleur masculin et d'un travailleur féminin, respectivement père et mère d'enfants en bas âge, étaient comparables au regard de la nécessité dans laquelle ceux-ci pouvaient se trouver d'avoir à réduire leur temps de travail journalier afin de s'occuper de cet enfant. Elle a ainsi conclu que la législation espagnole établissait une différence de traitement fondée sur le sexe entre les mères ayant le statut de travailleur salarié et les pères ayant ce même statut. En ce qui concerne la justification d'une telle différence de traitement, la Cour de justice a considéré, premièrement, que le congé en cause avait été détaché du fait biologique de l'allaitement, puisqu'il pouvait être octroyé même en cas d'allaitement artificiel, et pouvait donc être considéré comme un simple temps d'attention à l'enfant et comme une mesure de conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle à l'issue du congé de maternité. L'alimentation et le temps d'attention à l'enfant pouvaient être assurés aussi bien par le père que par la mère. Ce congé semblait ainsi être accordé aux travailleurs en leur qualité de parents de l'enfant. Il ne pouvait donc être considéré comme permettant d'assurer la protection de la condition biologique de la femme à la suite de sa grossesse ou la protection des rapports particuliers entre la mère et son enfant. La Cour de justice a estimé, deuxièmement, que la mesure à l'étude ne constituait pas un avantage autorisé octroyé aux femmes dans le but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de mener une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes mais que, tout au contraire, le fait de considérer que seule une femme ayant le statut de travailleur salarié pouvait bénéficier du congé en cause alors qu'un homme ayant le même statut ne le pouvait pas était plutôt de nature à perpétuer une répartition traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale. Le fait de refuser le bénéfice du congé en cause aux pères ayant le statut de travailleur salarié au seul motif que la



mère de l'enfant ne disposait pas de ce statut pouvait avoir pour effet que la mère, en l'occurrence une travailleuse indépendante, se voie contrainte de limiter son activité professionnelle et de supporter seule la charge résultant de la naissance de son enfant, sans pouvoir recevoir une aide du père. En conséquence, la mesure en cause ne s'analysait ni en une mesure ayant pour effet d'éliminer ou de réduire les inégalités pouvant exister dans la société, ni en une mesure visant à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale et, ainsi, destinée à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes concernées. La Cour de justice a donc conclu que les dispositions en cause de la législation espagnole étaient contraires à la législation européenne.

À la lumière de la Charte sociale européenne, des directives 96/34/CE et 2010/18/UE, des deux arrêts de la Cour de justice mentionnés ci-dessus, ainsi que du droit comparé, la CEDH a constaté qu'il y a eu une évolution dans la société civile des États européens qui était favorable à la reconnaissance d'un droit au congé parental pour les travailleurs masculins.

Après avoir rappelé sa jurisprudence relative au principe de non-discrimination, la CEDH a examiné si les faits en cause relevaient de l'article 8 et donc de l'article 14 de la Convention. «Certes, l'article 8 ne comporte pas un droit au congé parental et n'impose pas non plus aux États l'obligation positive de prévoir une allocation de congé parental », a-t-elle constaté. Cependant, la CEDH a jugé qu'«en permettant à l'un des parents de rester au foyer pour s'occuper des enfants, le congé parental et l'allocation y afférente favorisent la vie familiale et ont nécessairement une incidence sur l'organisation de celle-ci. Le congé parental et l'allocation correspondante entrent donc dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention».<sup>19</sup>

La CEDH a, par la suite, recherché si le requérant se trouvait à l'époque des faits dans une situation comparable à celle d'une femme travaillant dans l'armée. En citant sa jurisprudence *Petrovic*,<sup>20</sup> elle a estimé que «contrairement au congé de maternité, qui vise à permettre à la mère de se remettre de l'accouchement et d'allaiter son bébé si elle le souhaite, le congé parental et l'allocation de congé parental se rapportent à la période qui suit et ont pour but de permettre au bénéficiaire de rester au foyer pour s'occuper en personne du nouveau-né». De ce fait, «les hommes se trouvent dans une situation analogue à celle des femmes».<sup>21</sup>

Tout en reconnaissant que le cas d'espèce se situait dans un contexte particulier, à savoir celui des forces armées, dans lequel les États membres jouissent d'une ample marge d'appréciation, la CEDH a souligné que «la Convention ne s'arrête pas aux portes des casernes et que les militaires, comme toutes les autres personnes relevant de la juridiction d'un État contractant, ont le droit de bénéficier

---

<sup>19</sup> *Markin c. Russie*, supra n° 15, § 130.

