

Travail et protection sociale

Labour and social security

Doyen Jean-François Akandji-Kombé

Résumé

La présente chronique propose une lecture intégrée des décisions des instances internationales et européennes en matière de droit du travail et de la protection sociale. Elle s'attache tout particulièrement à y repérer les liens entre les droits fondamentaux et les règles relevant de ces champs du droit. Y seront privilégiées, au gré de l'actualité, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, du Comité européen des droits sociaux, de la Cour de justice de l'Union européenne, des organes des traités de protection des droits de l'homme du système des Nations Unies, et des instances de contrôle de l'Organisation internationale du travail¹. Ces décisions, et les observations qu'elles appellent, seront regroupées, après une introduction (I), sous trois rubriques: questions transversales (II), travail (III) et protection sociale (IV).

Abstract

The column offers an integrated discussion of the recent international and European case-law concerning labour and social security law, analyzed in its links to human rights. It will examine in particular the contributions of the European Court of Human Rights, the European Committee of Social Rights, the Court of Justice of the European Union, the UN human rights treaty bodies, and the supervisory mechanisms of the International Labour Organization (ILO).² Following the introduction (I), this case-law will be analysed in three parts, concerning respectively: transversal issues (II), labour law (III) and social security law (IV).

I. Introduction

Parmi les dynamiques profondes qui traversent le droit du travail et le droit de la protection sociale contemporains, il y a assurément celle de la «fondamentalisation» de ces ramifications du droit. Il faut entendre par là qu'à une problématique traditionnelle de protection du salariés par le moyen de sources de droit aisément révocables – lois et règlements³, conventions collectives, contrats

¹ Les décisions des organes de contrôle de la Convention américaine des droits de l'homme et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples n'ayant pas joué un rôle significatif au cours de la période sous examen dans les matières considérées, la présente chronique n'y fera pas référence.

² Since the decisions of the monitoring bodies of the American Convention on Human Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights have not played a significant role during the period under study in the areas considered, they shall not be referred to in this column.

³ Il n'est qu'à voir que dans la plupart des ordres juridiques, et dans tous les ordres juridiques européens, ces sources de droit n'ont pas vocation à créer de droits acquis.

de travail, décisions unilatérales de l'employeur – tend à se substituer une autre fondée sur l'idée que le travailleur jouit de droits attachés à sa personne, mieux, à sa condition humaine et qui procèdent de normes parmi les plus élevées des systèmes juridiques.

Au plan substantiel, d'abord, ce mouvement induit une double évolution du droit. La première consiste dans l'abstraction – pour ne pas dire l'extraction – de certains éléments de protection du droit social national⁴ légiféré ou négocié par les organisations professionnelles pour les projeter, en tant que droits fondamentaux, dans des outils juridiques supérieurs dominant le droit du travail et de la sécurité sociale interne. Tel paraît être le sens profond des droits sociaux dits fondamentaux qui partagent avec le droit social plus qu'un vocabulaire. La seconde évolution consiste dans l'irruption des prérogatives *générales* de la personne dans le cadre et les rapports professionnels. À tel point qu'on considère désormais, sinon de manière générale en tout cas dans une large mesure, les exigences de respect de la liberté d'expression, de la liberté de conviction et de religion, du droit à la vie privée et familiale, de la dignité humaine ou encore du principe d'égalité – droit à l'égalité – comme des composantes du droit du travail et de protection sociale⁵.

Mais ce mouvement de «fondamentalisation» n'affecte pas que le fond du droit. Il induit aussi une articulation nouvelle des sources de droit, spécialement des sources internationales et européennes, les inscrivant dans un rapport d'imbrication forte qui provoque un dépassement des distinctions traditionnelles.

Ainsi n'est-il plus possible de séparer radicalement les instruments de pure législation sociale des textes protecteurs des droits fondamentaux. Les premiers ont fini par intégrer les exigences des secondes. On en a un exemple frappant avec le droit de l'Organisation internationale du travail (ci-après OIT)⁶, surtout depuis la Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail qui représente le point culminant, à ce jour, de cette évolution. De fait, des conventions dans lesquelles on avait vu jusqu'à une période récente des outils de réglementation des rapports de travail dans une perspective de concurrence internationale loyale se voient désormais affecter une fonction protectrice d'un autre ordre. Mais on trouve aussi illustration de pareille transformation dans le droit de l'Union européenne. On songe ici aux directives sociales de l'Union, instruments privilégiés de législation du travail, dans lesquelles la Cour de justice de l'Union

⁴ V. A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, pp. 67 et s.

⁵ J.-P. MARGUÉNAUD : « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *Revue de droit du travail*, 2008-1/16 ; Du même auteur : « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de Cour eur. D.H., 12 novembre 2008, « *Demir et Baykara contre Turquie* ») », *Recueil Dalloz*, 2010/675. Et, concernant la France, du même auteur : « La chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France », *Juriste* périodique (JCP) Social, 2009.

⁶ Sur ce mouvement, v. A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Éd. du Seuil, 2010. V. aussi : Bureau international du travail (BIT), *Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail*, Publications du BIT, 2004.

européenne (ci-après CJUE) identifie des droits fondamentaux ou voit la concrétisation de principes et droits consacrés ailleurs dans le droit de l'Union⁷.

De même que la ligne de partage s'est ainsi largement estompée entre ce qui est censé relever de la réglementation, *lato sensu*, et ce qui serait de l'ordre de la «fondamentalité», il n'est pas davantage possible aujourd'hui de tracer une frontière hermétique, au sein du droit international et européen des droits de l'homme, entre les textes relatifs aux droits civils et politiques et ceux dédiés aux droits économiques, sociaux et culturels. Suivant le postulat selon lequel «nulle cloison étanche ne sépare [la sphère des droits économiques et sociaux] du domaine de la Convention»⁸, la jurisprudence de la CEDH opère des incursions toujours plus profondes dans les domaines ici considérés⁹, tandis que, réciproquement, le Comité européen des droits sociaux n'hésite plus à inscrire des droits civils dans les problématiques de la Charte sociale européenne, en tant que prolongements des droits sociaux¹⁰. Reflétant ce syncrétisme dans ses dispositions mêmes, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ouvre des perspectives pratiques et contentieuses des plus intéressantes de ce point de vue.

Les éléments nourrissant la présente chronique, limitée à l'année 2012, sauf exceptions qui seront signalées, sont à considérer à la lumière de ces lames de fond de l'évolution du droit social dans ses rapports avec les droits fondamentaux. Cette chronique devrait permettre par ailleurs de donner de cette évolution des illustrations topiques, en même temps qu'elle en pointerait probablement les limites.

Le propos sera organisé en trois dimensions: certaines questions transversales seront examinées d'abord (II), avant que l'on aborde les questions de droit du travail (III) et celles, enfin, de droit de la protection sociale (IV). En rapport avec la densité des normes internationales et européennes dans les domaines considérés, les éléments de droit du travail domineront.

II. Questions transversales

Les questions transversales ne manquent pas mais ne seront pas nécessairement abordées comme telles. Il en ira ainsi, par exemple, de celle des rapports entre sources, que l'on sait fort complexes et décisives pour la compréhension des problématiques de droit matériel. Le choix est fait de ne les évoquer qu'à l'occa-

⁷ V. par exemple, C.J. (GC), 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07.

⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n° 6289/73.

⁹ F. SUDRE, «La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l'Homme: Un exercice de 'jurisprudence fiction' ?», *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 755; v. aussi C. GREWE et F. BENOIT-ROHMER, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, PU Strasbourg, 2003.

¹⁰ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, «The material impact of the jurisprudence of the European Committee of Social Rights», in G. DE BURCA et B. DE WITTE, *Social rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, pp. 89 et s.

sion de l'examen des données substantielles de la jurisprudence. Il en ira pareillement des méthodes d'interprétation des différentes instances dont les décisions sont commentées. Quant aux applications des principes d'égalité et de non-discrimination, dont on sait l'importance en droit social, l'accent sera mis uniquement, dans la présente chronique, sur les domaines dans lesquels ces principes ont été invoqués – temps de travail, rémunération, prestations de sécurité sociale, etc. –, plutôt que sur le jeu de la norme même d'égalité et de non-discrimination, objet d'une autre chronique¹¹.

En définitive, les éléments qui seront retenus au titre de la présente chronique le seront au gré de l'actualité. Dans celle de 2012, l'incidence de la crise économique et financière sur le droit du travail et de la sécurité sociale, d'une part, les garanties procédurales dans ces mêmes domaines, d'autre part, retiendront seules l'attention.

A. CRISE, DROIT SOCIAL ET DROITS SOCIAUX

Il n'est probablement pas un seul aspect du droit du travail et de la protection sociale qui, en Europe tout du moins, ne se ressente des effets des politiques anti-crisis. Force est cependant d'observer que les débats qui entourent les mesures traduisant ces politiques portent rarement sur leur rapport avec l'impératif de protection des droits fondamentaux. C'est ce qui fait tout l'intérêt de deux décisions rendues le 23 mai 2012, à propos de la Grèce, par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) relativement aux mesures prises, dans le contexte que l'on connaît, par les autorités de ce pays¹².

Dans ces affaires, étaient en cause différentes lois de «flexibilisation du droit du travail» fixant de nouveaux régimes de contrats de travail et d'apprentissage, moins contraignants pour l'employeur, ainsi que de nouvelles modalités de rupture du contrat de travail à l'initiative de ce dernier, et définissant en même temps un nouveau type de rapport, plus souple, entre les accords collectifs de branche et d'entreprise. Les syndicats réclamants faisaient valoir que les dispositions législatives nouvelles violaient différentes dispositions de la Charte sociale européenne révisée. On reviendra plus loin sur l'appréciation du Comité sur la compatibilité de ce dispositif avec les droits sociaux précisément invoqués, à savoir le droit au travail, le droit à une rémunération équitable, et le droit à la sécurité sociale. Il importe surtout pour l'heure de noter que le Comité européen des droits sociaux a saisi cette occasion pour préciser, dans les termes suivants,

¹¹ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Chronique sur le droit de l'égalité et de la non-discrimination», *ce Journal*, 2013/2, pp. 125-157.

¹² Comité européen des droits sociaux, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*, Réclamations n^{os} 65/2011 et 66/2011 (2 espèces). Pour une analyse très éclairante du contexte de ces affaires, v. aussi, P. STANGOS : «Le Comité européen des droits sociaux et le droit de l'Union européenne», à paraître aux *Cah. dr. europ.* ; S. THEODOROPOULOU et A. WATT, *What did they expect? Lessons for Europe from a retrospective ex-ante evaluation of the first Greek bail-out programme*, ETUI, Brussels, 2012.

les limites qu'impose le respect des droits sociaux à la mise en cause des garanties sociales justifiée par des difficultés économiques, même les plus graves: « Le Comité considère qu'une plus grande flexibilité dans le travail pour lutter contre le chômage ne peut pas conduire à priver de larges catégories de salariés, singulièrement ceux qui ne sont pas depuis longtemps titulaires d'emplois stables, de leurs droits fondamentaux en matière de travail, contre l'arbitraire de l'employeur ou les aléas de la conjoncture. C'est à l'instauration et au maintien de tels droits, sur les deux terrains précités, que tendent justement les dispositions de la Charte. Renoncer à ces garanties aurait, au surplus, non seulement pour effet de faire porter aux salariés une part indûment excessive des conséquences de la crise, mais encore, d'accepter des effets procycliques de nature à aggraver la crise et alourdir la charge des régimes sociaux, en particulier de l'assistance, à moins que ceci ne compense pas les pertes des ressources liées au recul des activités, ce qui comporterait une atteinte aux obligations de la Charte en matière de protection sociale »¹³.

Cette prise de position mérite attention à deux égards au moins.

Le premier est celui du régime des droits sociaux. On sait que si la Charte sociale contient une clause de restriction¹⁴ ordinaire qui s'apparente aux paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'y figure en revanche pas une clause de dérogation à raison de circonstances exceptionnelles. Plus précisément, ne s'y trouve pas l'équivalent de l'article 15 dans la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit la possibilité de dérogation en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation, ou de l'article 4 dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Mais c'est aussi en vain qu'on y chercherait une disposition qui concrétiserait l'idée, souvent avancée, que les situations de crise de l'économie nationale devraient entraîner un régime de restriction spéciale des droits sociaux, voire la suppression de certains d'entre eux. C'est de cette prétention, portée en l'espèce par le gouvernement grec, que la Comité européen des droits sociaux devait dire si elle est compatible avec l'esprit, à défaut de la lettre, de la Charte sociale. On retiendra avant tout de sa réponse que la logique de protection des droits sociaux en temps de crise économique est étrangère à celle que mettent en œuvre la Convention européenne et le Pacte international, ce dont il peut être déduit qu'à ses yeux les difficultés économiques, même les plus sévères, n'ont pas le caractère d'un danger pour la vie de la nation. Pour le Comité, en effet, l'enjeu n'est pas d'identifier des droits qui seraient susceptibles d'être suspendus à raison des circonstances exceptionnelles, mais plutôt de s'assurer que tous les droits sociaux continuent d'être garantis à un certain niveau. Et c'est précisément à ce niveau, autrement dit au

¹³ § 18 des décisions citées.

¹⁴ Article E de la Charte sociale européenne révisée: « La jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation ».

point d'emplacement de la borne de protection des droits sociaux dans pareil contexte, qu'il conviendra d'être attentif à l'avenir.

Le second point d'intérêt est, au delà du rapport des droits sociaux au droit économique, celui de l'articulation entre les droits européens. En effet, même si la responsabilité de la Grèce était, selon les canons du droit international public, seule en cause, on ne peut manquer de rapporter la décision du Comité à l'Union européenne. C'est que les mesures critiquées, si elles avaient bien été prises par les autorités grecques, l'avaient été en application de décisions du Conseil de l'Union, contraignantes aussi bien juridiquement que politiquement pour cet État membre, en ce qu'elles subordonnaient l'aide financière de l'Union et de ses États membres en faveur du redressement de l'économie grecque à l'adoption de mesures précises selon un calendrier déterminé et contraint¹⁵. Eu égard à ce contexte, on serait fondé à considérer que les décisions du 23 mai 2012 mettent en lumière les limites des mécanismes actuels de la Charte et de l'interprétation du Comité, impropres, en l'absence d'adhésion de l'UE audit instrument, à saisir le pouvoir réel là où il se trouve, au sein de l'Union¹⁶. On préférera plutôt souligner que ces affaires montrent combien la Charte des droits fondamentaux, même dotée désormais d'une force normative incontestable, ne suffit pas à garantir la compatibilité du droit de l'UE avec les droits sociaux.

B. DROIT AU RECOURS (EN MATIÈRE DE TRAVAIL ET DE SÉCURITÉ SOCIALE)

S'il est acquis que le droit au juge s'applique en principe aux litiges du travail¹⁷, lesquels relèvent alors, en tant que « contestations sur des droits et obligations à caractère civil », du champ d'application de l'article 6 de la CEDH, il demeure néanmoins des poches résiduelles de résistance. L'une d'entre elles a pendant longtemps concerné, sous le couvert de l'immunité des États, les relations entre les représentations diplomatiques étrangères et leurs salariés sur le territoire des 47 États parties à la Convention.

Dans des arrêts de 2010 et 2011, la Cour européenne avait déjà entrepris de réduire cette poche en affirmant l'applicabilité de l'article 6 au contentieux du licenciement des personnels des ambassades¹⁸. Elle avait à cette occasion énoncé

¹⁵ V. P. STANGOS, *op. cit.*

¹⁶ V. sur ce point O. DE SCHUTTER, « Le statut de la Charte sociale européenne dans le droit de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 217-261 ; et, sur la perspective de l'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne, du même auteur, « Anchoring the European Union to the European Social Charter : The Case for Accession », in G. DE BÚRCA et B. DE WITTE (eds), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, 2005, pp. 111-152.

¹⁷ Ce droit fait d'ailleurs figure de droit d'application générale, s'imposant quel que soit le cadre juridique considéré, et touchant à toute mesure susceptible d'affecter le travailleur, qu'elle s'inscrive ou non dans les relations professionnelles. Pour des rappels récents de l'importance du droit au recours dans le cadre de l'adoption de mesures d'expulsion du territoire, sur la base de l'article 19, § 8, de la Charte sociale européenne protégeant les travailleurs migrants et leurs familles, v. C.E.D.S., *Forum européen des Roms et des Gens de voyage c. France*, 24 janvier 2012, R.C. n° 64/2011 ; *Médecins du Monde international c. France*, 11 septembre 2012, R.C. n° 67/2011.

¹⁸ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, req. n° 15869/02, et Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Sabeh El Leil c. France*, 29 juin 2011, req. n° 34869/05.

les conditions de cette applicabilité. *Primo*, le droit interne de l'État concerné ne doit pas avoir expressément exclu l'accès à un tribunal pour l'emploi ou la catégorie de salariés en question. *Secundo*, l'exclusion, par l'État qui se prévaut de l'immunité, de toute possibilité de recours doit reposer sur des motifs objectifs liés à des intérêts fondamentaux. On ajoutera qu'en vertu de cette jurisprudence, constitue pareil motif légitime la circonstance que l'emploi occupé par le salarié participe de l'exercice de la puissance publique de l'État employeur, et que tel n'est pas le cas pour les emplois de secrétaire-standardiste¹⁹, de comptable ou de chef comptable²⁰ ou encore de photographe²¹. Il est acquis aussi que ces deux critères sont applicables aux employés d'ambassade quelle que soit leur nationalité : il est indifférent qu'ils soient ressortissants de l'État de représentation, de celle de l'État de siège ou d'un pays tiers. C'est précisément ce dernier cas de figure qu'illustre le récent arrêt *Wallishauser*²² relatif à un litige opposant, sur territoire autrichien, un ressortissant australien à l'ambassade des États-Unis d'Amérique.

