

Quelle est l'articulation entre les points de vue de trois organisations internationales compétentes en matière de droits sociaux à propos du conflit entre les droits à la négociation et à l'action collectives et les libertés économiques ?

Mémoire réalisé par
Raphaëlle Deutsch

Promoteur
Filip Dorssemont

Année académique 2014-2015
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Avant toute chose, je voudrais à remercier le Professeur Filip Dorssemont qui a pris le temps de m'écouter, de me conseiller et de me suivre tout au long du processus qui a mené à la réalisation de cet article. Ses commentaires et observations m'ont permis de pousser ma réflexion encore plus loin. Ce mémoire ne serait pas ce qu'il est sans son aide. Merci Professeur.

Je tiens également à remercier tous les auteurs cités dans ce texte. Ils ont nourri ma pensée et m'ont apporté l'éclairage nécessaire sur le vaste sujet que j'aborde en ces lignes.

Enfin, je remercie mes proches pour leur soutien sans réserve durant cette année et demie. Je remercie tout particulièrement les personnes qui se sont attelées à la (lourde) tâche de la relecture de ce travail. Leurs commentaires et corrections m'ont beaucoup aidée dans l'élaboration de mon texte.

Table des matières

Abréviations.....	6
Introduction	7
Titre I. Le pluralisme juridique en tant que cadre normatif.....	8
Chapitre 1. Quelques conceptions différentes du pluralisme juridique, définition et origines.....	8
Introduction	8
Section 1. Mise en perspective historique – Le droit, avant la notion de pluralisme juridique au sens large	9
Section 2. Le pluralisme juridique classique, l'Etat au centre de la théorie.....	10
Sous-section 1. Différentes situations de pluralisme juridique	10
Sous-section 2. Les modalités du pluralisme juridique	12
Section 3. Le pluralisme juridique radical, une évolution du lieu d'existence du pluralisme, l'individu .	13
Chapitre 2. Application d'une conception dans le cadre des droits sociaux	16
Section 1. Le pluralisme juridique dans le cadre des droits sociaux	16
Section 2. Le pluralisme juridique négocié, une hypothèse de résolution du conflit.....	18
Titre II. Trois ordres juridiques distincts et co-existants en matière de droits sociaux	19
Chapitre 1. Le Conseil de l'Europe.....	19
Introduction	19
Section 1. La Convention européenne des Droits de l'Homme	20
Sous-section 1. La protection de la liberté syndicale par la Convention et son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme	20
Sous-section 2. Interactions avec l'Union européenne – Le principe de présomption de compatibilité.....	23
Section 2. Le système mis en place par la Charte sociale européenne	24
Sous-section 1. Autour de la Charte sociale européenne.....	24
§ 1. Historique de la Charte	24
§ 2. La Charte et son contenu, la protection de la liberté syndicale	27
§ 3. L'interprétation de la Charte.....	28
§ 4. L'effectivité des normes de la Charte	30
Sous-section 2. Comité européen des droits sociaux.....	31
§ 1. Les trois rôles du Comité.....	31
§ 2. Le Comité, une « quasi-juridiction »	32
§ 3. Force exécutoire des décisions	34
Sous-section 3. Interaction avec l'Union européenne	36
Chapitre 2. L'Union européenne.....	38
Introduction.....	38
Section 1. Le développement de l'Europe sociale, quatre grandes étapes.....	38
Sous-section 1. Le Traité de Rome et les premières années de la construction européenne.....	38
Sous-section 2. De 1974 à l'Acte Unique, le programme d'action sociale	41
Sous-section 3. De l'Acte Unique au Traité d'Amsterdam.....	42