<sup>20</sup> Arrêt de la CEDH du 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, Recueil 1998-II.

<sup>21</sup> *Markin c. Russie*, supra n° 15, § 132.

de la protection de la Convention». S'agissant des restrictions à la vie familiale et privée des militaires, la CEDH a rappelé qu' «il doit par ailleurs exister 'des raisons particulièrement graves' pour que ces ingérences répondent aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention. En particulier, il faut un rapport raisonnable de proportionnalité entre les restrictions imposées et le but légitime consistant à protéger la sécurité nationale.»<sup>22</sup>

La Russie a avancé deux arguments visant à justifier cette différence de traitement. En premier lieu, elle a fait valoir que les femmes joueraient un rôle social particulier dans l'éducation des enfants. Toutefois, en prenant note du fait que «les sociétés européennes contemporaines ont évolué vers un partage plus égalitaire entre les hommes et les femmes des responsabilités en matière d'éducation des enfants, et que le rôle des pères auprès des jeunes enfants est mieux reconnu», cet argument n'a pas été accueilli par la CEDH. «[Les] stéréotypes liés au sexe – telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent –», a-t-elle souligné, «ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de traitement en cause, pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle».<sup>23</sup> En second lieu, selon la Russie, l'extension du droit au congé parental aux militaires de sexe masculin nuirait à la puissance de combat et à l'efficacité opérationnelle des forces armées, alors que l'octroi de ce droit aux militaires de sexe féminin n'emporte pas un tel risque car les femmes sont moins nombreuses que les hommes dans l'armée. Toutefois, la CEDH a rejeté cet argument au motif qu'aucune étude statistique pour évaluer un tel effet n'a jamais été menée par les autorités compétentes.

La CEDH a donc conclu que la Russie avait violé l'article 14 de la Convention (combiné avec l'article 8 de la Convention).

L'arrêt de la CEDH dans l'affaire *Markin c. Russie* constitue un développement jurisprudentiel intéressant à plusieurs égards. En premier lieu, il démontre qu'établir une distinction entre «droits sociaux» et «droit civils et politiques» n'est pas toujours une tâche facile. À la différence de la Charte sociale européenne, la Convention n'impose aucune obligation positive aux États membres qui mettrait en œuvre un droit social. Toutefois, cet arrêt vient à nous dire que l'octroi des droits sociaux ayant un impact sur les droits protégés par la Convention ne peut pas être discriminatoire. Autrement dit, une fois qu'un État membre décide d'octroyer un droit au congé parental, ce droit doit être octroyé dans les mêmes conditions tant aux travailleurs de sexe masculin qu'aux travailleurs de sexe féminin. En deuxième lieu, le principe de non-discrimination doit faire l'objet d'une interprétation évolutive qui reflète les transformations subies par la société civile. Si tel n'était pas le cas, la Convention contribuerait à perpétuer les

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, §§ 136- 137.

<sup>23</sup> *Ibid.*, § 143.

stéréotypes. En troisième lieu, cet arrêt démontre que, s'agissant du principe de non-discrimination, la Cour de justice et la CEDH suivent une même grille d'analyse (comparabilité des situations et justification de la différence de traitement).

#### IV. Un exemple de divergence : *Viking* et *Laval* - *Demir* et *Enerji* ?

Selon une partie de la doctrine,<sup>24</sup> les arrêts de la Cour de justice dans les affaires *Viking* et *Laval* sont difficiles à concilier avec les arrêts de la CEDH dans les affaires *Demir* et *Enerji*.<sup>25</sup> Certains auteurs sont d'avis que cette divergence pourrait poser des problèmes lors de l'adhésion de l'UE à la Convention.