Dans toutes les espèces précitées, la Cour a conclu à la violation de la Convention, sur base d'un raisonnement qui, tout en considérant que le droit au juge peut faire l'objet de limitations, soumet ces dernières à un contrôle d'autant plus strict de leur compatibilité avec l'article 6 de la CEDH que celui-ci ne comporte pas de clause de limitation. S'agissant des litiges de travail entre les ambassades et leurs employés, la Cour a ainsi jugé, à la lumière des évolutions du droit et de la pratique internationaux, que l'invocation du principe de l'immunité juridictionnelle des États ne saurait faire obstacle ni à ce que des recours soient ouverts, ni à ce que les juges saisis remplissent pleinement leur office. Doivent ainsi être regardées comme contraires à l'article 6 de la Convention les décisions de juridictions internes déclarant irrecevables, motif pris de l'immunité des États, les recours formés contre des mesures de licenciement²³.

Il est à souligner que cette position prend appui sur l'évolution même du droit et de la pratique internationaux en matière d'immunité. La plus décisive, aux yeux de la Cour, est représentée par la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, pris spécialement en son article 11. Il n'est pas inutile d'en rapporter les termes :

■ « Contrats de travail

1. À moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'État et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État.

¹⁹ Arrêt *Cudak*.

²⁰ Arrêt *Sabeh El Leil*.

²¹ Cour eur. D.H., arrêt *Wallishauser c. Autriche*, 17 juillet 2012, req. n° 156/04.

²² *Ibid.*

²³ Arrêts *Cudak* et *Sabeh El Leil*.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

- a) si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique ;
- b) si l'employé est :
 - i. agent diplomatique, tel que défini dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 ;
 - ii. fonctionnaire consulaire, tel que défini dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 ;
 - iii. membre du personnel diplomatique d'une mission permanente auprès d'une organisation internationale, ou d'une mission spéciale, ou s'il est engagé pour représenter un État lors d'une conférence internationale ; ou
 - iv. s'il s'agit de toute autre personne jouissant de l'immunité diplomatique ;
- c) si l'action a pour objet l'engagement, le renouvellement de l'engagement ou la réintégration d'un candidat ;
- d) si l'action a pour objet le licenciement ou la résiliation du contrat d'un employé et si, de l'avis du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des Affaires étrangères de l'État employeur, cette action risque d'interférer avec les intérêts de l'État en matière de sécurité ;
- e) si l'employé est ressortissant de l'État employeur au moment où l'action est engagée, à moins qu'il n'ait sa résidence permanente dans l'État du for ; ou
- f) si l'employé et l'État employeur en sont convenus autrement par écrit, sous réserve de considérations d'ordre public conférant aux tribunaux de l'État du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action ».

L'arrêt *Wallishauser* s'inscrit précisément dans cette perspective. Mais il ajoute aussi à la jurisprudence, en ce que l'illicéité de la restriction apportée par les juges autrichiens au droit au recours tient à ce qu'elle violerait une coutume internationale que la Cour « découvre » elle-même : celle selon laquelle la notification d'un acte introductif d'instance contre un État est réputée avoir été effectuée lors de sa réception par le ministère des Affaires étrangères de l'État concerné. Les faits de l'espèce expliquent ce détour. Dans cette affaire relative, rappelons-le, à des litiges de travail nés entre l'ambassade des États-Unis à Vienne et une salariée, celle-là avait renoncé à invoquer l'immunité juridictionnelle à l'égard d'une première action en contestation de licenciement qui avait abouti devant les juridictions autrichiennes à un jugement de nullité dudit licenciement. Le contrat de travail était dès lors réputé se poursuivre entre les parties. Cependant, l'ambassade américaine ayant refusé de réintégrer la salariée, celle-ci avait introduit un autre recours, cette fois en paiement d'arriérés de salaires. C'est alors que surgit la difficulté. De l'opinion des juges autrichiens, la notification avait échoué dès lors que, transmise par la voie diplomatique, elle n'avait pas été dûment reçue par les autorités américaines, lesquelles s'étaient empressées de la retourner à l'envoyeur accompagnée d'une lettre précisant que cet État entendait invoquer l'immunité dans toute action intentée par M^{me} Wallishauser. Or, tirant les conséquences

de ce qui était pour eux un défaut de notification, ils avaient décidé d'écarter la demande de jugement par défaut introduite par la salariée et, se fondant sur l'immunité des États, avaient aussi jugé irrecevable une autre demande tendant à ce qu'il soit procédé à la notification selon les règles du droit civil. Pour la Cour européenne, ces décisions sont contraires au droit au juge tel que garanti par l'article 6 de la Convention.

III. Travail

Les décisions rendues en 2012 touchent un pan important du droit du travail. Seront ainsi évoqués successivement le travail forcé, l'accès au travail, la cessation de la relation de travail, les conditions de travail et les droits collectifs de travail.

A. TRAVAIL FORCÉ

L'interdiction du travail forcé, mais aussi de la servitude et de l'esclavage est, on le sait, posée par de nombreux textes de droit international et de droit européen. Parmi ceux-ci figure l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme qui énonce que « nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude », et que « nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire ».

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, cet article « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »²⁴. Cependant, la rareté des affaires aidant, des notions décisives pour la mise en œuvre de ces prohibitions demeurent indéterminées dans une mesure importante. Aussi, ne peuvent qu'être bienvenues les décisions qui, à l'instar des récents arrêts *C.N. et V. c. France*²⁵ et *C.N. c. Royaume-Uni*²⁶, viennent préciser les concepts de travail forcé et de servitude.

1. Notion de travail forcé

Le parti a été pris de définir la notion de travail forcé dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme par référence aux conventions pertinentes de l'OIT²⁷. La juridiction européenne va même jusqu'à reprendre intégralement à son compte la formulation qu'en donne l'article 2 du texte de 1930, selon laquelle « le terme travail forcé ou obligatoire [désigne] tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré ». Aux yeux de la Cour, deux critères sont à prendre en compte pour établir l'existence ou non de travail forcé. Doivent, en premier

²⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Siliadin c. France*, 26 juin 2005, req. n° 73316/01, § 112.

²⁵ Arrêt du 11 octobre 2012, req. n° 67724/09.

²⁶ Arrêt du 13 novembre 2012, req. n° 4239/08.

²⁷ Conventions n° 29 de 1930 et n° 105 de 1957.

lieu, être considérés la nature et le volume de l'activité en cause. Ainsi, s'agissant de travaux domestiques, si ce volume est tel qu'en l'absence de la personne y « aidant » les responsables du foyer auraient été contraints d'avoir recours à une aide ménagère professionnelle rémunérée, il y aura travail forcé. Dans le cas contraire, le travail accompli sera réputé relever de l'entraide familiale ou de la cohabitation²⁸. Doivent, en second lieu, être regardées les conditions d'exercice de l'activité. À cet égard et d'une manière générale, relèvera de la qualification de travail « forcé » ou « obligatoire » celui accompli sous la menace d'une « peine ». Là encore, c'est sous l'influence des normes de l'OIT que la Cour opte finalement pour une acception large de cette notion, laquelle recouvre ainsi désormais non seulement la violence ou la contrainte physique, mais aussi « une forme plus subtile [de violence], d'ordre psychologique, telle que la dénonciation de travailleurs en situation illégale à la police ou aux services d'immigration »²⁹. On observera que, tout en étant large, cette définition conduit néanmoins à exclure certaines contraintes, notamment en raison de leur ressort. Ainsi, la violence commise par un « tuteur » ou une « tutrice » à l'égard d'un parent ou d'une parente qu'il ou elle soumet à un travail forcé ne sera à prendre en compte que s'il est avéré qu'elle entretient un lien avec le travail, et qu'elle n'a pas seulement à voir avec des rapports familiaux dégradés³⁰.

2. Notion de servitude

La notion de servitude reçoit quant à elle, pour la première fois dans ces arrêts, une définition à la fois claire et quasi-exhaustive, qui est la suivante: « la servitude constitue une qualification spéciale du travail forcé ou obligatoire ou, en d'autres termes, un travail forcé ou obligatoire « aggravé ». En l'occurrence, l'élément fondamental qui distingue la servitude du travail forcé ou obligatoire, au sens de l'article 4 de la Convention, consiste dans le sentiment des victimes que leur condition est immuable et que la situation n'est pas susceptible d'évoluer. À cet égard, il suffit que ce sentiment repose sur des éléments objectifs suscités ou entretenus par les auteurs des agissements »³¹. Ainsi « alignée » sur le travail forcé, la servitude paraît devoir être distinguée de la « traite des êtres humains » dont elle s'autonomise. C'est en tout cas ce que donne à penser le choix du juge européen³² d'inscrire la présente décision dans le sillage de l'arrêt *Siliadin* qui portait sur des faits d'esclavage domestique, plutôt que, comme elle y était invitée, dans celui de l'arrêt *Rantsev*³³. On rappellera que dans cette dernière affaire la Cour avait estimé que, compte tenu des réalités actuelles, la traite des êtres humains devait être considérée comme contraire à l'esprit de l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme, à défaut de l'être à sa lettre, cet article ne prohibant que l'esclavage, la servitude et le travail forcé. Surtout, elle avait donné de cette pratique

²⁸ Arrêt C.N. et V. c. France, précité.

²⁹ *Ibid.*, § 77.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, § 91.

³² Dans le même sens, v. l'arrêt C.N. c. Royaume-Uni, précité.

³³ Cour eur. D.H., arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janvier 2010, req. n° 25965/04.

une définition qui pouvait amener à considérer que la nouvelle notion avait vocation à absorber celle de « travail forcé ». Selon l'arrêt *Rantsev*, en effet, la traite des êtres humains est un système dans lequel « des êtres humains sont traités comme des biens que l'on peut vendre et acheter et ils sont soumis à un travail forcé, qu'ils exercent souvent pour peu ou pas d'argent, généralement dans l'industrie du sexe mais aussi ailleurs. Cela implique une surveillance étroite des activités des victimes, et bien souvent, celles-ci voient leur liberté de circulation restreinte, subissent des actes de violence ». En décidant, dans les arrêts commentés de ne pas suivre la piste de la jurisprudence *Rantsev*, la Cour semble donc soucieuse de ne pas fondre tous les traitements visés à l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme dans une problématique unique. Cela devrait conduire à la construction de régimes différenciés à l'instar de celui édifié en matière de protection contre les mauvais traitements en vertu de l'article 3 de la Convention. On observera qu'une telle différenciation, qui n'était guère possible tant que la Cour s'attachait à ne déduire de l'article 4 de la Convention que des obligations positives procédurales d'enquête et de sanction juridictionnelle, peu susceptibles de variation d'une prohibition à l'autre, est dorénavant pleinement envisageable.

3. Obligations positives

La découverte d'obligations positives à caractère procédural tirées de l'article 4 CEDH est un des acquis premiers de la jurisprudence de la Cour européenne. L'innovation a pu paraître suspecte tant que les condamnations pour violation de cette disposition étaient prononcées sur ce seul terrain. On pouvait en effet craindre un effet d'impasse sur l'essentiel de la vocation protectrice de la Convention à cet égard, qui ne peut résider que dans les exigences substantielles, et déplorer un registre de condamnation par trop commode pour les États, parce que non infamante. Ces suspicions ne sont plus de mise à l'égard d'une jurisprudence qui, désormais, avance sur ses deux pieds, en veillant au respect des obligations substantielles autant qu'à celui des obligations procédurales. La première des obligations du second type consiste dans le devoir, que doit assumer l'État, de criminaliser et de réprimer effectivement tout acte contraire à l'article 4. Cela implique, ainsi que le souligne la Cour européenne des droits de l'homme, de « mettre en place un cadre législatif et administratif interdisant et réprimant le travail forcé ou obligatoire, la servitude et l'esclavage »³⁴. Il semble même que, considérant le caractère distinct des comportements prohibés par cet article, le juge européen exige des États de mettre en place un dispositif répressif spécifique pour chacun d'entre eux. C'est ainsi qu'il a jugé que l'existence de dispositions pénales sanctionnant la traite des êtres humains était insuffisante au regard de l'interdiction de l'esclavage, et qu'il va jusqu'à exiger du Royaume-Uni l'adoption d'une loi spécifique érigeant l'esclavage domestique en infraction³⁵. Outre ce devoir de législation, les États sont tenus aussi par une obligation d'enquêter

³⁴ Arrêt *C.N. et V. c. France*, § 105.

³⁵ Arrêt *C.N. c. Royaume-Uni*.

de manière effective sur les allégations plausibles d'esclavage, de servitude et/ou de travail forcé. Une telle enquête doit présenter les qualités que la jurisprudence européenne requiert habituellement dans les cas d'atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne³⁶, à savoir indépendance, efficacité, célérité et diligence raisonnable dans sa conduite.

B. ACCÈS AU TRAVAIL

Les questions d'accès au travail sont abordées, dans les textes internationaux et européens, principalement sous l'angle du droit au travail. Le passage par un droit ainsi formulé ne produit pas que des conséquences heureuses pour la protection de cet accès, le droit au travail faisant l'objet, encore aujourd'hui, des plus vives réserves quant à son effet immédiat, c'est-à-dire quant à son aptitude à être immédiatement exercé par les intéressés et protégé par le juge. Mais ces réserves ne valent, à vrai dire, que pour autant qu'il est fait abstraction des développements de la jurisprudence internationale en la matière, aussi précise qu'innovante. Celle de la période couverte par la présente chronique permet de lever le voile sur la portée effective de ce droit sur différents points.

1. *Accès au travail et sécurisation par le contrat de travail*

a. Charte sociale européenne

L'article 1^{er} de la Charte sociale européenne, tant dans sa version initiale de 1961 que dans sa version révisée de 1996, énonce au titre du droit au travail que «les Parties s'engagent à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi» (§ 1), ainsi qu'à «protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris» (§ 2). Dans l'une des affaires grecques déjà mentionnées³⁷, il s'agissait de savoir si ces dispositions imposent à l'État de prévoir un régime du travail qui garantisse une certaine sécurité. Les syndicats requérants appelaient plus précisément le CEDS à dire que le contrat d'apprentissage créé nouvellement par la loi était contraire à l'article 1^{er} de la Charte en ce qu'il est un contrat précaire, excluant la plupart des jeunes qui y souscrivent du dispositif protecteur du droit du travail et restreignant de manière caractérisée leurs droits en matière de sécurité sociale. Le Comité ne les a pas suivis dans cette voie. Pour lui, outre que «les États disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques nationales de l'emploi», ces critiques «ne relèvent pas de la question de savoir si la situation en Grèce est

³⁶ V. J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis des droits de l'homme n° 7, Ed. du Conseil de l'Europe, 2006, pp. 34 et s.

³⁷ C.E.D.S., *Genop-Dei Et Adedy c. Grèce*, 23 mai 2012, R.C. n° 66/2011.

en conformité avec l'article 1, § 1, de la Charte de 1961». Le droit au travail tel qu'il est consacré par cet article n'empporte donc pas le droit à un certain type de contrat et, partant, à un emploi bénéficiant d'un certain degré de protection³⁸.

b. Droit de l'Union européenne³⁹

Seul le droit de l'Union permet, dans une certaine mesure, de garantir qu'un contrat sécurisé dans le temps régit la relation de travail. Le cadre juridique est tout à fait spécifique. Il est celui de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée⁴⁰. Et la problématique est celle de l'amélioration des conditions du travail à durée déterminée, d'une part, et de la lutte contre les recours abusifs au contrat régissant ce type de relation de travail, d'autre part. Le premier objectif est poursuivi, principalement, à travers la règle inscrite à la clause 4 de l'accord-cadre, qui interdit, sauf raisons objectives, toute discrimination en matière de conditions d'emploi entre travailleurs à durée déterminée et travailleurs à durée indéterminée fondée sur la durée du contrat de travail. Le second objectif est, quant à lui, servi à titre principal par la clause 5 du même accord cadre. Celui-ci impose aux États de prévoir dans leur droit interne, au choix ou en totalité, l'obligation pour l'employeur de justifier le recours successif à des contrats de travail à durée déterminée par des raisons objectives, une durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs, et/ou le nombre de renouvellements possibles de tels contrats ou relations de travail ; étant entendu que le non respect de ces règles doit entraîner une requalification du contrat en contrat à durée indéterminée. Par ces règles, cela doit être souligné, le droit de l'Union n'entend nullement ériger le contrat à durée indéterminée, dont elle reconnaît pourtant qu'il constitue « un élément majeur de la protection des travailleurs »⁴¹ en raison de la garantie de stabilité d'emploi qu'elle apporte, en contrat de principe. C'est ainsi à juste titre qu'on a pu conclure à « la préférence relative du droit de l'Union pour l'accès à l'emploi sur la protection dans l'emploi »⁴². Cela étant dit, la directive 1999/70/CE et l'accord-cadre qui lui est annexé n'en sont pas moins des instruments de

³⁸ Cela ne signifie pas pour autant que les parties à la Charte soient soustraits à tout contrôle européen quant au respect dudit article. Ce contrôle est bel et bien mené par le CEDS, mais en considérant que l'exigence de mener une politique tendue vers le plein emploi, ainsi que celle de prendre des mesures actives de lutte contre le chômage et d'accompagnement vers l'emploi, lesquelles sont seules à pouvoir être déduites de l'article 1, § 1, constituent des obligations de moyen et non de résultat. Pour un état exhaustif de la « jurisprudence » du CEDS en la matière, v. Conseil de l'Europe, *Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*, 2008. Disponible à l'adresse suivante : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/digestindex_FR.asp.