Sous-section 4. Du traité d'Amsterdam à nos jours.....	45
Section 2. Compétences de l'Union européenne en matière de droits sociaux / Les instruments juridiques en matière sociale.....	47
Sous-section 1. Le Traité sur l'Union européenne et le renvoi aux instruments du Conseil de l'Europe.....	47
Sous-section 2. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne	48
Sous-section 3. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	49
Section 3. Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière sociale	50
Sous-section 1. Les arrêts Viking et Laval, enseignements de la Cour de justice.....	51
§ 1. Un bref rappel des faits.....	51
§ 2. Un vent d'espoir pour les droits sociaux.....	51
§ 3. Les enseignements de la Cour, une nouvelle jurisprudence en matière sociale.....	52
§ 4. La critique de ces arrêts.....	54
Sous-section 2. La position actuelle de la Cour de justice relative aux droits sociaux et la normativité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	55
Section 4. Interaction avec d'autres organisations internationales en matière sociale.....	57
Sous-section 1. Relation avec le Conseil de l'Europe	58
Sous-section 2. Relation avec l'Organisation Internationale du Travail	61
Chapitre 3. L'Organisation Internationale du Travail	62
Section 1. L'OIT, un organe des Nations Unies.....	62
Sous-section 1. Les origines et objectifs de l'OIT	62
Sous-section 2. Les conventions n°87 et 98 relatives aux libertés syndicales	63
Sous-section 3. Les différents organes de contrôle.....	64
§ 1. La procédure de rapport.....	65
1. Commission d'experts pour l'application des normes et des recommandations	65
2. La Commission tripartite de l'application des conventions et recommandations de la Conférence internationale du travail	66
§ 2. La procédure de plainte.....	66
§ 3. La procédure spéciale de plainte en violation de la liberté syndicale.....	67
Section 2. Relations avec d'autres organisations internationales en matière sociale.....	67
Sous-section 1. Le Conseil de l'Europe.....	68
Sous-section 2. L'Union européenne	68
Titre III. Hypothèses de réconciliation et Conclusion.....	71
Bibliographie.....	75
Doctrine	75
Monographies.....	75
Ouvrages collectifs.....	75
Périodiques	77
Sites internet.....	79
Législation	79
Conseil de l'Europe	79
Union européenne.....	79

Organisation Internationale du Travail	80
Autres instruments internationaux.....	80
Jurisprudence.....	80
Conseil de l'Europe	80
Cour européenne des droits de l'homme.....	80
Comité économique des droits sociaux	81
Autres organes	81
Union européenne.....	81
Cour de justice de l'Union européenne.....	81
Conclusions générales	83
Commission.....	83
Organisation Internationale du Travail	83

ABRÉVIATIONS

BIT : Bureau International du Travail

CDFUE : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

CEDS : Comité européen des droits sociaux

CEE : Communauté économique européenne

CEI : Comité d'experts indépendants

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

Conv. eur. D. H. : Convention européenne des droits de l'homme

Cour eur. D. H. : Cour européenne des droits de l'homme

CSE : Charte sociale européenne

OIT : Organisation Internationale du Travail

UE : Union européenne

INTRODUCTION

Les normes en matière de droit social ont commencé à apparaître après la première guerre mondiale et se sont réellement développés à partir de la seconde moitié du XX^e siècle. Dans un monde où le capitalisme a pris le pas sur le reste, peu à peu des voix en faveur du droit au travail décent se sont fait entendre. Aujourd'hui, les règles à suivre en matière sociale émanent d'instances différentes, d'institutions nationales, internationales, européennes, ou encore tripartites. La situation est peut-être devenue trop complexe. Les Etats doivent respecter chacune des normes émanant des institutions vis-à-vis desquelles ils se sont engagés. Tout va bien lorsque ces obligations sont les mêmes. Mais comment résoudre le conflit quand les organisations internationales adoptent des normes qui se contredisent ? Qui suivre lorsque les jurisprudences des juridictions vont dans des sens contraires ? Or tel est bien le cas en matière de droits collectifs du travail pour les Etats membres de l'Union européenne. En effet, ceux-ci sont pour la plupart également membres du Conseil de l'Europe et de l'Organisation Internationale du Travail dont la jurisprudence en la matière diverge de celle de la Cour de justice.

Face à la confrontation entre les droits collectifs du travail et les libertés de circulation de l'Union européenne, la position des différentes instances internationales n'est pas la même. Quelle est-elle ? Quelle interprétation est donnée par chacune des organisations au droit à la négociation collective, au droit à l'action collective, à libre prestation de services ou encore à la liberté d'établissement ? Enfin, comment s'articulent ces différents principes au sein des différentes institutions, plus spécialement au sein de l'Union européenne ? Ces questions seront abordées dans le deuxième titre de cet article.

Au préalable, nous aborderons une question plus abstraite qui touche à un domaine de la théorie du droit, à savoir le pluralisme juridique dans ses différentes formes. En effet, il apparaît assez rapidement que nous nous trouvons face à une situation de pluralisme lorsqu'on se confronte à ces différentes questions. Mais qu'est-ce à dire ? Que faire dans un tel cas ? L'analyse préalable de la théorie *in abstracto* nous permettra de visualiser plus clairement comment s'enchevêtrent les divers droits et de tenter d'élaborer une cohabitation cohérente et juste des droits dont il est question dans ces lignes.