##### A. *Demir* et *Baykara c. Turquie*

Les faits de l'affaire *Demir* peuvent être résumés comme suit. En 1993, un syndicat de fonctionnaires turcs a conclu avec une commune une convention collective qui fixait les conditions de travail dans les services municipaux. En estimant que la commune avait manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu de cette convention collective, le syndicat a saisi les juridictions turques. En 1995, la Cour de cassation a jugé que, en l'absence d'une loi spécifique, les fonctionnaires ne pouvaient ni se syndiquer ni mener des négociations collectives. La convention collective en question fut alors déclarée nulle.

Devant la CEDH, se posait la question de savoir si l'article 11 de la Convention accordait aux fonctionnaires le droit de former un syndicat et de mener des négociations collectives.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Voir, par exemple, EWING, K.D., et HENDY, J., «The dramatic implications of *Demir* and *Baykara*», *Industrial Law Journal*, 2010, Vol. 39, pp. 2-51; BARNARD, C., «A proportionate response to proportionality in the field of collective action», *European Law Review*, 2012, Vol. 37, pp. 117-135, et VELDMAN, A., «The Protection of the Fundamental Right to Strike within the Context of the European Internal Market: Implications of the Forthcoming Accession of the EU to the ECHR», *Utrecht Law Review*, 2013, Vol. 9, disponible sur : <http://www.utrechtlawreview.org/>

<sup>25</sup> Arrêts de la CEDH du 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], no 34503/97, CEDH 2008, et du 21 avril 2009, *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*, no 68959/01 (Sect. 3) (fr).

<sup>26</sup> L'article 11 de la Convention, intitulé «Liberté de réunion et d'association», dispose que :  
«1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.  
2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État.»

S'agissant du droit pour les fonctionnaires de fonder un syndicat, la CEDH a, tout d'abord, examiné le droit international, notamment la Convention n° 98 de l'OIT, et le droit européen, notamment l'article 5 de la Charte sociale européenne et l'article 12, paragraphe 1, de la Charte. S'agissant du droit à la négociation collective, elle a également examiné l'article 6 de la Charte sociale européenne et l'article 28 de la Charte.

La Turquie faisait valoir que, dans la mesure où elle n'a pas ratifié la Charte sociale européenne, on ne saurait lui opposer celle-ci. La CEDH a toutefois rejeté cette objection, en jugeant que

« quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, [la CEDH] peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergeant des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la [CEDH] interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques.

Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la [CEDH] que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes ».<sup>27</sup>

La CEDH a, par la suite, examiné si les fonctionnaires municipaux avaient droit de fonder un syndicat. En faisant référence aux instruments internationaux mentionnés ci-dessus, la CEDH a répondu par l'affirmative.

S'agissant du contenu du droit syndical, la CEDH a, premièrement, rappelé sa jurisprudence antérieure, selon laquelle « l'article 11 n'assurait pas un traitement spécifique aux syndicats et, en particulier, ne leur garantissait pas le droit de conclure des conventions collectives ».<sup>28</sup> Toutefois, la CEDH a souligné que « la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, auxquelles il y a lieu d'intégrer l'évolution du droit international, de façon à refléter le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits

---

<sup>27</sup> *Demir et Baykara c. Turquie*, supra n° 25, §§ 85-86.

<sup>28</sup> Arrêt de la CEDH du 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, § 37, série A no 20, § 39.

de l'homme, lequel implique une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques».<sup>29</sup>

Elle a ainsi constaté que

«la Charte sociale européenne, en son article 6 § 2 (que la Turquie n'a pas ratifié), reconnaît à tout travailleur comme à tout syndicat le droit de mener des négociations collectives, faisant ainsi peser sur les pouvoirs publics l'obligation correspondante de promouvoir activement une culture du dialogue et de la négociation dans l'économie, afin d'aboutir à une large couverture conventionnelle. [Cependant] cette obligation n'emporte pas celle de conclure une convention collective. Selon le sens donné par le CEDS à l'article 6 § 2 de cette charte, qui s'applique en fait pleinement aux agents de la fonction publique, les États qui limitent le rôle des négociations collectives dans le secteur public doivent, afin de se conformer à cette disposition, garantir aux représentants du personnel un certain rôle dans le processus d'élaboration des conditions d'emploi.»<sup>30</sup>

La CEDH a également cité la Charte. Elle a ainsi souligné que

«la Charte [...], qui est l'un des textes européens les plus récents, prévoit, en son article 28, que les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés».<sup>31</sup>

La CEDH a, par la suite, constaté que dans la plupart des États européens, le droit pour les fonctionnaires de mener des négociations collectives avec les administrations a été reconnu.