³⁹ Dans le droit de l'Union européenne, la source première du droit au travail est désormais la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Plusieurs de ces dispositions entrent en jeu à cet égard. On songe notamment à l'article 15 qui consacre la liberté professionnelle et le droit de travailler, à l'article 29 relatif au droit d'accès aux services de placement, ou encore à l'article 14, consacré au droit à l'éducation, en ce incluse la formation professionnelle. Le fait est cependant que ces dispositions n'ont pas encore trouvé à s'appliquer devant la Cour de justice de l'Union européenne.

⁴⁰ J.O. L 175, p. 43. Le texte de l'accord-cadre est annexé à la directive.

⁴¹ C.J., 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04 ; 23 avril 2009, *Angelidaki*, C-378/07, *RTD eur.*, 2010, p. 673, chron. S. ROBIN-OLIVIER.

⁴² V. P. RÉMY et S. ROBIN-OLIVIER, « La protection des travailleurs 'atypiques' est-elle en régression ? », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 645.

progrès social, qui visent, modestement mais effectivement, à assurer une protection minimale aux travailleurs précaires⁴³.

Dans les affaires *Valenza et autres*⁴⁴, c'est de protection *via* la clause de non discrimination (clause 4) qu'il est question. Il s'agissait de savoir si est compatible avec cette clause une réglementation nationale qui exclut de prendre en compte l'ancienneté acquise dans le cadre de contrats à durée déterminée successifs au service d'un employeur lors d'une embauche par celui-ci pour une durée indéterminée (en tant que fonctionnaire en l'espèce). La réponse à cette question supposait d'abord que soit admise l'applicabilité de la clause 4 à des travailleurs qui, au moment où s'élève la contestation, sont titulaires d'un emploi à durée indéterminée. Ce que fit précisément la Cour, privilégiant une interprétation fondée sur l'effet utile de l'accord-cadre⁴⁵. Il est vrai que la discrimination alléguée porte dans pareil cas sur un élément – l'ancienneté – qui se rattache à l'application des contrats antérieurs à durée déterminée. Au fond, l'intérêt de cet arrêt réside essentiellement dans le rappel de la démarche à suivre par les juridictions internes pour établir l'existence d'une discrimination prohibée⁴⁶. La première étape est, fort classiquement, celle de la comparabilité des situations. Les balises en la matière sont fournies par l'accord-cadre lui-même, spécialement par sa clause 3 qui définit le « travailleur à durée indéterminée comparable », comme « un travailleur ayant un contrat ou une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement, et ayant un travail/emploi identique ou similaire, en tenant compte des qualifications/compétences ». De cette clause, la Cour déduit que ne peuvent être retenus que des critères objectifs liés à la nature du travail, aux conditions de formation et aux conditions de travail. Une fois la comparabilité établie et la différence de traitement avérée, il importera alors de se demander si celle-ci est justifiée par des motifs légitimes. Sur ce point, la Cour s'est bornée à confirmer une jurisprudence fermement établie, dont il résulte que l'inégalité de traitement ne saurait être justifiée uniquement par le caractère temporaire de l'activité ; et que ne sont admissibles que les justifications reposant sur des éléments précis et concrets caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit. La différence de traitement doit en outre et enfin reposer sur un besoin réel, être adaptée à l'objectif poursuivi et être nécessaire pour atteindre celui-ci.

Le second aspect de la protection organisée par l'accord-cadre était au cœur des arrêts *Kucuk*⁴⁷ et *Huet*⁴⁸. Dans le premier, la Cour admet qu'un besoin permanent en personnel de remplacement prévu par une réglementation nationale puisse constituer une raison objective justifiant une dérogation à la limitation dans le temps du recours aux contrats à durée déterminée successifs. Tandis

⁴³ V. d'une manière générale S. ROBIN-OLIVIER, « Le droit social de l'Union est-il capable de réduire la fragmentation de la catégorie des travailleurs ? », *RTD eur.*, 2012, p. 480.

⁴⁴ C.J., 18 octobre 2012, aff. jointes C-302/11 à C-305/11, note L. DRIGUEZ, *Europe* n° 12, décembre 2012, comm. 505.

⁴⁵ Dans le même sens, v. C.J., 8 septembre 2011, *Rosado Santana*, C-177/10 et 8 mars 2012, *Huet*, C-251/11.

⁴⁶ V. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, chronique précitée.

⁴⁷ C.J., 26 janvier 2012, C-586/10.

⁴⁸ C.J., 8 mars 2012, C-251/11.

que dans le second, il est jugé que l'article 5 de l'accord ne prescrit pas aux autorités nationales d'imposer aux employeurs qu'ils reprennent intégralement, dans le contrat à durée indéterminée conclu au terme limite de la période où ils peuvent recourir à des contrats à durée déterminée, les clauses du dernier de ces contrats.

L'affaire qui a sans doute retenu le plus l'attention est l'affaire *Kucuk*. Il a pu être considéré que la solution retenue par la Cour s'analysait en une acceptation par celle-ci des impératifs de flexibilité du travail revendiquée par les États membres par ces temps de crise⁴⁹. De fait, juger comme la Cour de justice l'a fait, que « le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu de contrats de travail à durée indéterminée n'implique pas l'absence d'une raison objective au sens de la clause 5, point 1, sous a), dudit accord-cadre ni l'existence d'un abus au sens de cette clause » revient d'une certaine manière à neutraliser l'effet utile de la clause 5 et à souscrire sans contrôle aux raisons jugées objectives par l'État lui-même. À tout le moins, cet arrêt est ambigu. Et on peut être fondé à lui préférer la jurisprudence antérieure, illustrée notamment par l'arrêt *Angelidaki*⁵⁰, où la Cour estime contradictoire avec les objectifs de la directive des dispositions nationales autorisant une dérogation aux clauses de la clause 5 pour des besoins qui ont un caractère permanent et durable.

S'agissant de l'arrêt *Huet*⁵¹, il suffira d'observer que la position de principe prise par la Cour n'est pas des plus assurées. Comment en effet interpréter autrement le fait que, tout en concluant à titre principal dans le sens indiqué ci-dessus, la Cour de l'Union ait jugé nécessaire d'appeler les États à veiller « à ce que la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée ne s'accompagne pas de modifications substantielles des clauses du contrat précédent dans un sens globalement défavorable à la personne intéressée lorsque l'objet de la mission de celui-ci et la nature de ses fonctions demeurent les mêmes » ? N'eût-il pas mieux valu, pour la clarté de la jurisprudence, et pour satisfaire aux objectifs de la directive de 1999, que soit inversé l'ordre de priorité, et que cette dernière prescription constitue le principe plutôt qu'une manière de nuancer celui-ci ?

2. Accès au travail et vie privée

Abordée pour la première fois par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*⁵², l'idée que le droit d'accès au travail peut

⁴⁹ En ce sens, v. note L. DRIGUEZ, *Europe* n° 3, mars 2012, comm. 128. Pour une position plus nuancée, v. P. RÉMY et S. ROBIN-OLIVIER, précité.

⁵⁰ C.J., 23 avril 2009, C-378/07.

⁵¹ *Op. cit.*

⁵² 27 juillet 2004, req. n°s 55480/00 et 59330/00.let.

dans certaines circonstances découler des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme s'est progressivement imposée. L'évolution s'est faite à partir de l'article 8 de la CEDH, qu'on avait l'habitude de voir invoqué seulement à propos de la vie privée dans les relations de travail.

Les derniers développements de cette jurisprudence se rencontrent dans l'arrêt *D.M.T. et D.K.I. c. Bulgarie*⁵³. Dans cette affaire, l'un des requérants, fonctionnaire du ministère de l'intérieur accusé de corruption passive et d'abus d'autorité, avait fait l'objet de poursuites pénales qui débouchèrent, six ans plus tard, sur sa condamnation. Il se plaignait devant la Cour de ce que, au déclenchement de cette procédure et pendant toute sa durée, il avait été suspendu de ses fonctions, ne pouvant en conséquence ni percevoir son salaire, ni rechercher un autre emploi pour subvenir à ses besoins. Les juges européens ont conclu à une atteinte disproportionnée à sa vie privée et à celle de son épouse. Le raisonnement de la Cour mérite d'être brièvement retracé ici.

Tout en soulignant que «la Convention ou ses Protocoles ne garantissent pas en tant que tel le droit d'accès à la fonction publique, pas plus qu'elle ne garantit la liberté de profession»⁵⁴, la Cour estime néanmoins que la privation de la possibilité d'accéder à un emploi peut, dans certaines circonstances, poser problème au regard de l'article 8, pris sous l'angle de la vie privée. Signe que ce raisonnement est désormais bien ancrée en jurisprudence, la Cour n'a pas consacré de longs développements à justifier l'applicabilité de cette disposition conventionnelle, compte tenu de sa jurisprudence antérieure. De fait, avant la décision *D.M.T. et D.K.I.*, elle avait déjà conclu à l'applicabilité de l'article 8 dans trois espèces comparables. Dans l'affaire *Sidabras et Dziautas* tout d'abord⁵⁵, où d'anciens membres du K.G.B. s'étaient vus interdire par le législateur lituanien d'occuper un emploi dans une large part du secteur public et du secteur privé; dans l'affaire *Albanese c. Italie* ensuite⁵⁶, à propos de l'impossibilité, résultant des règles du droit italien, pour les personnes déclarées en faillite personnelle d'occuper certains postes dans le secteur privé, d'exercer certaines professions libérales et de participer au capital et à la gestion de sociétés commerciales; dans l'affaire *Karov c. Bulgarie*⁵⁷, enfin, qui concernait la suspension d'un fonctionnaire de police pour une période prolongée et l'interdiction qui lui était faite d'occuper un autre emploi dans le secteur privé ou public pendant la durée de cette mesure⁵⁸.

Le contrôle opéré par la Cour sur les mesures entravant la liberté d'accès au travail n'a rien de spécifique. Il est celui auquel procède ordinairement la juridiction européenne s'agissant d'allégations d'atteinte à la vie privée. On se bornera à observer que dans l'affaire *D.M.T. et D.K.I.*, comme dans celles qui l'ont précédé,

⁵³ 24 juillet 2012, req. n° 29476/06.

⁵⁴ § 102 de l'arrêt.

⁵⁵ *Op. cit.*

⁵⁶ 23 mars 2006, req. n° 77924/01.

⁵⁷ 16 novembre 2006, req. n° 45964/99.

⁵⁸ En sens inverse, v. l'arrêt *Calmanovici c. Roumanie*, n° 42250/02, 1^{er} juillet 2008.

les mesures litigieuses étant prévues par le droit interne, c'est sur leur nécessité dans une société démocratique que la Cour s'est concentrée, et plus précisément encore, sur leur proportionnalité par rapport aux fins poursuivies. C'est qu'en effet, dans l'espèce jugée en 2012, le caractère justifié de la restriction imposée à M. D.M.T. était difficilement contestable. La Cour n'a pas eu de peine d'ailleurs à admettre la légitimité de la suspension d'un fonctionnaire consécutive à l'engagement contre celui-ci d'une procédure pénale, pas plus que celle de l'interdiction faite à un agent faisant encore partie de la fonction publique, parce que seulement suspendu, d'exercer un emploi dans le secteur privé. Il ne restait alors que les considérations de durée et d'ampleur de la restriction subie. Et, en la matière, il se dégage de cette jurisprudence l'idée que seule une restriction pendant un temps excessivement long et une interdiction d'exercer touchant une partie substantielle des secteurs d'activité ou du marché du travail peut conduire à un constat de violation de l'article 8. Il en ira ainsi *a fortiori* lorsque cette durée a été rendue plus longue par le fait des pouvoirs publics, comme c'était le cas en l'espèce pour la procédure pénale conduite à l'encontre de M. D.M.T.

Par cette jurisprudence, audacieuse dans le champ de la Convention, la Cour s'emploie à introduire dans l'univers de ce dernier un droit qu'énoncent expressément d'autres instruments, dont le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels et la Charte sociale européenne, à savoir le droit de gagner sa vie par un travail librement entrepris. Elle le fait avec prudence. Mais peut-il en aller autrement pour une si délicate opération de transplantation ?

3. Accès au travail et information du candidat à un emploi

Une dernière question, touchant à l'accès à l'emploi, doit être mentionnée. C'est celle de savoir si le candidat ou la candidate à un emploi qui a été évincé(e) au profit d'un(e) autre bénéficie d'un droit garanti à connaître les raisons de cette décision. Cette question était au centre de l'arrêt *Meister* de la CJUE⁵⁹. Techniquement, elle se posait dans le cadre du contentieux des discriminations et sur le terrain, sinon des moyens de preuve, du moins de ceux permettant au candidat évincé d'avancer de manière plausible une allégation de discrimination à l'embauche devant le juge. On perçoit aisément l'enjeu, qui est de permettre aux actions judiciaires en discrimination de prospérer, et donc de renforcer l'effectivité de la prohibition contenue dans les directives prescrivant l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁶⁰. La Cour a choisi, dans cette affaire, d'œuvrer à cette effectivité sans passer par la reconnaissance d'un droit à l'information au candidat à l'emploi. En effet, si elle juge bien que les directives précitées « ne prévoient pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement,

⁵⁹ Arrêt du 19 avril 2012, C-415/10, note N. MOIZARD, *Revue de droit du travail*, 2012/497.

⁶⁰ Directives n°s 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE.

a embauché un autre candidat», elle n'en conforte pas moins la position d'un tel requérant devant le juge interne, en imposant à l'employeur une obligation de transparence devant celui-ci. Plus précisément, la juridiction saisie pourra dorénavant prendre en compte, pour établir la présomption de discrimination, le refus persistant et injustifié de l'employeur de fournir les informations demandées, en tant qu'élément permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. La mesure de cette prise en compte n'est pas précisée par le juge de l'Union. Il appartiendra à la juridiction nationale compétente d'en décider au vu des données de l'espèce.

C. CESSATION DE LA RELATION DE TRAVAIL

Les modalités de cessation de la relation de travail susceptibles d'interférer avec les droits fondamentaux sont, et cela est logique, principalement le licenciement et la retraite. Peu de décisions ont été rendues sur ce dernier terrain en 2012. On se bornera à signaler l'arrêt *Commission c. Hongrie* de la CJUE⁶¹, déjà commenté dans une autre chronique⁶², et dans lequel cette Cour a jugé discriminatoire le brutal abaissement de l'âge de la retraite pour les juges, procureurs et notaires⁶³. Il ne sera donc traité ci-après que de licenciement.

1. Protection en cas de licenciement individuel

a. Licenciement et vie privée du salarié

Dans le cadre de l'application de la CEDH, une des questions qui se posent d'emblée est celle de l'applicabilité au licenciement de son article 8, lequel protège le droit à la vie privée, à la vie familiale, au domicile et à la correspondance. Les solutions dégagées par la Cour européenne des droits de l'Homme, à défaut d'être toujours connues, sont néanmoins fermement établies.

L'un des intérêts de l'arrêt *Fernández Martínez c. Espagne* du 15 mai 2012⁶⁴ est de rappeler la teneur de cette jurisprudence en ce qui concerne la vie privée au travail. Les termes, soigneusement pesés, méritent d'être reproduits : « L'article 8 garantit la 'vie privée' au sens large de l'expression, qui comprend le droit de mener une « vie privée sociale », à savoir la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale. Sous cet aspect, ledit droit consacre la possibilité d'aller vers les autres afin de nouer et de développer des relations avec ses semblables. Au vu de ce qui précède, la Cour réaffirme qu'il n'y a aucune raison de principe de considérer que

⁶¹ C.J., 6 novembre 2012, C-286/12.

⁶² E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Chronique sur le droit de l'égalité et de la non-discrimination », précitée.

⁶³ À signaler aussi, un recours contre l'Allemagne devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, alléguant, à propos du retrait automatique de l'agrément administratif aux médecins conventionnés ayant atteint 68 ans, d'une discrimination fondée sur de l'âge. Ce recours a été jugé irrecevable par défaut d'épuisement des recours internes (décision du 26 mars 2012, communication n° 1789/2008, Doc. CCPR/C/104/D/1789/2008).

⁶⁴ Req. n° 56030/07, arrêt faisant l'objet d'un renvoi en Grande Chambre.

la 'vie privée' exclut les activités professionnelles. Des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8, lorsqu'elles se répercutent dans la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables. Il convient sur ce point de noter que c'est dans le cadre de leur travail que la majorité des personnes ont l'occasion de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. En outre, la vie professionnelle chevauche très souvent la vie privée au sens strict du terme, de telle sorte qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer en quelle qualité l'individu agit à un moment donné. Bref, la vie professionnelle fait partie de cette zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la 'vie privée' »⁶⁵.

Dans cette affaire, où un prêtre sécularisé, professeur de religion et de morale catholiques dans un lycée public, ne s'était pas vu renouveler son contrat de travail en raison du scandale provoqué par la publication d'une photographie où il apparaissait avec son épouse et ses enfants, l'atteinte à la vie privée ne se présente pas du tout sous le jour qu'on lui connaît habituellement. En effet, ce n'est pas le lien entre la décision de non renouvellement et le statut matrimonial qui est retenu comme pertinent dans cette affaire, ni le fait que cette décision ait pour cause une représentation photographique de son cercle familial, mais plutôt le fait même de se voir refuser le renouvellement de son contrat. L'arrêt est très clair sur ce point : « le non-renouvellement du contrat du requérant a affecté la possibilité pour celui-ci d'exercer une activité professionnelle et a entraîné des conséquences sur la jouissance de son droit au respect de la 'vie privée' au sens de l'article 8 »⁶⁶. Ainsi, toute décision de non renouvellement de contrat et, *a fortiori*, tout licenciement est dorénavant à considérer comme une ingérence dans la vie privée du salarié.