Ne serait-il pas possible de trouver un terrain d'entente entre ces différentes institutions pour en finir avec ces conflits de cohérence ? N'y aurait-il pas lieu, à l'heure où les institutions internationales, supranationales, et autres, prolifèrent rapidement et développent leurs normes, de créer une coopération internationale entre institutions afin que le système soit cohérent et applicable par les Etats membres ? Le sujet mérite qu'on s'y intéresse.

Ce travail propose d'essayer d'émettre une ou plusieurs hypothèses de conciliation entre les différentes instances et d'harmonie des normes concernant les droits sociaux. A ce stade, nous ne savons pas encore si une telle conciliation est possible, encore moins si les hypothèses de résolution seront réalisables et viables sur le long terme.

Finalement, fondamentalement, comme on le verra, chacune de ces institutions internationales pourra utilement faire sienne cette citation de Jean Rostand : « Le véritable travail, c'est de savoir attendre ».

TITRE I. LE PLURALISME JURIDIQUE EN TANT QUE CADRE NORMATIF

Chapitre 1. Quelques conceptions différentes du pluralisme juridique, définition et origines

Introduction

L'étude de la notion de pluralisme juridique, ou devrions-nous dire pluralismes juridiques, dans le cadre de la problématique abordée est rapidement apparue comme indispensable. En effet, quelques développements à propos de cette théorie générale du droit sont nécessaires pour comprendre la coexistence de ces différents systèmes juridiques que forment les différentes organisations internationales et supranationale dont il est question en l'espèce.

La première difficulté que pose le pluralisme juridique est peut-être les diverses conceptions que cette notion recouvre. Il n'existe pas, et il n'existera probablement jamais, une seule conception de la théorie du pluralisme juridique. Comme le dit Jacques Vanderlinden, dont la réflexion sur le sujet dure depuis quarante ans, « il y a autant de pluralismes juridiques qu'il y a aujourd'hui de personnes qui s'y intéressent »¹.

L'objet de ce premier titre n'est pas de dresser l'inventaire de toutes les conceptions de pluralismes juridiques existantes et développées par les experts en la matière, mais de décrire *in abstracto* la théorie du pluralisme la plus adaptée à l'articulation entre les trois systèmes juridiques qui nous intéressent, à savoir l'Union européenne, le Conseil de l'Europe et l'Organisation Internationale du Travail. Toutefois, parce qu'il est parfois plus simple de comprendre une position en l'opposant à une autre, nous ne nous cantonnerons pas à une seule définition du pluralisme juridique, mais reprendrons les conceptions qui semblent « faire école » afin de choisir la bonne voie pour notre problématique.

Dans un premier temps, une brève mise en perspective historique nous semble être nécessaire pour tenter de comprendre pourquoi est né le pluralisme juridique au sens large². En quoi la théorie qui prévalait à l'époque ne répondait plus aux situations des sociétés actuelles pour qu'il fallût réfléchir à une autre voie – Section 1. Ensuite, nous décrirons la théorie dite classique, celle qui fut proposée en premier lieu et qui évolue depuis plus de quarante ans. L'occasion est d'essayer de circonscrire les différentes situations de pluralismes juridiques et d'en relever leurs caractéristiques – Section 2. Enfin, nous présenterons une deuxième théorie, remettant complètement en cause la perspective adoptée par la théorie classique, la théorie du pluralisme radical – Section 3. Notons dès à présent, que bien que le point de vue par lequel est abordé le pluralisme par la théorie radicale se trouve aux antipodes de celui de la théorie classique, les développements relatifs à l'objet ou aux modalités du pluralisme juridique au sens large semblent pouvoir s'appliquer quelle que soit la conception adoptée³.

1 J. VANDERLINDEN, « A la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique », in *Les pluralismes juridiques*, (J. VANDERLINDEN), Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 235.

2 Nous utiliserons la notion de pluralisme juridique au sens large pour parler de tous les pluralismes juridiques, sans qu'il ne soit, à ce moment-là, nécessaire de distinguer toutes les différentes conceptions existantes.

3 J. VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », in *Les pluralismes juridiques*, (J. VANDERLINDEN), Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 94.