«À la lumière de ces développements», a-t-elle estimé, «[la] jurisprudence selon laquelle le droit de négocier et de conclure des conventions collectives ne constitue pas un élément inhérent à l'article 11 de la Convention [...] doit être revue, de manière à tenir compte de l'évolution perceptible en la matière tant en droit international que dans les systèmes juridiques nationaux».<sup>32</sup>

Elle a ainsi dit pour droit que «eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des États contractants en la matière, [...] le droit de mener des négociations collectives avec

---

<sup>29</sup> *Demir et Baykara c. Turquie*, supra n° 25, § 146.

<sup>30</sup> *Ibid.*, § 149.

<sup>31</sup> *Ibid.*, § 150.

<sup>32</sup> *Ibid.*, § 153.

l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du 'droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts' énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les États demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs».<sup>33</sup>

En l'espèce, elle a jugé que la Turquie avait violé l'article 11 de la Convention.

### B. *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*

Dans cette affaire, la question était de savoir si le contenu de l'article 11 de la Convention comprend le droit à l'action collective comme un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective. En l'espèce, la direction générale du personnel près du Premier Ministre turc avait publié une circulaire qui interdisait aux fonctionnaires de participer à une journée nationale de grève organisée dans le cadre des actions programmées par la Fédération des syndicats du secteur public pour la reconnaissance du droit à une convention collective des fonctionnaires. Les personnes ayant participé à cette journée se sont vues infliger des sanctions disciplinaires.

La CEDH a ainsi jugé que

«[I]a grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts. La [CEDH] note également que le droit de grève est reconnu par les organes de contrôle de l'Organisation internationale du travail (OIT) comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la Convention C87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (pour la prise en compte par la [CEDH] des éléments de droit international autres que la Convention, voir *Demir et Baykara*, précité). Elle rappelle que la Charte sociale européenne reconnaît aussi le droit de grève comme un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective.»<sup>34</sup>

La CEDH a rejeté l'objection de la Turquie selon laquelle la circulaire n'a pas affecté les droits des personnes concernées.

### C. Comparaison avec *Laval* et *Viking*

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, § 154.

<sup>34</sup> *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, *supra* n° 25, § 24.

- Tout d'abord, certains auteurs font valoir que le point de départ du schéma analytique suivi par les deux Cours est très différent.
  - o Dans *Viking* et *Laval*, la Cour de justice a examiné les droits à la négociation collective et à l'action collective en tant que «dérogation à une liberté fondamentale».
  - o En revanche, dans *Demir* et *Enerji*, le gouvernement turque devait justifier que les restrictions auxdits droits sociaux satisfaisaient les conditions prévues à l'article 11, paragraphe 2, de la Convention, à savoir qu'elles étaient «prévues par la loi, [constituaient] des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».
  - o Selon ces auteurs, le schéma analytique de la Cour de justice porte préjudice aux syndicats dans la mesure où il leur incombe de prouver que leurs actions poursuivent un intérêt légitime et sont proportionnées.
  
- Par ailleurs, ils font valoir que la protection d'une activité économique, même de nature transfrontalière, ne saurait être considérée comme étant une «mesure nécessaire dans une société démocratique» au sens de l'article 11, paragraphe 2, de la Convention. Selon le CEDS, les répercussions négatives qu'une grève cause à l'employeur (qui exerce une liberté fondamentale) ne peuvent pas être prises en compte afin de limiter l'exercice d'un tel droit. Autrement dit, l'employeur n'est pas un tiers au conflit qui doit être protégé.
  
- S'agissant du principe de proportionnalité, ils applaudissent le fait que la Cour de justice ait voulu souligner que :

«[L'Union] ayant dès lors non seulement une finalité économique mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, ainsi qu'il ressort de l'article [151 TFUE], notamment, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social.»