Résultat d'un contrôle qui est resté minimal en l'espèce, l'ingérence est jugée légitime et proportionnée. Tant le contrôle que son issue sont cependant difficilement critiquables eu égard au contexte et aux données de la cause. Ainsi d'abord, de l'appréciation par la Cour des circonstances ayant conduit au non renouvellement du contrat de travail, qu'elle juge comme étant de nature strictement religieuse. De fait, le non renouvellement procédait d'une décision de l'évêque, seul compétent, en vertu d'un accord conclu entre l'Espagne et le Saint-Siège, pour présenter des candidats aux postes de professeur de religion catholique, les autorités des établissements concernés n'ayant du reste pas le pouvoir de s'opposer au recrutement du candidat proposé. Cette décision était par ailleurs commandée par le droit canonique, et la compétence de l'évêque apparaissait totalement liée. Enfin, le travailleur était lui-même prêtre, enseignait la religion, et ne pouvait donc pas, eu égard aux procédures qu'il a suivies pour sa sécularisation, ne pas savoir que le moindre scandale l'exposait à un non renouvellement. En outre, il n'était pas

⁶⁵ §§ 56 et 57 de l'arrêt.

⁶⁶ § 60 de l'arrêt.

lui-même étranger à la survenance du scandale. Si on ajoute à cela que dans ce type de litige, le droit du salarié (à une vie privée) se heurte nécessairement à ceux de l'Église catholique (liberté de religion – article 9 – et liberté d'association – article 11), également protégés par la convention, on ne voit pas comment la Cour aurait pu parvenir à une décision différente.

b. Licenciement et liberté d'association (affiliation à un parti politique)

Il résulte d'un autre arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt *Redfearn c. Royaume-Uni* du 6 novembre 2012⁶⁷ que l'appartenance à un parti politique légalement établi ne saurait constituer à elle seule un motif légitime de licenciement. À l'origine de cet arrêt il y a la décision, prise par l'employeur, de licencier le requérant, chauffeur de bus pour une compagnie de transport et chargé du transport de personnes souffrant d'un handicap physique et/ou mental, à la suite de la parution dans un journal de l'annonce de sa candidature à des élections locales sous l'étiquette du British National Party, parti d'extrême droite. Cet arrêt qui, comme la plupart de ceux relatifs à des litiges de travail, se place sur le terrain de l'obligation positive pour l'État et ses organes de prévenir et de sanctionner les violations de la Convention entre particuliers, fournit des indications précieuses au juge du licenciement sur la démarche à suivre. Par delà les étapes habituelles du contrôle – légalité/nécessité/proportionnalité –, la conformité ou la non conformité du licenciement se déduira de l'appréciation portée sur les points suivants : le caractère légal ou non du parti et le caractère licite ou non de ses activités⁶⁸ ; le comportement personnel du salarié ; les possibilités de reclassement sur un poste adapté (c'est-à-dire en l'espèce sans contact avec un public d'origine étrangère) ; les suites données par le salarié à une éventuelle proposition de reclassement ; les chances pour celui-ci de trouver un autre emploi en cas de licenciement. Au total, le licenciement pour appartenance à un parti politique non interdit ne pourra passer pour indiscutablement compatible avec la Convention et à son article 11 que si l'employeur peut se prévaloir d'un comportement fautif du salarié en lien avec cette appartenance. Dans tous les autres cas, il faudra mettre en balance l'intérêt de l'entreprise à préserver sa réputation et les droits du salarié, en particulier son droit à l'emploi qui se rattache dorénavant à l'article 8 de la Convention⁶⁹, étant précisé que ce dernier impose à l'employeur une obligation de reclassement qui semble bien être de résultat.

2. Protection en cas de licenciement collectif (limites)

La protection à l'égard des (et non contre les) licenciements collectifs, pour motif économique dans la plupart des cas, est un acquis nouveau du droit européen

⁶⁷ Req. 47335/06.

⁶⁸ V. aussi, sur ce point : Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Féret c. Belgique*, 16 juillet 2009, req. n° 15615/07 ; arrêt *Hizb Ut-Tahrir e. a. c. Allemagne*, 12 juin 2012, req. n° 31098/08.

⁶⁹ V. *supra* («Accès au travail et droit à une vie privée»).

et international, indicateur s'il en est d'un changement des problématiques du travail. Il est intéressant d'ailleurs de noter qu'en Europe, les normes garantissant cette protection se sont construites en interaction entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. C'est ainsi que l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, qui porte notamment sur les licenciements « fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service », s'est inspirée de la directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs⁷⁰, avant d'inspirer à son tour l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le champ d'application va d'ailleurs au delà des seuls licenciements collectifs.

À regarder l'ensemble de ces textes, la référence de principe reste encore aujourd'hui la directive. La jurisprudence relative à son application est fournie. Mais c'est de son applicabilité qu'il s'est agi dans l'arrêt *USA* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 18 novembre 2012⁷¹. L'affaire portait sur un licenciement collectif consécutif à la fermeture d'une base américaine au Royaume-Uni décidée par le secrétariat de la US Army. Et le contentieux dans lequel s'inscrit la procédure préjudicielle ayant conduit à la décision du 18 novembre 2012 avait été déclenché par une employée civile ressortissante d'un État membre, dont l'action visait à ce que soit sanctionné un manquement à l'obligation de consultation des représentants du personnel fixée par la directive de 1998. Eu égard au contexte de l'affaire, le renvoi préjudiciel tendait d'abord à voir tranché le point de savoir si cette directive était applicable. La réponse de la Cour est négative. Cela ne tient en aucune manière à un statut exorbitant des bases militaires américaines, comme on pourrait être tenté de le penser. Autrement dit, la rupture des contrats de travail conclus entre les autorités de ce pays sur le territoire des États membres n'échappe pas à l'application de la directive parce qu'elle relèverait du droit américain. Cette rupture est exclue par application des critères mêmes du texte européen, et parce que les travailleurs des administrations publiques ou des établissements de droit public ou, dans les États membres qui ne connaissent pas cette notion, les travailleurs des entités équivalentes n'entrent pas dans son champ d'application, ainsi que le prévoit son article 1^{er}, paragraphe 2, sous b).

D. CONDITIONS DE TRAVAIL

Au chapitre des conditions de travail, les développements enregistrés en 2012 ont concerné principalement le temps de travail et la rémunération⁷².

⁷⁰ J.O. L 225, p. 16.

⁷¹ Aff. C-583/10.

⁷² Doit toutefois être signalée une importante affaire relative à la santé et à la sécurité des travailleurs, mais qui est encore pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme: *Vilnes et autres c. Norvège*, n^{os} 52806/09 et 22703/10. Il en sera sans doute traité dans la prochaine livraison de la présente chronique.

1. Temps de travail

Les questions relatives au temps de travail se sont toutes posées en rapport avec la directive 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail⁷³, et chaque fois à propos du droit à un congé payé.

Avec l'arrêt *Dominguez* du 24 janvier 2012⁷⁴, se posait d'abord la question du point de départ du bénéfice du droit à congé payé, et ensuite celle de savoir, s'agissant des périodes de congé acquises pour les temps d'absence du salarié, si la durée du congé peut différer en fonction du motif d'absence (accident du travail, maladie professionnelle, accident de trajet ou maladie non professionnelle). Cet arrêt a retenu l'attention d'abord pour des raisons qui ne sont pas de fond, et qui tiennent avant tout à l'articulation des sources européennes du droit à un congé payé, ainsi qu'aux conditions de leur application dans les États membres. On sait que, prévu par l'article 7, § 1, de la directive de 2003, ce droit est aussi dorénavant consacré par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en son article 31. Le contexte procédural interne dans lequel était invoqué ledit article 7, celui d'un contentieux opposant un salarié à un organisme de sécurité sociale, plaçait l'affaire sur le terrain de l'effet direct. La Cour ayant constaté que l'article 7, § 1, remplissait les conditions lui permettant de produire un tel effet, l'interrogation sur l'applicabilité de l'article 31 de la Charte et sur son rapport à l'article 7 de la directive pouvait paraître inévitable dans l'hypothèse où l'organisme de sécurité sociale défenderesse apparaissait être un organisme privé. Autrement dit, on pouvait se demander si, l'effet direct de la directive ne pouvant jouer dans des rapports entre particuliers, la seule voie envisageable ne serait pas celle d'un détour par les principes généraux du droit conformément à la jurisprudence *Kücükdeveci*⁷⁵. La juridiction de l'Union a cependant réussi à esquisser cette approche, pour s'en tenir à une position tout à fait classique. Suivant cette ligne, la juridiction nationale compétente est invitée à s'efforcer prioritairement d'interpréter le droit national conformément à la directive. Si la mise en conformité s'avérait impossible par cette voie, il lui est demandé, soit de procéder à une application directe de l'article 7, § 1, si l'employeur s'avérait être une personne publique ou une personne privée présentant un lien de rattachement suffisant à une personne publique, soit de s'en remettre à l'application de la jurisprudence *Franovich*⁷⁶, c'est-à-dire à la faculté dont dispose le salarié lésé d'intenter une action en réparation contre l'État. Il est à noter cependant que dans un arrêt ultérieur, l'arrêt *Heimann et Toltschin*⁷⁷, la Cour a fini par se prononcer sur les effets de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux et à reconnaître à celui-ci un effet direct aussi bien à l'égard des autorités publiques que dans les rapports entre personnes privées.

⁷³ J.O. L 299, p. 9.

⁷⁴ C.J., C-282/10.

⁷⁵ C.J., 19 janvier 2010, C-555/07

⁷⁶ C.J., 19 novembre 1991, C-6/90 et C-9/90.

⁷⁷ C.J., 8 novembre 2012, C-229 et C-230/11.

Sur la teneur même du droit à congé payé, les solutions retenues par la Cour sont sans grande surprise. S'agissant du moment de la constitution du droit, il ressort essentiellement de l'arrêt *Dominguez* que les congés payés sont dus dès lors qu'il y a travail effectif, sans que la législation ou la réglementation nationale puisse en subordonner le bénéfice à l'accomplissement d'une certaine durée de travail effectif. La solution vaut pleinement aussi pour les salariés absents pour cause d'accident de travail ou de maladie, professionnelle ou non. Quant à savoir si l'article 7, § 1, autorise dans ce dernier cas à distinguer, s'agissant de la durée du congé, selon la cause de l'absence, la réponse est affirmative, mais seulement à la condition que la différenciation opérée soit dans un sens plus favorable que la directive. Autrement dit, il sera loisible à l'État de fixer des durées de congé différentes pourvu qu'aucune d'elles ne soit inférieure à la période minimale de quatre semaines garantie par cette directive.

La solution retenue dans l'arrêt *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*⁷⁸ est en parfaite cohérence avec cette jurisprudence. Dans cette affaire, la Cour de justice était appelée à dire si un travailleur en incapacité de travail pendant la période de son congé payé annuel en perd le bénéfice pour le temps d'incapacité ou s'il a droit au report de ce temps de congé. S'agissant d'un droit du travailleur qui doit être considéré, ainsi que la Cour le souligne, « comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière » et « auquel il ne saurait être dérogé », c'est fort logiquement qu'il est tranché en faveur du droit au report, et donc dans le sens de l'incompatibilité des dispositions de droit interne y faisant obstacle. Pour les mêmes raisons⁷⁹, on ne sera pas surpris que, dans l'arrêt *Neidel*⁸⁰, la Cour ait jugé que le départ à la retraite ne saurait éteindre la créance de congés payés, et que l'employeur est tenu, en vertu de l'article 7 de la directive de 2003, de verser une indemnité financière au travailleur pour les congés non pris; ou qu'elle ait encore jugé, dans l'arrêt *Heimann et Toltschin*⁸¹, que la directive s'oppose à ce qu'une disposition nationale prévoie la perte, même partielle, d'un droit au congé déjà acquis dans le cadre d'un plan social.

À l'inverse, il résulte de ce dernier arrêt qu'il n'est pas contraire à cette disposition de prévoir, dans le cadre du même plan social, que le droit à congé payé annuel sera calculé selon la règle du *pro rata temporis* pour le travailleur dont le temps de travail aura été réduit. La raison principalement avancée par la Cour est que la situation d'un tel travailleur n'est pas comparable à celle du travailleur en inca-

⁷⁸ C.J., 21 juin 2012, C-78/11, note L. DRIGUEZ, *Europe* 2012, comm. 341.

⁷⁹ À noter qu'un autre des intérêts de cet arrêt est de conclure à l'applicabilité de la directive à « un fonctionnaire exerçant des activités de pompier dans des conditions normales » dans la mesure où d'une part, celui-ci a la qualité de « travailleur » au sens de l'article 45 TFUE, et où, d'autre part, il n'entre pas dans le champ d'exception, à interpréter strictement, prévu par le paragraphe 2 de l'article 2 de la directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (J.O. L 183). Cette disposition prévoit que « la directive n'est pas applicable lorsque des particularités inhérentes à certaines activités spécifiques dans la fonction publique, par exemple dans les forces armées ou la police, ou à certaines activités spécifiques dans les services de protection civile s'y opposent de manière contraignante ».

⁸⁰ C.J., 3 mai 2012, C-337/10, note L. DRIGUEZ, *Europe* 2013, comm. 45.

⁸¹ *Op. cit.*

pacité de travail, mais plutôt à celle du travailleur à temps partiel⁸². Il est cependant intéressant de noter que la décision repose aussi sur des considérations d'opportunité qu'on peut ainsi formuler : l'employeur ne doit pas être dissuadé de recourir à un plan social, qui a pour but la sauvegarde de l'emploi, autrement c'est le travailleur qui, nécessairement licencié, en serait pénalisé.

2. Rémunération

a. Droit de l'Union européenne

On sait que le droit de l'Union européenne ne consacre pas en tant que tel le droit à une rémunération. L'article 153, § 5, du TFUE, qui exclut les rémunérations du champ de la compétence communautaire en matière sociale, s'y oppose. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne le consacre pas davantage alors même qu'elle comporte un article 31 consacré au droit à des conditions de travail justes et équitables. Ce n'est donc que par le truchement du principe d'égalité et de l'interdiction des discriminations que cet objet est saisi dans par les normes de l'UE.

Ce fut le cas en 2012 dans les affaires *Tyrolean airways*⁸³ et *Dittrich e.a.*⁸⁴ faisant application de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁸⁵. La première espèce, déjà commentée dans cette revue⁸⁶, a permis à la Cour de poser, d'une manière qui a été jugée discutée⁸⁷, qu'est compatible avec les dispositions de ladite directive une convention collective qui, pour le classement dans des catégories d'emplois reliées à la grille des rémunérations, prévoit la prise en compte de la seule ancienneté acquise au service d'une compagnie aérienne donnée. Dans la seconde espèce, la question préjudicielle posée à la Cour concernait exclusivement le champ d'application de l'égalité de traitement en matière de rémunération telle qu'elle est fixée par l'article 3 de la directive. Il s'agissait de savoir si une aide versée en cas de maladie aux fonctionnaires de la République fédérale d'Allemagne, au titre de la loi sur les fonctionnaires fédéraux, s'analyse en une « rémunération » au sens de cet article. La réponse de la Cour est positive. Elle est adossée à un raisonnement qui mêle jurisprudence constante et éléments de clarification. Au titre des éléments acquis, on relèvera le fait que, pour la Cour, la directive s'applique à toutes les personnes et à tous les organismes, qu'ils appartiennent au secteur public ou au secteur privé, en ce qui concerne, notamment, les conditions de rémunération. En revanche, elle ne s'applique pas aux versements au titre des régimes de sécurité sociale et

⁸² La Cour qualifie d'ailleurs les travailleurs se trouvant dans cette situation de « travailleurs temporairement à temps partiel ».

⁸³ C.J., 7 juin 2012, C-132/11, note L. DRIGUEZ, *Europe* 2012, comm. 340.

⁸⁴ C.J., 6 décembre 2012, aff. jtes C- 124 - 125 - 143/11, note L. DRIGUEZ, *Europe* 2013, comm. 99.

⁸⁵ J.O. L 303, 2 décembre 2000.

⁸⁶ V. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Chronique sur le droit de l'égalité et de la non-discrimination », précitée.

⁸⁷ *Ibid.*

de protection sociale⁸⁸. Acquisée aussi est la définition de la rémunération selon laquelle celle-ci s'entend de « tous avantages en espèces ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient consentis, fût-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier, que ce soit en vertu d'un contrat de travail, de dispositions législatives ou à titre volontaire »⁸⁹. Sont en revanche de l'ordre de la clarification les précisions concernant le critère du salaire. À cet égard, force est d'observer que la Cour écarte une part de la jurisprudence *Maruko* qui apparaissait comme faisant dépendre la qualification de « salaire » de la circonstance que la prestation considérée était directement fonction du temps de service accompli et que son montant était calculé sur la base du dernier traitement. Le critère décisif, affirme-t-elle ici, est que la prestation a été versée au travailleur en raison de la relation de travail qui le lie à son employeur. Constatant que l'aide revendiquée par les requérants au principal était financée par l'administration d'emploi au titre de ses dépenses de personnel, la Cour en a logiquement déduit que l'aide en cause participait du salaire, et a soumis l'employeur au respect du principe de non discrimination dans son attribution.

b. Charte sociale européenne

À l'inverse du droit de l'Union européenne, la Charte sociale européenne consacre expressément en son article 4 le droit des travailleurs à une rémunération équitable. Ce droit comprend, au terme des quatre premiers paragraphes de l'article, le droit à une rémunération suffisante (1); à un taux de rémunération majoré pour les heures supplémentaires (2); à une rémunération égale pour un travail de valeur égale (3); à un délai de préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi (4). Par le cinquième paragraphe, enfin, les États s'engagent à n'autoriser des retenues sur les salaires que dans les conditions et limites prescrites par la législation ou la réglementation nationales, ou fixées par des conventions collectives ou des sentences arbitrales.