Section 1. Mise en perspective historique – Le droit, avant la notion de pluralisme juridique au sens large

Avant l'apparition des différentes théories abordant le pluralisme juridique, la théorie classique de l'ordre juridique unique, appelée également républicaine ou jacobine, affirmait que le droit ne pouvait être issu que de l'Etat. Selon cette analyse, le droit consiste en « un assemblage systémique de règles de conduite générales, abstraites et objectives, et seuls les tribunaux juridictionnels officiels qui tranchent les litiges sont les garants de son intégrité »⁴. Cette idéologie juridique qui émane des « trois grandes révolutions politiques des XVII^e et XVIII^e siècles, celle de l'Angleterre en 1688, celle des Etats-Unis en 1776 et celle de la France en 1789, se construit autour de trois postulats. Elle veut : (1) que le droit soit uniquement rattaché à l'Etat politique (c'est le présupposé du centralisme) ; (2) qu'un seul ordre juridique puisse correspondre à un seul espace géographique (c'est l'hypothèse du monisme); et (3) que le droit soit toujours le produit d'une activité explicite des institutions telles que les législatures (c'est le postulat du positivisme) »⁵.

Cette théorie classique est généralement appréciée par les juristes et les autorités politiques car elle permet de maintenir un ordre et une hiérarchie dans la société. Elle est facteur de clarté et de stabilité du droit, deux éléments importants pour maintenir une société dans un cadre sûr et clairement défini. Toutefois, si ce modèle correspondait aux sociétés il y a deux cents ans, la grande majorité des auteurs sont d'accord pour dire que la réalité actuelle n'est plus celle d'un Etat moniste, centralisé et positif. Les sociétés actuelles sont multiculturelles, multi-religieuses, décentralisées. Les règles normatives n'émanent plus uniquement de l'Etat, mais également de différentes institutions internationales et supranationales. La théorie jacobine ne reflète plus la réalité socio-démographique contemporaine ; le pluralisme juridique fait alors son entrée, prend de plus en plus de place et est de mieux en mieux accepté par le milieu du droit.

Cependant, comme dit plus avant, il n'y a pas qu'une théorie du pluralisme juridique. Les différentes conceptions sont encore en création et en évolution, les points de vue se rencontrent, se partagent et s'affrontent. Deux conceptions semblent faire école. La première des conceptions se base sur le rejet du caractère centralisé de l'Etat et démontre que, au contraire, de nombreuses règles juridiques produites par d'autres systèmes juridiques que l'Etat politique sont applicables sur son territoire, pour autant que ces normes juridiques émanent d'une autorité habilitée à légiférer.

La deuxième école, celle formée par les auteurs soutenant un pluralisme juridique radical, rejette également le caractère centralisé de l'Etat, mais aussi les deux autres caractères développés ci-dessus, à savoir le monisme et le positivisme. Contrairement à la première conception du pluralisme, la théorie radicale donne un rôle actif aux sujets de ce pluralisme. Les sujets ne sont plus uniquement les objets du pluralisme, mais ils deviennent eux-mêmes créateurs de droit⁶. Roderick A. Macdonald résume l'idée essentielle de cette deuxième école par les mots suivants : « le pluralisme juridique permet de relativiser l'ordre juridique étatique en nous invitant à voir une multiplicité d'ordres juridiques concurrents »⁷. Le droit n'est plus identifié uniquement à l'Etat, mais émane de tout "ordre juridique" existant. Pour bien comprendre l'idée sous-jacente, il faut entendre la notion d'ordre juridique comme la définit l'hypothèse pluraliste, à savoir

4 R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *R.D.U.S.*, 2002-03, p. 136.

5 *Ibid.*, p. 136.

6 *Ibid.*, pp. 134-152.

7 *Ibid.*, p. 140.

que « tout ordre juridique est constitué par les pratiques et les croyances des sujets. Le droit trouve sa source dans les interactions humaines, constituant des champs sociaux semi-autonomes »⁸. Pareille définition suppose que le droit n'est pas que l'ensemble des normes juridiques émanant du pouvoir législatif, exécutif, judiciaire et de la doctrine mais qu'il peut être constitué d'une multitude d'autres règles pour autant que « les sujets de droits les croient juridiques »⁹ et les appliquent comme telles.

Ces deux écoles différentes vont être détaillées ci-dessous, mais il paraît clair qu'aujourd'hui, la théorie jacobine de l'état de droit ne correspond plus à la réalité actuelle de notre société. Les différentes hypothèses, car ce ne sont que des hypothèses, du pluralisme tentent de donner un élément de réponse à ce qui pourrait paraître comme un désordre entre les différentes sources du droit, essayant de recréer, pour autant que cela soit possible, un ordonnancement juridique utile et efficace.