Ils se montrent toutefois critiques du fait que la mise en balance réalisée par la Cour de justice dans ces deux affaires était «asymétrique», ainsi que du fait que le droit à l'action collective doit être exercé en tant qu'*ultimum remedium*.<sup>35</sup> Selon le CEDS, l'article 6, paragraphe 4, de la Charte sociale

---

<sup>35</sup> Voir, en ce sens, *Viking*, *supra* n° 2, point 84, où la Cour de justice a jugé que, «[s']agissant du point de savoir si l'action collective en cause au principal ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner notamment, d'une part, si, en application de la législation nationale et du droit conventionnel qui

européenne s'oppose à ce que les juges décident sur la nature prématurée d'une grève, dont la convocation devrait, sans préjudice des formalités prévues par la loi nationale, demeurer une prérogative exclusive des syndicats.

- Ils critiquent également le fait que, à la lumière de *Laval*, l'employeur, qui exerce une liberté fondamentale et qui remplit les conditions prévues par la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (telle que mise en œuvre par l'État membre en question),<sup>36</sup> ne peut pas être obligé à s'adhérer à une convention collective (qui n'est pas d'application générale). Autrement dit, dans cette hypothèse, le droit à l'action collective ne peut pas être exercé en tant que moyen qui assure l'exercice effectif du droit à la négociation collective. Or, selon ces auteurs, cette dissociation est contraire à l'arrêt de la CEDH dans l'affaire *Enerji*.

#### D. Divergence?

Premièrement, il convient de noter que les arrêts *Demir* et *Enerji* ont été rendus après les arrêts de la Cour de justice dans les affaires *Viking* et *Laval*.

Deuxièmement, dans les affaires *Viking* et *Laval*, l'exercice des droits sociaux par les syndicats suivait une logique «protectionniste» qui aurait eu pour effet de priver les travailleurs des autres États membres de la possibilité de travailler dans l'État membre d'accueil. En l'absence d'un tel élément, on ne saurait pas exclure que la Cour de justice aurait appliqué une version moins stricte du principe de proportionnalité, selon laquelle il incombe à chaque État membre de fixer le niveau de protection sociale désiré.

Troisièmement, le conflit dans les affaires *Viking* et *Laval* peut être réinterprété comme étant un conflit des droits entre travailleurs des différents États membres. On pourrait ainsi dire que l'action collective est également une ingérence aux droits d'autrui, à savoir le droit des travailleurs estoniens et lettons à exercer une activité professionnelle, droit qui est d'ailleurs protégé par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la Charte sociale européenne. Ainsi, si la CEDH devait examiner une affaire similaire à *Viking* et *Laval*, elle devrait adopter une «optique transfrontalière» qui mettrait en balance les droits sociaux des différents travailleurs concernés.

En dernier lieu, s'agissant de la directive 96/71, c'était le législateur suédois qui avait décidé de ne pas prévoir un salaire minimum, soit par loi, soit par une convention collective d'application générale. Ainsi, on pourrait dire que, dans *Laval*, le type de négociation collective prévue par le modèle suédois était difficile

---

est applicable à cette action, FSU ne disposait pas d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement, pour faire aboutir la négociation collective engagée avec Viking et, d'autre part, si ce syndicat avait épuisé ces moyens avant d'engager une telle action».

<sup>36</sup> Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, (JO L 18, p. 1).



à concilier avec le marché intérieur, notamment du fait que les employeurs exerçant une activité transfrontalière ne pouvaient pas prévoir à l'avance les exigences imposées par le droit social dudit État membre.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Laval, *supra* n° 2, point 110, où la Cour de justice a jugé que «des actions collectives telles que celles en cause au principal ne sauraient être justifiées au regard de l'objectif d'intérêt général [...], lorsque la négociation salariale qu'elles visent à imposer à une entreprise établie dans un autre État membre s'inscrit dans un contexte national marqué par l'absence de dispositions, de quelque nature que ce soit, qui soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par une telle entreprise, des obligations qu'elle devrait respecter en termes de salaire minimal».