Les affaires grecques⁹⁰ ont fourni au Comité européen des droits sociaux l'occasion de rappeler sa jurisprudence et de l'étoffer en ce qui concerne les paragraphes 1 et 4. Les premiers enseignements à tirer de la décision sur la réclamation n° 66/2011 portent sur la notion de « rémunération suffisante ». Étaient en cause en l'espèce des dispositions législatives nouvelles prévoyant que les jeunes de 15 à 18 ans révolus embauchés dans le cadre des nouveaux contrats d'apprentissage percevaient 70% du salaire journalier minimum légal⁹¹ ou du salaire conventionnel (déterminé par la convention collective nationale générale), d'une part, et autorisant, pour les jeunes de moins de 25 ans entrant nouvellement sur le marché du travail, à fixer leur salaire à 80% du salaire minimum conventionnel.

⁸⁸ V. en ce sens, C.J., 1^{er} mars 2008, *Maruko*, C-267/06; et 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08.

⁸⁹ Dans le même sens, C.J., 4 juin 1992, *Bötel*, C-360/90 et 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, C-167/97.

⁹⁰ C.E.D.S., déc. *GENOP-DEI c. Grèce*, 23 mai 2012, R.C. n°s 65/2011 et 66/2011.

⁹¹ Il était de 33,57 euros à l'époque pour un travailleur non marié et n'ayant pas d'ancienneté. À noter que par acte ministériel du 28 février 2012, le niveau du salaire minimum journalier conventionnel a été baissé de 22% dans le même temps que celui des travailleurs de moins de 25 ans était diminué de 32%.

Pour le Comité, les salaires ainsi prévus ne sont pas « suffisants ». Le critère déterminant pour qu'ils soient jugés tels est en effet, comme l'exige l'article 4, § 1, qu'ils assurent aux travailleurs et à leurs familles un niveau de vie décent. Or, selon le Comité, « pour [qu'un salaire] soit jugé équitable » au sens de cet article, il « doit se situer au-dessus du seuil de pauvreté du pays concerné, fixé à 50% du salaire moyen national. En plus, il ne doit en principe pas être inférieur à 60% du salaire moyen national (y compris les primes et gratifications spéciales et après déduction des cotisations de sécurité sociale et des impôts ; les transferts sociaux, par exemple allocations ou prestations de sécurité sociale, n'étant pris en compte que s'ils sont directement liés au salaire), sauf pour les États à démontrer que ce salaire permet néanmoins d'assurer un niveau de vie décent. Lorsqu'il existe un salaire minimum national, son montant net sert de base de comparaison avec le salaire moyen net et, dans les autres cas, c'est le salaire minimum fixé par voie de convention collective qui sert de référence ». Pour l'établissement du seuil de pauvreté, l'organe de la Charte se réfère à différents outils statistiques dont ceux fournis par Eurostat. Ceux-ci faisaient apparaître qu'en Grèce ce seuil est au delà du niveau de salaire prescrit par la loi et la convention collective générale pour les jeunes. On ajoutera que, dans le cas d'espèce, le manquement à l'exigence d'une rémunération suffisante est aussi jugée constitutive d'une discrimination fondée sur l'âge. Pour autant, cette position n'implique en aucune manière que toute différenciation des jeunes travailleurs du point de vue de la rémunération soit prohibée. Sont en effet admissibles, du point de vue du Comité, celles d'entre elles qui, en temps de crise, ont pour finalité l'intégration des jeunes sur le marché du travail, d'une part, et qui entretiennent un rapport de proportionnalité avec l'objectif poursuivi, d'autre part.

Les principes relatifs à la rémunération des heures supplémentaires ont été, quant à eux, rappelés dans une affaire passablement complexe, où étaient en cause les dispositions régissant, en France, la prime de commandement attribuée aux officiers de police, laquelle est censée couvrir les heures supplémentaires de travail effectués par ceux-ci⁹². On note ainsi que pour être conforme au paragraphe 2 de l'article 4 de la Charte, la législation et/ou la réglementation nationale doit garantir une rémunération majorée de toute heure effectuée au delà de la durée légale de travail. La compensation en repos est aussi admissible, pourvu que la durée de ce repos soit supérieure au temps travaillé. Après cette décision, la question reste néanmoins toujours posée du niveau de cette majoration. Le Comité s'est jusqu'à présent refusé à fixer un seuil européen, ce qu'il confirme dans sa décision du 23 octobre 2012 en renvoyant au droit interne. Il est d'ailleurs permis de s'interroger sur la pertinence, en l'espèce, des termes du renvoi, le Comité prenant pour référence les dispositions du code du travail en la matière, lequel code ne s'applique pourtant pas, sauf exceptions, aux rapports d'emploi de droit public.

⁹² C.E.D.S., *Conseil européen des syndicats de police c. France*, déc. du 23 octobre 2012, R.C. n° 68/2011. À mettre en rapport avec la décision du 1^{er} décembre 2010 rendue sur réclamation de la même organisation (n° 57/2009) contre le même État sur le même enjeu.

S'agissant de l'exigence d'un délai de préavis raisonnable dans les cas de cessation d'emploi, composante du droit à une rémunération équitable posée par l'article 4, paragraphe 4, de la Charte, elle est au cœur de la décision rendue sur la réclamation n° 65/2011. Il ressort de celle-ci que quatre principes gouvernent l'interprétation de cette disposition par le Comité :

- la seule hypothèse où une rupture immédiate de la relation de travail est compatible avec la Charte est celle de la faute grave ;
- le caractère raisonnable du délai de préavis est à apprécier en fonction de la durée de l'emploi, au cas par cas ;
- l'exigence d'un délai de préavis raisonnable vaut pour toutes les catégories de travailleurs, y compris pour les travailleurs à l'essai ;
- une indemnité peut être versée en lieu et place du préavis, permettant ainsi au travailleur de subvenir à ses besoins en recherchant un nouvel emploi, à la condition que le montant de cette indemnité ne soit pas inférieure à ce que l'intéressé aurait gagné en travaillant.

En l'espèce, ces critères n'étaient pas, de l'avis du Comité, remplis.

E. DROITS COLLECTIFS DE TRAVAIL

La problématique des droits collectifs de travail varie considérablement d'un instrument à l'autre. La différence principale paraît devoir être établie entre les systèmes qui font dériver tous les droits collectifs de la liberté syndicale – cas de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou de l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – et ceux qui séparent ce qui relève de la liberté syndicale de ce qui procède de l'action et de la négociation collectives – cas des articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne, des articles 12 et 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ou, parmi les conventions de l'OIT, des conventions n°s 87, 98, 135 et 154.

Ces questions étant liées dans la plupart des cas, on a pris le parti de ne pas séparer artificiellement les deux éléments dans le cadre de la présente chronique.

1. *Constitution des syndicats*⁹³

Quels sont les titulaires de la liberté syndicale protégée par nombre de textes internationaux? Telle est la première question à laquelle Cour européenne des droits de l'Homme et Comité de la liberté syndicale de l'OIT ont été amenés à

⁹³ À signaler, Comité des droits de l'homme, 23 juillet 2012, *J.B.R. e. a. c. Colombie*, communications n°s 1822, 1823, 1824, 1825 et 1826/2008. Les faits de l'espèce portaient sur la création d'un syndicat par des fonctionnaires licenciés par suite de la modification de la structure du service qui les emploie, sur le refus de l'administration d'enregistrer ce syndicat et sur des décisions judiciaires refusant aux membres de celui-ci l'immunité syndicale qui aurait imposé leur réintégration. Il a été conclu à l'irrecevabilité des réclamations au motif de la litispendance au plan national.

répondre concernant des travailleurs cléricaux, des magistrats et procureurs et, enfin, des travailleurs ne relevant pas du code du travail.

L'arrêt de chambre⁹⁴ de la Cour européenne des droits de l'homme du 31 janvier 2012, *Sindicatul pastorul cel bun c. Roumanie*⁹⁵, concerne la syndicalisation des membres du clergé et des employés laïcs de l'Église orthodoxe roumaine et, partant, l'application de l'article 11 de la CEDH dans ses dispositions qui énoncent le droit pour toute personne « de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ». En fait, plusieurs prêtres et laïcs, tous liés à l'Église orthodoxe roumaine par un contrat de travail comme cela se pratique dans tous les États de tradition nationale orthodoxe, ayant fondé un syndicat dénommé opportunément « le bon Pasteur » pour la défense de leurs droits et intérêts économiques, sociaux et culturels, s'étaient vu refuser judiciairement son enregistrement aux motifs, d'une part, que l'existence de pareille organisation est incompatible avec la tradition chrétienne orthodoxe, ses dogmes fondateurs et le mode canonique de prise des décisions et, d'autre part, que les prêtres exercent des fonctions de direction dans leurs paroisses.

L'affaire amenait ainsi la Cour européenne à devoir dire d'abord si les catégories de travailleurs ici concernés sont de celles à l'égard desquelles la Convention autorise des restrictions spéciales à l'exercice de la liberté syndicale. On pouvait s'attendre sur ce terrain à une réponse négative. Les seuls corps visés expressément dans cette perspective par la seconde phrase du paragraphe 2 de l'article 11 sont l'armée, la police et l'administration de l'État. Cette énumération est limitative, et le régime qui s'y attache exclusif. Aussi, les prêtres et les salariés laïcs de l'Église orthodoxe roumaine ne sauraient être purement et simplement privés de liberté syndicale. Entreraient-ils d'ailleurs dans l'une de ces catégories, celle de fonctionnaires d'État par exemple⁹⁶, qu'il n'en irait sans doute pas autrement. La seconde phrase du paragraphe 2 n'énonce pas une exception à la liberté garantie à leur endroit. La Cour l'a clairement affirmé dans l'arrêt *Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie*⁹⁷: « l'article 11 [en] son paragraphe 2 in fine implique nettement que l'État est tenu de respecter la liberté d'association de ses employés sauf à y apporter, le cas échéant, des « restrictions légitimes » s'il s'agit de membres de ses forces armées, de sa police ou de son administration. L'article 11 s'impose par conséquent à l'« État employeur », que les relations de ce dernier avec ses employés obéissent au droit public ou au droit privé »⁹⁸. Restait à savoir quelles restrictions peuvent passer pour justifiées au regard du paragraphe 2 de l'article 11 et dans quelle mesure le contexte particulier des présentes relations de travail pouvait jouer à cet égard. Sur ce point, l'arrêt de Chambre s'avère d'un intérêt plutôt limité,

⁹⁴ Cet arrêt a fait l'objet d'un renvoi en Grande Chambre.

⁹⁵ Req. n° 2330/09.

⁹⁶ La discussion est ici ouverte dans la mesure où, quand bien même le contrat est passé entre l'Église en tant qu'organisation et les membres du clergé, ceux-ci perçoivent leur rémunération de l'État.

⁹⁷ Cour eur. D.H., 21 février 2006, n° 28602/95.

⁹⁸ V. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008, n° 34503/97; 21 avril 2009, arrêt *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*, n° 68959/01.

parce que fondé sur une argumentation juridique discutable à certains égards⁹⁹ et, surtout, bien peu assurée, les juges ne se plaçant pas au plan des principes¹⁰⁰. Il faut espérer que l'arrêt que rendra la Grande Chambre offrira une motivation permettant d'établir plus solidement le régime d'exercice de la liberté syndicale dans le cadre d'une relation de travail entre les organisations religieuses et leurs employés cléricaux.

C'est de manière tout à fait frontale que le Comité de la liberté syndicale de l'OIT (ci-après CLS) a, dans sa décision sur la plainte du syndicat *Yargi-Sen contre la Turquie*¹⁰¹, abordé pour sa part la question de savoir si des fonctionnaires ayant le statut de magistrats et de procureurs pouvaient revendiquer le bénéfice des dispositions des conventions de l'OIT sur la liberté syndicale, dont la convention n° 87. Sa réponse, conforme à une jurisprudence constante¹⁰², est clairement positive : « les fonctionnaires », estime-t-il, « à la seule exception possible des forces armées et de la police, en vertu de l'article 9 de la convention n° 87, devraient, à l'instar des travailleurs du secteur privé, pouvoir constituer des organisations de leur choix destinées à promouvoir et à défendre les intérêts de leurs membres ».

Quant à la décision rendue par le même comité sur plainte de la *Commission nationale du syndicat Solidarność* contre la Pologne, elle portait sur les conséquences de la traduction en langue polonaise de la Convention n° 87 de l'OIT¹⁰³. L'organisation auteure de la plainte dénonçait l'emploi d'un mot équivalent d'« employé » ('pracownicy') pour traduire les mots « workers » en anglais et « travailleurs » en français. Elle soutenait que ce choix avait pour conséquence d'exclure du champ d'application de la convention certaines catégories de travailleurs¹⁰⁴, les privant ainsi de la protection conférée par elle. Pour le CLS, cette situation est clairement contraire à la convention n° 87. La conclusion est sans surprise, et la motivation de la décision se présente comme la simple réitération d'une position fermement établie s'agissant du champ d'application personnelle de cette convention¹⁰⁵. Elle est énoncée en l'espèce en ces termes : « Tous les travailleurs – à la seule exception des membres des forces armées et de la police – devraient avoir le droit de constituer des organisations de leur choix et de s'y affilier. Le critère à retenir pour définir les personnes couvertes n'est donc pas la relation d'emploi avec un employeur ; cette relation est en effet souvent absente, comme pour les travail-

⁹⁹ On songe ici, pour ne prendre que cet exemple, aux termes de la vérification par la Cour de ce que la restriction est prévue par la loi. Pour parvenir à leurs fins, les juges européens vont rattacher artificiellement le Statut de l'Église, source de la restriction, à la loi qui lui est manifestement contraire, et ce à la faveur de l'affirmation d'une obligation inversée d'interprétation conforme. Le résultat, contestable, est qu'une mesure *contra legem* dictée par le statut d'une organisation privée est considérée comme « prévue par la loi ».

¹⁰⁰ C'est le cas sur le terrain du contrôle de la nécessité de la restriction, où il apparaît que la circonstance que d'autres syndicats de prêtres orthodoxes aient pu être enregistrés en Roumanie sous l'empire de la même législation a joué un plus grand rôle que les autres éléments.

¹⁰¹ Cas n° 2892, Rapport n° 363, mars 2012.

¹⁰² V. B.I.T., *Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale*, 5^e éd., 2006, § 220.

¹⁰³ Convention sur la liberté syndicale et la protection des droits syndicaux.

¹⁰⁴ Pour l'essentiel, le terme retenu coïncide avec la définition du travailleur selon le code du travail polonais, qui laisse en dehors de son champ les personnes employées sur la base de contrats de droit civil (contrats de service), les travailleurs indépendants et les autres personnes accomplissant un travail sans être des employeurs.

¹⁰⁵ V. B.I.T., *Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale*, 5^e éd., 2006, § 254.

leurs de l'agriculture, les travailleurs indépendants en général ou les membres des professions libérales qui doivent pourtant tous jouir du droit syndical»¹⁰⁶.

2. Dissolution des syndicats

Il en va du maintien des syndicats comme de leur formation : c'est un contrôle exigeant que déploient les instances européennes et internationales sur les mesures pouvant mettre en cause l'existence desdits syndicats. Dans l'affaire *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie*¹⁰⁷, cette mesure était rien moins qu'une dissolution, prononcée par la plus haute juridiction judiciaire turque. Le motif était l'ajout dans les statuts du syndicat d'une disposition par laquelle celui-ci s'assigne pour but de défendre « le droit de tous les individus de la société à recevoir dans l'égalité et la liberté, un enseignement démocratique, laïque, scientifique et gratuit dans leur langue maternelle ». Cette mention d'une langue qui pouvait apparaître comme n'étant pas le turc avait été jugée contraire à la Constitution. Examinant les conditions de cette dissolution, la Cour européenne a, quant à elle, conclu à la violation des articles 11 (liberté d'association et liberté syndicale) et 10 (liberté d'expression) de la Convention, au terme d'un raisonnement dont on retiendra d'abord qu'il instaure un contrôle des plus rigoureux sur les ingérences dans l'exercice de la liberté syndicale. La Cour insiste, en effet, sur le fait que « pour juger de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11, § 2, les États ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris celles d'une juridiction indépendante »¹⁰⁸. En définitive, la ligne jurisprudentielle ainsi promue peut être ainsi résumée : seuls des faits, imputables à l'organisation en cause, s'analysant en un appel à la violence, au soulèvement ou à toute autre forme de rejet des principes démocratiques peut justifier un acte aussi grave que la dissolution d'un syndicat. Plus encore, si on tient compte de l'affirmation selon laquelle « l'existence de minorités et de cultures différentes dans un pays constitue un fait historique qu'une société démocratique doit tolérer, voire protéger et soutenir selon des principes du droit international », il ne devrait pas suffire, au regard de la Convention, que l'État s'abstienne de dissoudre. Il devrait être regardé comme tenu par ailleurs par une obligation positive de protection et de promotion à l'égard des buts que ce syndicat se propose d'atteindre.

3. Accès aux prérogatives syndicales

Le statut de syndicat est en principe une clé d'accès à l'exercice des prérogatives syndicales dont les principales, garanties ou non comme droits autonomes dans les textes européens, sont l'action syndicale de laquelle participe la grève, la négociation collective, ainsi que la participation aux institutions représentatives du

¹⁰⁶ § 1084 de la décision.

¹⁰⁷ Cour eur. D.H., 25 septembre 2012, req. n° 20641/05.