Le sujet de ce travail n'étant pas celui du pluralisme juridique en tant que tel, nous ne nous positionnerons pas par rapport à ces deux conceptions, mais essaierons d'utiliser le meilleur instrument pour répondre à notre problématique.

Section 2. Le pluralisme juridique classique, l'Etat au centre de la théorie

SOUS-SECTION 1. Différentes situations de pluralisme juridique

La théorie classique du pluralisme juridique part du postulat que seul l'Etat est producteur de droit¹⁰. Les individus, citoyens de la société sont les sujets de ce pluralisme, mais ils n'en sont pas les producteurs. « Le droit est fait de règles qui offrent un caractère de généralité, d'objectivité et une certaine permanence »¹¹. Cette conception du pluralisme juridique permet de réconcilier les autorités judiciaires et exécutives, demandeuses de stabilité, avec l'hypothèse pluraliste juridique. Pluralisme n'est plus alors synonyme de désordre, mais devient le reflet d'un nouvel ordre.

Le pluralisme juridique est lui-même pluriel à de nombreux niveaux. Cette notion ne peut se départir de ses différentes terminologies et caractéristiques. Il faut « opérer une rupture épistémologique avec la manière de penser de façon "unitaire" le pluralisme juridique, il faut penser de manière plurielle le pluralisme »¹². D'où toute sa complexité.

Les quelques développements qui suivent s'efforceront de définir la notion de pluralisme juridique, telle qu'abordée par une partie des auteurs s'intéressant à ce sujet et de relever les différentes caractéristiques qui peuvent se rencontrer dans des situations pluralistes. Chaque critère peut se coupler avec un autre, créant à chaque fois une situation de pluralisme juridique particulière.

Les théoriciens classiques définissent le pluralisme juridique comme, soit la coexistence, dans un même

8 R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *op. cit.*, p. 140.

9 J. VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 82.

10 J. VANDERLINDEN, « A propos des effectivités et des pluralismes juridiques dans le contexte de droits économique », in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, (sous la dir. de L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 62.

11 *Ibid.*, p. 64.

12 E. LE ROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, (sous la dir. de A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA ET G. ROCHER), Montréal-Bruxelles, Thémis-Bruyant, 1998, pp. 31 et 37.

ordre juridique, « de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques »¹³, soit la coexistence d'ordres juridiques différents s'appliquant à des sujets et situations identiques. Cette dernière hypothèse, lorsqu'elle est présente, traduit le caractère systémique du pluralisme, caractère « impliquant la coexistence d'une pluralité de systèmes juridiques distincts, [...], qu'ils soient de même nature (en particulier de nature étatique), [...], ou de nature différentes, tels que des systèmes juridiques supra-étatiques (ordre juridique international et ordres juridiques supra-nationaux) »¹⁴.

Lorsque le pluralisme consiste en une pluralité de normes juridiques, ce pluralisme est qualifié de normatif. Celui-ci est « conçu soit comme la coexistence de normes de types différents (pluralisme de sources) ou de contenus différents (pluralisme des régimes) »¹⁵. Cette caractéristique se couple toujours avec la suivante qui concerne l'application de ces normes à leurs sujets. Soit le pluralisme est optatif, c'est-à-dire que le choix est laissé à l'individu de s'emparer ou non de la norme, soit il est obligatoire, la norme s'impose à l'individu sans qu'il ait la possibilité de la rejeter¹⁶.

Le pluralisme peut également se rencontrer au niveau des instances judiciaires. On parle alors d'un pluralisme judiciaire, à savoir « la coexistence d'organes judiciaires différents dans la solution des litiges ainsi que dans l'application de sanctions ou de toute autre conséquence juridique »¹⁷. Enfin, lorsque des situations identiques apportent des réponses jurisprudentielles différentes, il s'agit d'un pluralisme juridictionnel¹⁸.

Chacune des situations décrites ci-dessus fait la lumière sur l'existence d'une espèce de pluralisme juridique. Chaque adjectif reconnaissant un type de pluralisme n'est pas exclusif par rapport à un autre. Une même situation peut à la fois refléter un pluralisme normatif, mais aussi judiciaire, jurisprudentiel et optatif. C'est, par ailleurs, souvent le cas puisque la complexité des systèmes étatiques engendre indéniablement des interactions multiples à divers niveaux qui créent ces situations pluralistes.

Il nous paraît intéressant, pour notre analyse future, d'évoquer un dernier pluralisme, à savoir le pluralisme axiologique. Cette notion est utilisée lorsque les différents mécanismes juridiques s'appliquant à une même situation prônent des valeurs différentes. En effet, le droit, entre autres choses, est le reflet des valeurs d'une société. Lorsque différentes valeurs s'affrontent à propos d'une même situation, une contradiction peut naître et de là naît également un pluralisme centré cette fois sur les valeurs. Ce pluralisme axiologique est alors soit mono-institutionnel lorsque plusieurs valeurs s'affrontent au sein d'une même institution juridique, soit au contraire, multi-institutionnel lorsque les valeurs révèlent les réflexions et lignes de conduite d'institutions différentes¹⁹.

13 J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », in *Les pluralismes juridiques*, (J. VANDERLINDEN), Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 13.

14 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre 1. Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? » in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, (sous la dir. de L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 17.

15 *Ibid.*, p. 19.

16 J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », in *Les pluralismes juridiques*, (J. VANDERLINDEN), Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 45.

17 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre 1. Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », *op. cit.*, p. 20.

18 *Ibid.*, p. 21.

19 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre 1. Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », *op. cit.*, p. 21.

Sous-section 2. Les modalités du pluralisme juridique

Au-delà des différentes catégories de pluralisme, chacune des situations pluralistes peut s'analyser grâce à diverses caractéristiques. Nous reprendrons ici les distinctions effectuées par J. Vanderlinden dans son Essai en 1969²⁰. Bien qu'il ait par la suite renoncé à la définition qu'il avait initialement proposée dans ce même texte, il nous semble que la totalité de sa collaboration n'est pas pour autant réduite à néant et que les modalités qu'il y développe concernant le pluralisme sont à la fois actuelles et utiles à la compréhension de notre problématique. Lui-même suggère d'ailleurs dans un article postérieur « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique » que l'entièreté de son Essai n'est pas à oublier²¹, au contraire.

Nous développerons donc ces modalités comme le fait J. Vanderlinden, qui distingue « pluralisme parallèle ou intégré, cumulatif ou isolé, optatif ou obligatoire, [...], antagoniste ou complémentaire, imposé ou convenu »²².

Le pluralisme parallèle, par opposition au pluralisme intégré traduit la situation où aucun point de rencontre n'existe entre les différents mécanismes juridiques s'appliquant aux mêmes situations. Ce cas de pluralisme, que J. Vanderlinden illustre avec l'exemple des différentes juridictions qui existaient dans certains (anciens) pays coloniaux, juridictions nettement séparées quant à leurs compétences à la fois *ratione materiae* que *ratione personae*, est plutôt rare. Lorsqu'une situation de coexistence de mécanismes juridiques différents se présente, il s'agit généralement d'un pluralisme intégré. Le pluralisme intégré suppose un ou plusieurs points de contact entre les différents mécanismes juridiques coexistants²³. Prenons un exemple simple, celui d'un citoyen belge, médecin de profession, qui commet une faute professionnelle causant un handicap à une de ses patientes. Il pourra à la fois faire l'objet d'une action pénale devant les Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire pour coups et blessures involontaires²⁴, action à laquelle la victime pourra se joindre pour demander réparation de son préjudice, mais le médecin pourra également être attiré devant le conseil disciplinaire de sa profession qui pourrait prononcer une sanction disciplinaire pour manquement aux règles déontologiques. Cet exemple nous montre qu'une même situation peut se voir appliquer différentes règles et différentes sanctions en fonction du mécanisme juridique qui entre en jeu. Cependant, des points de contact existent entre ces différents mécanismes. Dans notre exemple, le médecin aura droit au respect des droits de la défense à la fois devant les Cours et Tribunaux et devant le Conseil de discipline. Il s'agit dans ce cas d'une situation de pluralisme intégré.

La distinction suivante est celle effectuée entre le pluralisme cumulatif et le pluralisme isolé. Soit les mécanismes juridiques distincts « sont susceptibles d'opérer simultanément dans la sphère qui est la leur »²⁵, on parle alors de pluralisme cumulatif, soit ils sont chacun seul à agir, il s'agit alors de situations pluralistes isolées. Pour permettre de différencier un cas de pluralisme isolé d'un cas de pluralisme cumulatif, il faut « déterminer la mesure dans laquelle les mécanismes juridiques se superposent en vue de résoudre les

20 J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », *op. cit.*, pp. 11-57.

21 J. VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », in *Les pluralismes juridiques*, (J. VANDERLINDEN), Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 94. « Ceci posé, qui réduit à néant les premières pages de mon essai de 1969, survit-il quelque chose des considérations qui suivaient dans mon " Essai de synthèse " relativement à l'origine, à l'objet, aux modalités et à la fin du pluralisme juridique ? On pourrait croire que non après pareil bouleversement de la prémisse fondamentale de l'analyse. J'espère avoir prochainement l'occasion de montrer qu'il n'en est rien. »

22 J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », *op. cit.*, p. 42.

23 *Ibid.*, p. 43.