¹⁰⁸ § 49 de l'arrêt. C'est nous qui soulignons.

personnel, parmi lesquelles le comité d'entreprise. Il n'est cependant pas rare que des qualités supplémentaires soient requises du syndicat et/ou de ses représentants, ce qui est le cas en France. Et il peut arriver aussi – c'est le cas en Allemagne – que la reconnaissance du statut syndical soit rendue plus difficile lorsque ce statut donne automatiquement le droit d'exercer les droits en question. Le CLS a eu à se prononcer sur ces deux cas de figure dans deux décisions récentes sur lesquelles il peut être utile de revenir, bien qu'elles aient été rendues avant le début de la période de référence de la présente chronique, en novembre 2011.

a. Admissibilité d'un critère de représentativité

Cette question est au centre de la décision sur la plainte conjointe *Confédération générale du travail (CGT) et syndicat Force ouvrière (FO) contre la France*¹⁰⁹. Dans un contexte général où se combinent recul des adhésions aux syndicats de travailleurs et revendication par ceux-ci, mais aussi par les organisations patronales, d'un rôle accru dans les processus de détermination des conditions de travail et dans la conduite des entreprises, le législateur français a, au moyen d'une loi du 28 août 2008, mis en place un dispositif de représentativité fondé sur l'audience électorale lors des élections professionnelles. Ce dispositif n'a pas cessé d'être attaqué sur trois points principaux. Sur son principe d'abord, c'est-à-dire sur le fait de subordonner la représentativité au score électoral réalisé lors des élections professionnelles. Sur le fait, ensuite, qu'un syndicat peut être reconnu comme représentatif et ne pas disposer de représentant au comité d'entreprise, alors qu'un syndicat non représentatif pourra siéger au sein de cette instance¹¹⁰. Sur le fait, enfin, que lorsque le syndicat remplit les conditions pour désigner des représentants au comité d'entreprise, ceux-ci devront nécessairement être choisis parmi les membres de la liste syndicale lors des dernières élections d'entreprise, cette désignation n'étant au surplus valable que si les représentants ont réuni sur leur nom au moins 10% des suffrages exprimés. La plainte examinée portait principalement sur ce dernier point¹¹¹ qui, aux yeux des deux organisations requérantes, était constitutif d'une violation du droit des syndicats à l'autonomie dans leur organisation. Le CLS leur a donné raison. « Tout en ne mettant pas en cause la légitimité du système d'élection de représentants syndicaux dans le comité d'entreprise », il a estimé « que le droit des organisations syndicales d'organiser leur gestion et leur activité conformément à l'article 3 de la convention n° 87 comprend la liberté pour les organisations reconnues comme représentatives de choisir leurs délégués syndicaux aux fins de la négociation collective »¹¹². Il va

¹⁰⁹ Cas n° 2750, Rapport n° 362, novembre 2011.

¹¹⁰ C'est ici la conséquence de ce que la représentativité s'apprécie au résultat du 1^{er} tour des élections, tandis que la légitimité pour siéger au sein de cette instance s'établit au second tour. Or l'aléa électoral fait qu'un syndicat peut réunir un nombre de suffrages suffisants (10% des suffrages exprimés) sans pouvoir concrétiser au second tour, et *vice versa*.

¹¹¹ Il est intéressant de constater que, en France, le contentieux sur ces trois points s'ordonne pour l'essentiel autour d'une discussion au regard des conventions de l'OIT et de la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 11 de la CEDH.

¹¹² § 987 de la décision.

même plus loin en demandant à la France de veiller à ce que le système établi sur la base des élections syndicales n'exclue pas cette possibilité pour les organisations en question d'être assistés par des conseillers.

b. Admissibilité de conditions rigoureuses d'accès au statut syndical

Se présentait à l'examen du CLS, avec l'affaire *Freie Arbeiterinnen – und Arbeiter-Union (FAU) c. Allemagne*¹¹³, le système allemand d'accès au statut de syndicat. Ce statut, ainsi qu'il a été dit plus haut, donnant accès automatiquement au droit d'action et de négociation collective, la jurisprudence a fixé des conditions strictes à son acquisition. Les 4 conditions à remplir par une organisation pour être reconnue comme syndicat sont les suivantes :

- avoir pour objectif de par ses statuts de défendre les intérêts de ses membres en leur qualité de travailleurs ;
- être disposée à conclure des conventions collectives ;
- être constituée librement et être indépendante ;
- être organisée à un niveau supérieur au lieu de travail ;
- se considérer comme liée par la législation en vigueur sur la négociation collective ;
- pouvoir s'acquitter de ses obligations de négociateur de manière effective et efficace, ce qui suppose une certaine capacité de s'affirmer vis-à-vis des autres partenaires sociaux, une position de force et une certaine efficacité dans son organisation.

À l'évidence, des conditions aussi rigoureuses sont de nature à poser d'abord problème du point de vue du droit à la libre constitution des syndicats. Mais ce système est, s'agissant de l'Allemagne, « sauvé » par l'article 9, § 3, de la Loi fondamentale qui, tel qu'interprété par la jurisprudence, permet à des associations d'être créées librement et d'agir tout aussi librement pour la défense des intérêts de leurs membres par tout moyen licite, à l'exclusion toutefois de la négociation collective, de la grève et du boycott. C'est ce qui explique que dans le cas d'espèce, le comité ait estimé que le refus par une juridiction, fondé sur le défaut de satisfaction à certains des critères rappelés ci-dessus, de reconnaître la qualité de syndicat à l'organisation requérante ne viole pas en elle-même les conventions n^{os} 87 et 98 de l'OIT. Reste qu'à ses yeux, la législation et la jurisprudence allemandes posent difficulté en ce qu'elles empêchent les organisations de travailleurs d'exercer les prérogatives, dont fait partie le droit de grève, que ces conventions reconnaissent à tous les syndicats, y compris aux syndicats minoritaires.

¹¹³ Cas n° 2805, Rapport n° 362, novembre 2011.

4. Exercice des prérogatives syndicales

En matière de prérogatives syndicales exercées, l'accent sera mis ici sur la grève, la négociation collective et l'expression syndicale.

a. Droit de négociation collective

Négociation libre et volontaire. La convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949) pose comme principe cardinal que la négociation collective doit être libre et volontaire. De ce principe découle à la fois l'obligation pour l'État de protéger les parties à la négociation contre les ingérences qui auraient pour auteur l'une ou l'autre et l'interdiction faite aux pouvoirs publics de commettre eux-mêmes une telle ingérence. Il ressort cependant de l'interprétation des termes de cette convention retenus par le CLS que cette prohibition n'est pas absolue. Les deux décisions rendues en novembre 2012 concernant respectivement l'Espagne¹¹⁴ et les Pays-Bas¹¹⁵ sont précisément à lire dans ce contexte, les requérants critiquant pour l'essentiel des ingérences de l'État. Il en ressort tout d'abord qu'une intervention des pouvoirs publics, consistant à inciter les partenaires sociaux – ou les parties sociales – à négocier, ou visant à faire pression pour obtenir des conditions de travail socialement acceptables pour les salariés et qui, dans un contexte de négociation particulièrement laborieuse, va jusqu'à offrir aux parties l'aide des autorités publiques pour la rédaction de l'accord ne constitue pas une ingérence contraire aux dispositions de la Convention n° 98. Elle s'analyserait plutôt en la mise en œuvre de l'obligation faite aux États de prendre les mesures nécessaires « pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire » (art. 4, Convention n° 98). Il ressort ensuite des mêmes décisions que les pouvoirs publics sont fondés, lorsque des négociations apparaissent durablement bloquées, et qu'au surplus elles concernent un secteur d'activité essentiel¹¹⁶, à prendre les mesures unilatérales qui s'imposent. « Il arrive un moment dans les négociations », estime le CLS, « où, après des négociations prolongées et infructueuses, l'intervention des autorités peut être justifiée, lorsqu'il devient évident que l'impasse ne pourra être résolue sans une initiative de leur part »¹¹⁷.

Droit de négociation et articulation des conventions collectives. Doit être signalée par ailleurs une question intéressante, posée dans le cadre des affaires grecques devant le Comité européen des droits sociaux, mais restée malheureusement sans réponse. Elle est de savoir si le droit de négociation collective, entendu comme droit de prendre part à la détermination collective des conditions de travail, impose une articulation entre conventions collectives de différents niveaux qui soit nécessairement favorable aux travailleurs. C'est en tout cas ce que soute-

¹¹⁴ Cas n° 2785, plainte de l'Union syndicale des contrôleurs aériens (USCA), Rapport n° 362, novembre 2012.

¹¹⁵ Cas n° 2905, plainte de la *Werkgeversvereniging Postverspreiders Nederland* (Fédération néerlandaise des employeurs de facteurs et factrices) (WPN), Rapport n° 365, novembre 2012.

¹¹⁶ Dans la décision concernant l'Espagne il s'agissait de services aéroportuaires.

¹¹⁷ § 737 de la décision sur le cas n° 2785.

nait le syndicat réclamant qui dénonçait le fait que dans le nouveau dispositif en vigueur en Grèce il soit prévu la possibilité pour les accords d'entreprise, « sans exception », de déroger « sans limitation » aux accords de branche, ainsi que le fait qu'en l'absence de syndicats d'entreprise les syndicats de branche ou la fédération correspondante soient dorénavant habilités à conclure directement des conventions collectives d'entreprise. Le Comité européen des droits sociaux a estimé ne pas avoir à répondre en l'espèce à ces griefs, parce que les réclamants invoquaient l'article 3, § 1, du protocole additionnel de 1988 à la Charte plutôt que l'article 6, § 2 qu'il considère comme seul fondement de ce droit, et parce que, en tout état de cause, la Grèce a exclu l'article 6 des dispositions de la Charte qui la lient. On voit mal cependant comment une argumentation de ce type aurait pu prospérer sans associer à l'article 6, § 2, de la Charte une autre disposition substantielle.

b. Droit de grève

Les conditions dans lesquelles l'exercice du droit de grève peut être restreint constituaient l'enjeu de la plainte introduite par le Syndicat des producteurs de denrées alimentaires lituaniens contre la Lituanie, et de la décision du CLS qui s'en est suivie¹¹⁸. Dans cette affaire un préavis de grève déposé par le syndicat dans une usine de production de bière avait été, sur recours de l'employeur, suspendu par le juge pendant plusieurs mois, la grève décidée ayant été, en définitive, jugée illicite. Deux justifications étaient avancées à l'appui de cette restriction, dont il revenait au CLS de dire si elles étaient légitimes au regard des conventions n^{os} 87, 98 et 135 de l'OIT. La première, selon laquelle la production de la bière serait un service sensible a été vite écartée par le Comité au motif, évident, que la pénurie de bière ne constitue pas « une menace évidente et imminente pour la vie, la sécurité et la santé dans tout ou partie de la population »¹¹⁹. Plus de crédit a été accordé à la seconde tenant à l'illicéité, en droit lituanien, des grèves menées durant la période de validité d'une convention collective en l'absence d'une violation caractérisée de celle-ci par l'employeur. De l'avis du Comité, un tel système n'est pas incompatible avec les conventions précitées, pourvu qu'existent des mécanismes impartiaux et rapides permettant de résoudre les litiges individuels ou collectifs relatifs à l'interprétation ou l'application des conventions collectives.

L'arrêt *Finnair Oyj* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 4 octobre 2012¹²⁰ fournit, quant à lui, une belle illustration de la place congrue du droit de grève dans le droit de l'Union européenne. L'explication est connue. En effet, si l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE proclame bien le droit des travailleurs et des employeurs, ainsi que de leurs organisations respectives, « de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève », cette modalité particulière de l'action collec-

¹¹⁸ Cas n^o 2907, Rapport n^o 364, juin 2012.

¹¹⁹ § 670 de la décision. On ne peut cependant que rester perplexe face à l'affirmation que la production en question n'est pas « un service essentiel au sens strict du terme » (c'est nous qui soulignons).

¹²⁰ Aff. C-22/11.

tive demeure, en tant que telle, exclue du champ de la réglementation de l'Union en vertu de l'article 153, § 5, TFUE. On ajoutera que, même du point de vue de la Charte des droits fondamentaux, le droit énoncé à l'article 28 doit s'exercer « conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales », formule qui, interprétée à la lumière de l'article 153 TFUE, tendrait plutôt à placer sa garantie hors du système juridique de l'Union.

Cette problématique de l'effacement communautaire du droit est remarquablement illustrée par l'arrêt *Finnair Oyj*. Au centre de l'affaire se trouvait en effet, non pas la question du droit de grève, mais plutôt celle des droits des passagers des compagnies aériennes, spécialement du droit à indemnisation en cas de refus d'embarquement, en vertu d'un règlement communautaire¹²¹. Suite à une grève à l'aéroport de Barcelone ayant entraîné l'annulation d'un de ses vols, la compagnie Finnair avait dû réorganiser ses rotations afin d'acheminer dans les meilleurs délais les passagers victimes de cette annulation. C'est dans ce contexte qu'un passager ayant réservé sur un autre vol s'est vu, deux jours plus tard, refuser l'embarquement. L'affaire posait alors, compte tenu des règles communautaires invoquées, la question de savoir si la grève peut être considérée comme un fait justificatif exonérant le transporteur de sa responsabilité. La réponse de la Cour est négative. La logique de cette solution est parfaitement exposée par l'avocat général, dans les termes suivants : « Lorsque l'annulation ou le retard de vol est dû à des circonstances extraordinaires, le transporteur aérien n'est pas tenu de verser l'indemnisation prévue à l'article 7 du règlement n° 261/2004 dans la mesure où ce transporteur n'avait aucune maîtrise sur les événements. Les difficultés et les désagréments subis par les passagers n'étant pas de la responsabilité dudit transporteur, l'indemnité, qui remplit une fonction dissuasive, n'a pas lieu d'être. En revanche, tel n'est pas le cas lorsque le passager se voit refuser, comme dans la présente affaire, l'embarquement après qu'une réorganisation des vols a été décidée par le transporteur aérien à la suite de circonstances extraordinaires. De par cette seule décision, le transporteur aérien fait subir des difficultés et des désagréments à un ou plusieurs passagers choisis de manière tout à fait aléatoire. Pour cette raison, parce que le préjudice supporté est imputable au transporteur aérien, l'indemnité reste due afin de dissuader ce dernier de recourir à une telle pratique et de privilégier l'appel aux volontaires acceptant de renoncer à leur réservation, conformément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 261/2004 »¹²².

Appliquée à la grève, cela revient à dire que si celle du personnel d'un aéroport, parce que le transporteur n'a pas prise sur elle et parce qu'elle « n'aurait pas pu être évité[e] même si toutes les mesures raisonnables avaient été prises », relève bien des « circonstances extraordinaires » au sens du Règlement, elle n'exonère ledit transporteur de sa responsabilité que si elle est la cause immédiate du refus

¹²¹ Règlement (CEE) n° 295/91 du Conseil, du 4 février 1991, établissant des règles communes relatives à un système de compensation pour refus d'embarquement dans les transports aériens réguliers, *J.O. L 36*, p. 5.

¹²² §§ 60 et 61 des conclusions.

d'embarquer¹²³. Est-ce à dire alors que doivent être exclues de la qualification de « circonstances exceptionnelles » les grèves menées par le personnel propre de la compagnie aérienne? C'est en tout cas ce que suggère l'arrêt en faisant peser sur celle-ci une obligation de diligence spéciale aux fins de trouver une solution permettant d'éviter le refus d'embarquement. Surgit alors une autre question: de quelle marge de liberté dispose le transporteur dans le choix de ces mesures? L'arrêt est muet sur ce point et il est fort probable que la jurisprudence de la Cour le restera durablement. Suivant le raisonnement de la Cour la grève est un pur fait qui ne peut être réglé que par le droit interne. Dans le champ du droit de l'Union, dans celui du Règlement de 2004 en tout cas, il faudra se borner à en tirer les conséquences juridiques. En cela, la logique de l'arrêt *Finnair Oyj* s'apparente assez à celle des fameux arrêts *Viking* et *Laval*¹²⁴, où l'action collective était analysée essentiellement en termes d'entrave à la libre circulation. Mais au moins, dans ces arrêts-ci, la Cour avait aussi reconnu à cette action collective le caractère de droit social fondamental appartenant au droit de l'Union, ce qui n'est pas le cas dans la présente décision. On observera également que dans la balance des valeurs, le droit individuel du voyageur l'emporte sur le droit d'exercice collectif des travailleurs. Pour n'être que la conséquence de ce que le premier est régi par le droit de l'Union tandis que le second ne l'est pas, le fait ne reste pas moins préoccupant.

c. Liberté d'expression syndicale

On remarquera, pour finir, que parmi les moyens dont disposent les syndicats pour défendre les intérêts de leurs membres ou, plus largement, les intérêts professionnels, l'expression syndicale fait l'objet, depuis ces trois dernières années, d'une attention croissante de la part de la Cour EDH. En témoigne l'arrêt du 25 septembre 2012, *Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others c. Slovaquie*¹²⁵. À la suite d'une manifestation organisée par un syndicat pour protester contre des mesures touchant à la protection sociale des policiers, et au cours de laquelle la démission du gouvernement avait été réclamée, des responsables syndicaux avaient fait l'objet de mesures de mutation et de rétrogradation de la part du ministre de l'Intérieur. Pour la Cour, il y a violation de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, pris dans sa branche relative à la liberté syndicale. La solution est remarquable. En effet, jusqu'alors, dans les affaires touchant à des manifestations ou à des réunions syndicales sur la voie publique, c'était plutôt au regard de la liberté de réunion et de manifestation que le contrôle européen s'opérait¹²⁶. Et lorsque l'expression syndicale passait par l'affi-

¹²³ Dans pareil cas, il est néanmoins loisible au transporteur, ainsi que le souligne la Cour, de demander réparation du préjudice subi à raison de la grève aux personnes responsables de celle-ci, y compris à titre individuel.

¹²⁴ C.J., 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05; et 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05. V. P. RODIÈRE, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTD eur.*, 2008/47.

¹²⁵ Req. n° 11828/08.