24 Code pénal, art. 420.

25 J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », *op. cit.*, p. 44.

problèmes résultant d'une situation juridique déterminée. Ce ne sera que dans la mesure où cette superposition sera effective qu'on pourra parler de pluralisme cumulatif ; dans tous les autres cas, il ne pourra qu'être isolé. »²⁶

Comme déjà expliqué ci-dessus, le pluralisme peut être optatif ou obligatoire. Pour rappel, le pluralisme est optatif lorsque le sujet de droit peut choisir celui des mécanismes juridiques qu'il désire se voir appliquer entre ceux qui forment le pluralisme juridique. Au contraire, le pluralisme sera obligatoire lorsque le sujet n'aura pas le choix du mécanisme juridique mais que celui-ci lui sera appliqué d'office²⁷.

Un autre couple de modalités intéressant est celui formé par le pluralisme antagoniste et le pluralisme complémentaire. En présence d'une situation pluraliste antagoniste, les mécanismes juridiques auront tendance à s'opposer entre eux, créant par ce fait un conflit de cohérence pour le sujet qui peut se voir appliquer ces différents mécanismes. A l'inverse, le pluralisme sera complémentaire lorsque les différents mécanismes parviendront à se côtoyer et à s'appliquer aux sujets de droit sans qu'un conflit ne naisse²⁸. Cette différenciation entre ces deux caractères du pluralisme nous paraît intéressante en ce qu'une même situation peut à la fois traduire un pluralisme complémentaire et un pluralisme antagoniste. En effet, un même pluralisme peut à la fois être antagoniste concernant certaines normes juridiques, et complémentaire concernant d'autres normes. Tout l'intérêt sera alors de voir comment le conflit entre normes antagonistes pourra se résoudre.

Enfin, on parlera de « pluralisme imposé lorsqu'il sera introduit par un pouvoir politique dominant, le plus souvent par le pouvoir étatique. Il sera convenu lorsque les individus ou les groupes auxquels s'appliqueront les mécanismes juridiques distincts, caractéristiques du pluralisme, se mettront d'accord pour l'introduire dans la société qui lui sert de cadre »²⁹. Cette dernière distinction peut s'avérer problématique dans l'analyse d'une situation pluraliste donnée en ce qu'il n'est pas toujours possible de distinguer comment plusieurs mécanismes juridiques sont apparus pour s'appliquer à une même situation. De plus, certains mécanismes peuvent paraître comme convenus dans la forme, alors que dans le fond, ils ont été imposés par une force externe, économique ou internationale. Finalement, un pluralisme qui était peut-être convenu à la base peut devenir un pluralisme imposé par une institution ou une autre émanant d'un mécanisme juridique créé, étant alors source potentielle de conflits normatifs.

Ce bref aperçu non-exhaustif des différentes modalités des pluralismes juridiques nous permettra, ci-dessous, de tenter d'analyser la situation pluraliste qui nous intéresse, à savoir celle entre les différents ordres juridiques que sont le Conseil de l'Europe, l'Union européenne et l'Organisation Internationale du Travail.

Section 3. Le pluralisme juridique radical, une évolution du lieu d'existence du pluralisme, l'individu

Après avoir abordé le pluralisme juridique classique et ses différentes modalités, il nous a paru nécessaire de mettre en avant une tout autre conception du pluralisme. Celle-ci ne remet pas en question les différentes

26 J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », *op. cit.*, p. 45.

27 *Ibid.*, pp. 45-46.

28 *Ibid.*, pp. 48-49.

29 *Ibid.*, p. 49.

caractéristiques que nous venons de développer, mais opère un basculement par rapport au lieu où se situe le pluralisme. Cette conception, qui commence à conquérir le cœur de plus en plus d'auteurs, est appelée le pluralisme critique ou radical.