¹²⁶ V. par ex. Cour eur. D.H., arrêt *Karaçay c. Turquie*, 27 juin 2007, req. n° 6615/03; arrêt *Urcan e. a. c. Turquie*, 17 juillet 2008, req. n°s 23018/04, 23034/04, 23042/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23086/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04 et 23676/04; et arrêt *Barraco c. France*, 5 juin 2009, req. n° 31684/05.

chage ou la presse syndicale, il était opté pour l'article 10 à titre principal¹²⁷. Il faut espérer que ce changement de fondement juridique est le signe d'une évolution de la jurisprudence quant à ses exigences. C'est un fait que la protection concédée par la Cour à la liberté d'expression syndicale est jusqu'ici restée timorée¹²⁸, et on incline à penser que la raison est à rechercher dans le fait que cette liberté n'était pas rattachée à son socle logique qui est la liberté syndicale¹²⁹. Quoiqu'il en soit, ce rattachement a conduit en l'espèce la Cour à soumettre les mesures restrictives à un contrôle plus rigoureux, en exigeant d'elles qu'elles soient justifiées par l'existence d'un besoin social impérieux comme c'est le cas pour toute restriction de la liberté syndicale. Le résultat en est un constat de violation de l'article 11.

IV. Protection sociale et aide sociale

Dans la plupart des droits des États européens, la notion de protection sociale renvoie à un double dispositif, de sécurité sociale (en ce comprise la protection sociale complémentaire) et d'aide sociale, le premier obéissant à une logique contributive et le second à une logique de solidarité, en principe nationale. Cette dichotomie est toutefois plus diffuse en droit international et en droit européen. Elle existe ici mais s'efface là. Aussi ne sera-t-il pas systématiquement adopté comme schéma de référence pour les développements qui suivent. Il a paru plus indiqué de suivre les évolutions du droit et de la jurisprudence en épousant leurs contours. Pour 2012, l'aide sociale n'occupe qu'une part congrue dans les décisions rendues par les instances européennes.

A LE DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE : IDENTIFICATION, CONSISTANCE

1. Identification

La sécurité sociale est un dispositif juridique et technique connu. Mais c'est aussi un droit social fondamental, dimension moins couramment mise en exergue, sauf au titre des « droits sociaux » entendus comme « acquis sociaux » ou comme « prestations » sociales.

Le droit à la sécurité sociale n'est pas consacré par tous les textes ni dans tous les cadres. L'article 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit que « Les États parties reconnaissent le droit de toute personne

¹²⁷ V. Cour eur. D.H., arrêt *Aguilera Jimenez e.a. c. Espagne*, 8 décembre 2009, req. n° 28389/06 et s.; arrêt *Papaioannopol c. Roumanie*, 16 juin 2010, req. n° 17590/02; arrêt *Palomo Sanchez et autres c. l'Espagne*, 12 septembre 2011, req. n° 28955/06; arrêt *Vellutini et Michel c. France*, 6 octobre 2011, req. n° 32820/09.

¹²⁸ V. J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « La liberté d'expression syndicale, parent pauvre de la démocratie », *Recueil Dalloz* 2010, p. 1456.

¹²⁹ V. J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « La liberté d'expression syndicale, fille méconnue de la liberté syndicale. Plaidoyer pour des retrouvailles sous l'égide de l'article 11 de la CEDH », in *Mélanges en l'honneur de Nikitas Aliprantis*, à paraître; « Pour un renouvellement de la jurisprudence de la Cour EDH relative à la liberté d'expression syndicale », *Droit ouvrier*, mai 2013, n° 778.

à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales». Il retient une conception élargie de la sécurité sociale englobant l'aide sociale. En Europe, seule la Charte sociale européenne reconnaît ce droit, distingué ici du droit à l'assistance sociale (et médicale). L'article 12 qui lui est consacré oblige les États : « à établir ou à maintenir un régime de sécurité sociale (§ 1) ; à maintenir le régime de sécurité sociale à un niveau satisfaisant, au moins égal à celui nécessaire pour la ratification du Code européen de sécurité sociale (§ 2) ; à s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut (§ 3) ; à prendre des mesures [...] pour assurer : l'égalité de traitement entre les nationaux de chacune des Parties et les ressortissants des autres Parties en ce qui concerne les droits à la sécurité sociale (§ 3a) [et] l'octroi, le maintien et le rétablissement des droits à la sécurité sociale par des moyens tels que la totalisation des périodes d'assurance ou d'emploi accomplies conformément à la législation de chacune des Parties (§ 3b) ». De ce droit fondamental, on ne trouve en revanche pas trace dans le droit de l'Union européenne ou dans la CEDH. Cela peut surprendre dans le premier cas lorsqu'on sait que de nombreux textes de l'Union, principalement en la forme de règlements, sont consacrés à la matière de la sécurité sociale. Cela surprend encore eu égard au fait qu'un article particulier de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 34, est réservé à cet objet. À l'inverse, la proposition paraît relever du constat d'évidence dans le cas de la Convention européenne des droits de l'homme. Il sera loisible à quiconque d'observer que celle-ci ne comprend aucune disposition ayant pour objet la sécurité sociale. Mais, en même temps, l'accord se fera aisément sur le fait que si la Convention – de même que le droit de l'Union – ne garantit pas de *droit* à la sécurité sociale, il confère néanmoins certains droits en matière de sécurité sociale, sur la base de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 (droit au bien)¹³⁰. La jurisprudence de 2012, dont il sera question plus loin, en atteste clairement.

De cette géographie du droit européen de la sécurité sociale, il peut être tiré deux enseignements principaux. Le premier est que nulle part ailleurs que dans la Charte sociale il n'est imposé aux États une obligation de mettre en place un système de sécurité sociale et, encore moins l'exigence d'un certain niveau de protection. Lesdits États disposent par conséquent en la matière, dans le droit de l'Union et dans celui de la Convention européenne des droits de l'Homme, d'une liberté absolue. La Cour de Strasbourg l'a encore rappelé dans ses arrêts les plus récents : « L'article 1 du Protocole n° 1 n'impose aucune restriction à la liberté pour les États contractants de décider d'instaurer ou non un régime de protection sociale ou de choisir le type ou le niveau des prestations censées être accordées au titre d'un tel régime »¹³¹. Le second enseignement est que, une fois que le système ou les régimes de sécurité sociale mis en place, ils sont « saisis » par le droit européen et devront correspondre à certaines exigences, et donc ne pas heurter, voire

¹³⁰ V. not. « La sécurité sociale comme droit de l'homme, la protection offerte par la Convention européenne des droits de l'homme », *Dossiers sur les droits de l'homme*, n° 23, Editions du Conseil de l'Europe.

¹³¹ Cour eur. D.H., arrêt *Manzanas Martín c. Espagne*, 3 avril 2012, req. n° 17966/10, § 34 ; ou encore arrêt *Efe c. Autriche*, 8 janvier 2013, req. n° 9134/06, § 46. Jurisprudence constante. Pour une expression dans la jurisprudence antérieure v. l'important arrêt *Carson c. Royaume-Uni* [GC], 16 mars 2010, req. n° 42184/05, § 64.

garantir un certain nombre de droits de l'assuré social : droit à un traitement non-discriminatoire, droit au versement des prestations, droit à la totalisation des périodes d'assurance, etc.

2. Consistance

La convergence est remarquable entre les textes sur la notion même de sécurité sociale au sens strict. Ainsi que la définit le règlement (CEE) n° 1408/71, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté¹³², la notion s'entend de tous les régimes de sécurité sociale, qu'ils soient généraux et spéciaux, contributifs et non contributifs, ainsi qu'aux régimes relatifs aux obligations de l'employeur en la matière. Ces systèmes couvrent généralement, en Europe, les risques sociaux suivants : maladie et soins médicaux, maternité, invalidité, vieillesse, veuvage et décès, accidents de travail et maladies professionnelles, chômage, prestations familiales¹³³.

B. RÉFORME DES RÉGIMES DE SÉCURITÉ SOCIALE ET DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE

Il suit de ce qui précède que ce n'est qu'au regard de l'article 12 de la Charte sociale européenne que les réformes des systèmes de sécurité sociale peuvent poser problème. Cela est confirmé en creux par la décision d'irrecevabilité rendue par la Cour européenne des droits de l'homme le 29 novembre 2012 dans l'affaire *Ramaer et van Willigen c. Pays-Bas*¹³⁴, à propos de la réforme, aux Pays-Bas du système d'assurance santé appliqué aux retraités néerlandais résidant dans d'autres pays de l'Union européenne. La requête portait, et cela est significatif, sur le maintien des acquis et des droits individuels et non sur le respect d'un certain standard, que la Convention ne fixe guère.

Mais ces potentialités de la Charte sociale sont surtout confirmées positivement par la décision du Comité européen des droits sociaux *GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce* du 23 mai 2012¹³⁵. La question est à nouveau celle de la compatibilité des mesures anti-crise, en particulier de celles portant réforme du système de sécurité et d'assurance sociales¹³⁶, avec cet instrument européen, et spécialement avec le § 3 de son article 12 qui prévoit que les États doivent « s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut ». Appliquant cette disposition, le Comité porte traditionnellement une appréciation globale sur

¹³² J.O. L 149.

¹³³ Article 4 du Règlement n° 1408/71 ; article 2 de la Convention européenne de sécurité sociale du 14 décembre 1972.

¹³⁴ Req. n° 34880/12.

¹³⁵ Réclamation n° 66/2011.

¹³⁶ Étaient critiquées plus précisément les nouvelles dispositions législatives limitant la couverture, d'une part, de l'assurance maladie aux seules prestations, en excluant les indemnités pour maladie et le remboursement pour l'achat de médicaments et, d'autre part, des accidents du travail à un 1%.

les réformes des régimes de sécurité sociale et considère, tout aussi traditionnellement, qu'une évolution pour partie restrictive du système n'est pas automatiquement contraire à cet article¹³⁷. Dans le même esprit, il juge dans la décision du 23 mai que celui-ci ne s'oppose pas à ce que soient prises des mesures d'assainissement des finances publiques en temps de crise économique afin d'assurer le maintien et la viabilité du système de sécurité sociale existant. Mais, précise-t-il, « de telles mesures ne [doivent] pas porter atteinte au cadre essentiel du régime de sécurité sociale national ou priver les individus de l'opportunité de bénéficier de la protection que ce régime offre contre de sérieux risques sociaux et économiques ». Il suit de là que « toute évolution du système de sécurité sociale doit maintenir en place un système de sécurité sociale obligatoire suffisamment étendu et éviter d'exclure des catégories entières de travailleurs de la protection sociale offerte par ce système ». De sorte que « les mesures d'assainissement financière qui ne respectent pas ces limites constituent des démarches rétrogrades qui ne peuvent être en conformité avec l'article 12, § 3 »¹³⁸. Le nouveau dispositif, en ce qu'il exclut certains travailleurs – les titulaires de contrats d'apprentissage notamment – et en ce qu'il baisse considérablement le niveau de couverture des risques pour les autres ne pouvait, dans ces conditions, qu'être déclaré contraire aux prescriptions de cette disposition.

C. ACCÈS AUX PRESTATIONS SOCIALES ET NON DISCRIMINATION

1. Garantie du bénéfice des prestations sociales

La garantie du bénéfice des prestations sociales est apportée d'abord par l'article 1^{er} du protocole 1. Il est en effet de jurisprudence constante désormais que lesdites prestations peuvent constituer des biens au sens de cette disposition, c'est à dire des intérêts patrimoniaux protégés.

Depuis l'important arrêt *Stec e. a. c. Royaume-Uni*¹³⁹, la Cour a considéré que les prestations tant dans les systèmes contributifs que dans les systèmes non contributifs constituent des biens dès lors qu'elles ont une base juridique en droit interne. Cette base juridique est à rechercher dans les règles étatiques ou dans la jurisprudence. De sorte qu'un droit à prestation né d'un contrat privé sans base légale ou réglementaire ne constitue pas un bien¹⁴⁰. La remise en cause de pareils contrats par la loi ne saurait alors être regardée comme une violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, celui-ci n'étant pas applicable. À l'inverse, toute décision administrative ou judiciaire de révoquer un droit à prestation – pension de retraite, allocation familiale, prestation maladie, ou autres – ou d'en réduire la teneur s'analysera en une ingérence dont la légalité conventionnelle sera appré-

¹³⁷ Conclusions XIX-2, 2009, Observation interprétative relative à l'article 12, § 3.

¹³⁸ § 47 de la décision.

¹³⁹ Arrêt du 6 juillet 2005, req. n°s 65731/01 et 65900/01.

¹⁴⁰ Arrêt *Ramaer et van Willigen* précité.

ciée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Il n'y a pas place ici pour l'examen dans le détail de la manière dont celle-ci a opéré dans les affaires jugées en 2012¹⁴¹. Qu'il suffise d'indiquer qu'en la matière, ainsi qu'il est rappelé dans l'affaire *Manzanas Martín c. Espagne*¹⁴², «les principes qui s'appliquent généralement aux affaires concernant l'article 1 du Protocole n° 1 gardent toute leur pertinence dans le domaine des prestations sociales» (§ 34). La restriction devra donc être prévue par la loi¹⁴³, être justifiée par un but d'intérêt général et être nécessaire dans une société démocratique¹⁴⁴.

2. Non-discrimination en matière de prestations sociales

Le bénéficiaire des prestations sociales est soumis, à quelque texte que l'on se réfère, au principe de non-discrimination.

Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme, cet accès sans discrimination est garanti par la combinaison de l'article 1^{er} du protocole n° 1 avec l'article 14 de la Convention elle-même. Le jeu de ces dispositions a été précisé dans l'arrêt *Manzanas Martín c. Espagne*¹⁴⁵ dans les termes suivants: «dans des cas tels celui de l'espèce, où des requérants formulent sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 un grief aux termes duquel ils ont été privés, en tout ou en partie et pour un motif discriminatoire visé à l'article 14, d'une prestation donnée, le critère pertinent consiste à rechercher si, n'eût été la condition d'octroi litigieuse, les intéressés auraient eu un droit, sanctionnable devant les tribunaux internes, à percevoir la prestation en cause»¹⁴⁶. Les États jouissent en principe d'une assez large marge d'appréciation de la mesure dans laquelle des différences de traitement peuvent être justifiées. En conséquence la Cour estime devoir limiter son contrôle aux appréciations «manifestement dépourvues de base raisonnable»¹⁴⁷. En l'espèce, c'est la décision de différencier entre prêtres catholiques et pasteurs protestants pour ce qui concerne la prise en compte de l'activité pastorale précédant l'intégration dans le régime de la sécurité sociale qui est ainsi qualifiée.

¹⁴¹ Une série d'affaires polonaises qui ont donné lieu à 13 arrêts rendus le 4 décembre 2012, dont l'arrêt *Świątek c. Pologne*, req. n° 8578/04; auxquels il convient d'ajouter, outre les arrêts déjà cités, arrêt *Khoniakina c. Georgie*, 19 juin 2012, req. n° 17767/08; arrêt *Raviv c. Autriche*, 13 mars 2012, req. n° 26266/05; et arrêt *Kostadimas e.a. c. Grèce*, 26 juin 2012, req. nos 20299/09 et 27307/09.

¹⁴² Arrêt précité.

¹⁴³ À signaler à cet égard l'arrêt *Grudić c. Serbie*, 17 avril 2012, req. n° 31925/08, concernant la décision du Fonds serbe des pensions et de l'assurance invalidité de ne plus verser leurs pensions d'invalidité à des serbes du Kosovo dès lors que ce territoire était désormais sous administration internationale. La Cour conclut à la violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 au motif que cette décision n'était fondée que sur un les avis du ministère des Affaires sociales et du ministère du Travail, non constitutifs d'une loi au sens de la Convention.

¹⁴⁴ Pour une présentation générale de ce contrôle, v. A. GRGIC, Z. MATAGA, M. LONGAR et A. VILFAN, *Le droit à la propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Éd. du Conseil de l'Europe, Précis sur les Droits de l'homme, n° 10.

¹⁴⁵ Arrêt précité.

¹⁴⁶ § 35 de l'arrêt.

¹⁴⁷ § 41 de l'arrêt.

Des questions relatives à l'accès sans discrimination se sont aussi posées en rapport avec le droit de l'Union. On ne reviendra pas sur l'important arrêt *Kamberaj* de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁴⁸, déjà commenté dans une autre chronique¹⁴⁹, et qui, combinant la directive 2003/109 sur le statut des ressortissants de pays tiers avec l'article 34 de la CDFUE, dégage un principe de non discrimination fondée sur la nationalité en matière d'aide au logement au profit des ressortissants des pays tiers résidents de longue durée. Pour les mêmes raisons, on se bornera aussi à signaler l'arrêt *Elbal Moreno*¹⁵⁰ qui est une application, dans le domaine des pensions, de la jurisprudence de la CJUE relative aux discriminations indirectes. Il convient en revanche d'insister sur l'affaire *O'Brien*¹⁵¹. Il s'agissait de savoir si des juges à temps partiel titulaires d'une charge, rémunérés sur la base d'honoraires journaliers, pouvaient être qualifiés de travailleurs au sens de l'accord-cadre de 1997 sur le travail à temps partiel aux fins de l'accès au régime de pension de retraite¹⁵². Dans le contexte de l'accord-cadre, cela revient à savoir si ces personnes remplissent les conditions pour se prévaloir du principe, que pose la clause 4, de non discrimination fondée sur le statut de travailleur à temps partiel. On sait que ni l'accord-cadre, ni la directive qui le promulgue ne définissent cette notion, pas davantage que celles de « contrat de travail » ou de « relation de travail », ce dont la CJUE a déduit que le contenu de ces notions dépendait des droits nationaux¹⁵³. Pour autant, ainsi qu'il est rappelé dans l'arrêt *O'Brien*, la liberté de détermination des États en la matière trouve sa limite dans la nécessité d'assurer l'effet utile de l'interdiction des discriminations que formule la clause 4. En l'espèce, cela a eu pour conséquence que la seule circonstance que les juges soient en vertu du droit interne titulaires d'une charge, et que ce statut exclut toute relation de travail et l'existence d'un quelconque contrat de travail, ne suffit pas à écarter l'application de l'accord-cadre. Encore faut-il, juge la Cour, que « la nature de la relation de travail en cause [soit] substantiellement différente de celle qui lie à leurs employeurs les employés relevant, selon le droit national, de la catégorie des travailleurs ». Et les juges européens d'indiquer aux juridictions internes les critères à prendre en compte à cet effet. Ceux-ci renvoient pour l'essentiel aux modalités de désignation et de révocation des juges, ainsi qu'aux modes d'organisation de leur travail. Une fois la qualité de travailleur acquise sur la base de ces critères, seules des « raisons objectives », qu'il appartient aux juridictions nationales d'apprécier, pourraient justifier que des juges à temps partiel soient traités différemment et moins bien que les juges à temps plein, sous réserve d'appliquer la règle du *prorata temporis* que pose l'accord-cadre.

¹⁴⁸ C.J. (GC), 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10, note F. GAZIN, *Europe* 2012, comm. 486.

¹⁴⁹ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Chronique sur le droit de l'égalité et de la non-discrimination », précitée.

¹⁵⁰ C.J., 22 novembre 2012, C-385/11, note L. DRIGUEZ, *Europe* 2013, comm. 46.

¹⁵¹ C.J., 1^{er} mars 2012, C-393/10, note L. DRIGUEZ, *Europe* 2012, comm. 214.

¹⁵² À noter que la jurisprudence a retenu que la notion de « conditions d'emploi » qui figure à la clause 4 se rapporte aussi aux pensions de retraite qui sont fonction d'une relation d'emploi entre travailleur et employeur (C.J., 10 juin 2010, *Bruno e.a.*, C-395/08 et C-396/08).

¹⁵³ V. par ex. C.J., *Wippel*, 12 octobre 2004, C-313/02.

D. SÉCURITÉ SOCIALE DES TRAVAILLEURS MIGRANTS DANS L'UNION EUROPÉENNE

En matière de sécurité sociale des travailleurs migrants dans l'Union européenne, le droit de l'Union s'est assigné un objectif modeste qui est de coordonner les régimes nationaux. Le texte essentiel en la matière est le règlement n° 1408/71, modifié à plusieurs reprises depuis son adoption initiale¹⁵⁴. L'idée que concrétise ce texte est de soumettre au régime de sécurité sociale d'un seul État membre les travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent au sein de l'Union. Le système repose donc pour l'essentiel sur les règles de détermination de la législation applicable, objet de l'article 13 du Règlement. Le critère principal aux fins de la détermination de cette législation est celui du lieu d'exercice de l'activité. Et c'est autour de lui que tourne l'essentiel du contentieux de la sécurité sociale des travailleurs migrants, y compris en 2012.

C'était le cas dans l'affaire *Bakker*¹⁵⁵. L'affaire présente à vrai dire un intérêt assez limité, qui se résume au fait que la Cour assimile les dragueurs aux navires, pour leur appliquer la règle selon laquelle l'activité d'un travailleur exerçant sur un navire est soumise à la législation de l'État de pavillon, et ce même lorsque ledit navire opère pour l'essentiel dans les eaux territoriales d'un État non membre de l'Union, pour autant que le rapport de travail garde un rattachement suffisamment étroit avec le territoire de l'État membre. D'un autre arrêt, l'arrêt *Partena ASBL*¹⁵⁶, on retiendra pour l'essentiel la réaffirmation par la Cour de ce que la notion de « lieu d'exercice de l'activité » est une notion communautaire, ce qui s'oppose à ce qu'un État membre puisse en déterminer unilatéralement, même indirectement, le contenu.

L'arrêt le plus intéressant et le plus important sur ce terrain reste incontestablement l'arrêt *Reichel-Albert*¹⁵⁷. Il portait sur la question de savoir si une personne qui a pendant un temps élu résidence dans un État membre où elle a eu et élevé ses enfants, mais qui a toujours travaillé et cotisé dans un autre État membre peut demander dans ce dernier État la prise en compte, pour le calcul des prestations d'assurance vieillesse, des périodes d'éducation de ses enfants. Ce qui est remarquable dans la démarche suivie par la Cour est qu'elle interprète l'article 13 du règlement à la lumière de l'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Autrement dit, elle mobilise la citoyenneté européenne et le droit à la libre circulation qui s'y attache comme principe d'interprétation des règles de désignation. Cela la conduit alors à juger que la législation allemande en cause, qui exclut la prise en compte des périodes d'éducation d'enfants passées en dehors du territoire national au titre de l'assurance vieillesse, est contraire au droit de l'Union. On ne peut qu'être frappé par l'analyse qui sous-tend cette position :

¹⁵⁴ J.O. L. 28, 30 janvier 1997.

¹⁵⁵ C.J., 7 juin 2012, C-106/11, note L. DRIGUEZ, *Europe* 2012, comm. 319.

¹⁵⁶ C.J., 27 septembre 2012, C-137/11.

¹⁵⁷ C.J., 19 juillet 2012, C-522/10, note F. GAZIN, *Europe* 2012, comm. 381.

« une réglementation nationale désavantageant certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre engendre ainsi une inégalité de traitement contraire aux principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union, à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler ».

Doit être enfin signalé l'arrêt *Format Urz dzenia i Monta e Przemyslowe*¹⁵⁸, qui se signale principalement comme contribution du juge de l'Union à la lutte contre le dumping social entre les États membres. Il ressort en effet essentiellement de cette décision qu'une entreprise établie en Pologne mais opérant – dans le secteur de la construction en l'occurrence – sur tout le territoire de l'Union, ne peut valablement réclamer, en se fondant sur le règlement n° 1408/71, le rattachement à la loi de la sécurité sociale polonaise de contrats à durée déterminée successifs correspondant à des missions distinctes qui ont été, pour chacune d'entre elles, exécutées entièrement sur le territoire d'un autre État membre. En décidant de la sorte, la Cour a mis fin aux espoirs de l'entreprise en question d'échapper aux régimes de cotisation français et finlandais, plus coûteux pour elle que le régime polonais. Elle a aussi déjoué la manœuvre consistant à prédéterminer la législation applicable par une désignation ouverte, dans le contrat de travail, du lieu d'activité¹⁵⁹. Il s'ensuit que seule la réalité du lieu de l'exécution de l'activité importe, et doit l'emporter sur les clauses du contrat de travail pour la détermination de la loi applicable.

E. ASSISTANCE SOCIALE ET CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE

La question de l'assistance sociale a été abordée dans une seule décision, en rapport avec la Charte sociale européenne¹⁶⁰. Mais cette décision est du plus grand intérêt. Elle donne d'abord à voir le concours, dans la Charte, des dispositions protectrices du droit à l'aide sociale et en définit ainsi indirectement le contenu. Mais elle précise aussi les conditions d'accès à ce droit des étrangers en situation irrégulière.

1. *Fondements et portée matérielle du droit à l'assistance sociale*

La réclamation de Défense des enfants internationale (DEI) portait sur le sort fait en Belgique aux mineurs en situation irrégulière, accompagnés ou non. L'organisation avait décidé de mobiliser, pour dénoncer la violation du droit à l'assistance sociale, pas moins de six articles de la Charte révisée, à savoir les articles 7 (droit des enfants et adolescents à la protection), 11 (droit à la protection de la santé),

¹⁵⁸ C.J., 4 octobre 2012, C-115/11.

¹⁵⁹ La clause précisait – généreusement – comme lieu d'exécution de l'activité : « les installations et constructions en Pologne et sur le territoire de l'Union européenne (Irlande, France, Grande-Bretagne, Allemagne, Finlande) ». L'intérêt, aux yeux de l'entreprise, d'une telle clause était de faire apparaître le travail comme s'exécutant dans une pluralité d'États mais ayant à chaque fois comme base stable la Pologne, de sorte que la législation applicable serait toujours celle de cet État.

¹⁶⁰ C.E.D.S., *Défense des enfants internationale (DEI) c. Belgique*, 23 octobre 2012, réclamation n° 69/2011.

13 (droit à l'assistance sociale et médicale), 16 (droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique, 17 (droit des enfants et adolescents à une protection sociale, juridique et économique) et 30 (droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale). La stratégie est connue, et on pouvait penser que le recours n'aboutirait pas sur tous ces terrains. Le fait est cependant qu'il l'a été – sous réserve de ce qui sera précisé ultérieurement concernant l'application personnelle de ces articles –, ce dont il résulte que tous ces articles protègent, même si c'est dans une mesure variable, le droit en cause, à tous le moins dans le chef des personnes mineures.

L'article 13 est sans nul doute celui qui contient la norme de référence la plus générale. Celle-ci comprend notamment un droit à prestation sociale et médicale dont le CEDS a dit très tôt qu'il « impose aux États qui ont accepté [cette disposition] l'obligation de reconnaître aux personnes privées de ressources un véritable droit subjectif à l'assistance dont le respect peut être réclamé devant les tribunaux »¹⁶¹. Pour ce qui concerne spécialement les migrants mineurs en situation irrégulière, qui ne sont bénéficiaires de la Charte qu'à titre exceptionnel¹⁶², cette obligation se limitera pour l'État à fournir l'aide médicale urgente, des soins de santé primaires et secondaires ainsi que l'assistance psychologique¹⁶³. La Belgique se voyant reprocher l'absence d'une aide médicale adéquate, l'article 13 pouvait être invoqué. Sa violation n'a pas pour autant été constatée en l'espèce, l'aide en question étant dispensée dans cet État sans condition de nationalité et, s'agissant des étrangers, sans égard à leur situation au regard des règles d'immigration et de séjour.

Restaient par conséquent les autres aspects de l'assistance sociale. Et c'est ici qu'apparaît un autre intérêt de la décision du 23 octobre 2012 : dans l'enrichissement substantiel du droit en cause par le recours aux autres dispositions de la Charte citée. Il apparaît ainsi que, s'agissant de mineurs en situation irrégulière, ce droit s'analyse plus largement en celui de bénéficier d'une « prise en charge immédiate » et globale couvrant les besoins tant d'hébergement, de moyens de subsistance, de santé et d'éducation, et qu'il se déduit de l'article 17, § 1, de la Charte révisée. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'en l'espèce, c'est du défaut d'une garantie de logement, contraire à l'article 17 dans sa dimension individuelle et à l'article 16 sur son versant familial, que vont découler la plupart des violations constatées. Ainsi de celle de la norme de l'article 11 qui énonce un droit d'accès aux soins de santé (§ 1), le Comité considérant que « la carence d'accueil des mineurs étrangers a pour effet de rendre problématique [leur] accès au système de santé » ; ainsi aussi de celle de la norme du même article qui commande aux États d'éliminer les causes d'une santé déficiente (§ 3) parce que, estime le Comité, l'incapacité persistante des dispositifs d'accueil, en forçant les personnes en question à vivre dans la rue, « a pour effet de les exposer à des risques accrus pour leur santé et inté-

¹⁶¹ Conclusions I, 1969.

¹⁶² V. *infra*.

¹⁶³ V. spéc. § 128 de la décision *DEI c. Belgique*.

grité physique». Il en va de même, et pour les mêmes raisons, de la disposition de l'article 7 (§ 10) qui garantit aux enfants et adolescents une protection spéciale contre les dangers physiques et moraux.

2. Accès des étrangers en situation irrégulière à l'assistance sociale

L'autre apport important de la décision du 23 octobre 2012 concerne l'application personnelle de la Charte. La question était la suivante : des étrangers en situation irrégulière, mineurs de surcroît, sont-ils bénéficiaires des droits énoncés par la Charte, et si oui, dans quelle mesure ? Ce n'est pas la première fois que cette question se pose, et le Comité y avait déjà répondu de manière novatrice¹⁶⁴ dans plusieurs décisions antérieures¹⁶⁵. Il n'est pas inutile de rappeler que cette réponse a consisté dans l'affirmation, par delà la lettre de la Charte¹⁶⁶, d'une applicabilité de ce texte aux étrangers en situation irrégulière, mais limitée à ce qui est nécessaire pour protéger leur vie et leur dignité. Les contours de ce régime de protection minimale ont été peu à peu précisés par le Comité.

La décision du 23 octobre 2012 confirme la jurisprudence antérieure tout en la consolidant. Au titre des confirmations, on signalera d'abord le rappel du fondement de cette jurisprudence : « la restriction du champ d'application personnel figurant dans l'Annexe », souligne le Comité, « ne saurait se prêter à une interprétation qui aurait pour effet de priver les étrangers en situation irrégulière de la protection des droits les plus élémentaires consacrés par la Charte, ainsi bien que de porter préjudice à leurs droits fondamentaux, tels que le droit à la vie ou à l'intégrité physique, ou encore le droit à la dignité humaine »¹⁶⁷. Est à signaler ensuite la définition de la portée de cette extension du champ d'application personnelle de la Charte : les étrangers ne sont éligibles à la protection de la Charte que pour autant que ces droits sont en cause¹⁶⁸. La protection est donc à la fois exceptionnelle et minimale. Partant, certaines dispositions de la Charte ne sont pas invocables dans ce contexte. Tel est, aux termes de la décision du 23 octobre, le cas de l'article 30 de la Charte révisée. Pour le Comité, en effet, le droit à la protection

¹⁶⁴ V. J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *La Charte sociale européenne et la protection des migrants en situation irrégulière*, Rapport pour l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. AS/Mig/Inf (2005) 17 juillet 2005 ; v. aussi, du même auteur : « L'applicabilité *ratione personae* de la Charte sociale européenne : ombres et lumières », in O. DE SCHUTTER (coord.), *The European Social Charter : a constitution for Europe / La Charte Sociale Européenne : une constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

¹⁶⁵ V. en particulier : C.E.D.S., *FIDH c. France*, 8 septembre 2004, R.C. n° 14/2003 ; *DEI c. Pays-Bas*, 20 décembre 2009, réclamation n° 47/2008 ; *COHRE c. Italie*, 25 juin 2010, réclamation n° 58/2009 ; *COHRE c. France*, 28 juin 2011, R.C. n° 63/2010. Pour un commentaire, v. J.F. AKANDJI-KOMBÉ, « Actualité de la Charte sociale européenne – Chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives (2008-2011) », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 547.

¹⁶⁶ Aux termes de l'Annexe à la Charte, « les personnes visées aux articles 1 à 17 et 20 à 31 ne comprennent les étrangers que dans la mesure où ils sont des ressortissants des autres Parties résidant légalement ou travaillant régulièrement sur le territoire de la Partie intéressée ».

¹⁶⁷ § 28 de la décision.

¹⁶⁸ Pour le Comité, en effet, « cette catégorie d'étrangers (qui comprend les mineurs accompagnés ou non accompagnés en séjour irrégulier) ne relève pas du champ d'application de toutes les dispositions de la Charte, mais seulement de celles dont la raison d'être est étroitement liée à l'exigence de garantir les droits de l'homme les plus fondamentaux et de garantir les personnes visées par la disposition en question contre les risques sérieux dans la jouissance de ces droits » (§ 36 de la décision).

contre la pauvreté et l'exclusion sociale que garantit cet article exige des États une approche globale et coordonnée impliquant l'adoption de mesures positives et de promotion économique, sociale et culturelle. Or, les mesures prises dans ce cadre n'apparaissent pas, pour la plupart, étroitement liées à l'exigence de garantir les droits de l'homme les plus fondamentaux. De sorte que leur bénéfice ne peut être raisonnablement ouvert aux étrangers en situation irrégulière¹⁶⁹. Quant aux dispositions qui sont applicables à ces personnes, elles ne le sont guère intégralement. C'est ainsi par exemple que, s'agissant de l'article 13, le Comité a jugé que seuls l'assistance médicale urgente et les soins de santé primaires et secondaires, ainsi que l'assistance psychologique essentielle, étaient accessibles aux mineurs étrangers en situation irrégulière¹⁷⁰.

La dimension consolidatrice de la décision du 23 octobre concerne, quant à elle, la justification proprement juridique de l'exception ainsi créée au profit des étrangers en situation irrégulière. Cette justification est plus ferme et plus volontaire que jamais. Le plus remarquable est sans doute la référence au *jus cogens*¹⁷¹. Pour le dire autrement et comme le Comité, l'interprétation ci-dessus présentée « s'impose en raison de la nécessité juridique de se conformer aux règles impératives du droit international général (*jus cogens*), telles que les règles qui obligent chaque État à respecter et protéger les droits à la vie et à l'intégrité psychophysique et à la dignité humaine de toute personne. Une interprétation rigide du paragraphe 1 de l'Annexe, qui aurait pour effet de ne pas reconnaître l'obligation des États parties de garantir aux mineurs étrangers en situation irrégulière la jouissance de ces droits fondamentaux ne saurait être compatible avec le *jus cogens* international ». La référence peut se discuter, notamment au regard de la définition du *jus cogens* en droit international¹⁷². Il n'y a pas place ici pour le faire. On notera seulement qu'elle manifeste l'intention du Comité de sanctuariser sa jurisprudence, la conséquence immédiate de son arrimage au *jus cogens* étant qu'elle ne devrait pas pouvoir être remise en cause par les États à la faveur d'une révision de la Charte¹⁷³.

Jean-François Akandji-Kombé

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne ;
Co-directeur du Département Droit social de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne,
Coordonnateur général du Réseau académique européen sur les droits sociaux.
e-mail : jean-francois.akandji-kombe@univ-paris1.fr

¹⁶⁹ § 145 de la décision.

¹⁷⁰ §§ 121 et s. de la décision.

¹⁷¹ §§ 29 et 33 de la décision.

¹⁷² Cette définition, donnée par l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, est la suivante : « une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

¹⁷³ On rappellera qu'aux termes de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, à laquelle le Comité se réfère d'ailleurs expressément, « est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général ».