Le pluralisme juridique radical est apparu dans les écrits de certains auteurs quelques années après la théorie classique du pluralisme juridique. Ce sont ces mêmes auteurs qui, dans un premier temps, avaient élaboré la théorie classique, qui ont, remettant leur propre conception en question, insatisfaits de la réponse apportée jusqu'alors, avancé cette nouvelle hypothèse qu'ils qualifient eux-mêmes de « radicale »³⁰ ; « cet adjectif exprimant l'idée de racine ou de fondement »³¹. C'est un retour aux sources mêmes du pluralisme que les théoriciens de cette nouvelle conception proposent.

Le postulat de départ est le suivant : affirmer que seul l'Etat peut être considéré comme un producteur de normes et dès lors constitutif d'un ordre juridique ne correspond pas à la réalité. La théorie classique accepte toutefois l'existence de champs sociaux semi-autonomes. Ces différents champs, ou systèmes juridiques, sont également des producteurs de règles de conduite. Mais selon les théoriciens classiques, ces règles bien qu'ayant un impact sur les comportements des citoyens, ne sont pas du droit, à l'inverse des normes étatiques³². Les défenseurs du pluralisme radical poussent plus loin la logique de pluralité de mécanismes, systèmes ou ordres juridiques³³ en se plaçant au niveau, non plus de l'Etat, mais de l'individu, le sujet de droit à qui s'appliquent ces différents mécanismes. Comme le décrit J. Vanderlinden, « je renversais la perspective dominée par la pyramide, symbole de l'Etat, et me plaçais aux antipodes du sommet, au niveau des sujets, de ceux qui pensent les règles ou les mécanismes au quotidien et « les croient juridiques » »³⁴. En adoptant cette perspective, les auteurs abandonnent l'idée que le droit est issu d'un « cadre social déterminé »³⁵ dans lequel on retrouverait le principe du pluralisme juridique et font de chacun des individus « le siège par excellence de cet état particulier du droit »³⁶. Les pluralistes radicaux déplacent « l'approche du phénomène en direction de l'individu »³⁷.

Le pluralisme juridique radical peut se définir comme « la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnancements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation »³⁸. Il s'agit de se départir de la dichotomie Etat – citoyen pour aborder le droit et le pluralisme juridique d'une manière plus proche de la réalité, c'est-à-dire en se situant dans le chef de la personne concernée.

Chaque individu est multiple dans son identité et chacune de ses composantes identitaires se rattache à un ordonnancement juridique défini³⁹. Chacun de ces ordonnancements s'inscrit alors dans un cadre déterminé qui comporte ses propres règles et ses propres sanctions. L'Etat est un de ces ordonnancements

30 J. VANDERLINDEN, « A la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 273.

31 R. A. Macdonald, « Here, There ... and Everywhere – Theorizing Legal Pluralism, Theorizing Jacques Vanderlinden », in *Etudier et enseigner le droit – Hier, aujourd'hui et demain*, sous la dir. de L. Castonguay et N. Kasirer, Cowansville, Yvon Blais, 2006, pp. 381-413.

32 J. VANDERLINDEN, « A propos des effectivités et des pluralismes juridiques dans le contexte de droits économique », *op. cit.*, 2011, p. 62.

33 La terminologie utilisée importe peu, l'idée étant qu'on fait face à différentes entités juridiques.

34 J. VANDERLINDEN, « A la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 273.

35 *Ibid.*, p. 271.

36 J. VANDERLINDEN, « A propos des effectivités et des pluralismes juridiques dans le contexte de droits économique », *op. cit.*, p. 41.

37 J. VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 89.

38 *Ibid.*, p. 96.

39 R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *op. cit.*, p. 141.

juridiques, probablement celui auquel on pense en premier, mais n'est pas le seul. Prenons l'exemple d'un homme marié, journaliste de profession, professeur d'université à temps partiel, faisant partie d'une famille catholique, père de famille, membre d'un club de hockey et d'une association philanthropique, citoyen belge, et donc européen, habitant la Région wallonne, ce qui fait de lui également un ressortissant de la Communauté française. Cet homme est « le point de rencontre de pas moins d'une dizaine d'ordonnancements juridiques »⁴⁰. C'est là que se situe le cœur du pluralisme juridique radical, au sein même du sujet de ce pluralisme. Cet homme, en fonction de son activité devra répondre tantôt aux règles de conduite de son club de hockey, tantôt aux règles déontologiques qui régissent sa profession, tantôt au code de conduite moral propre à son couple, tantôt au code de la route, les exemples pouvant se multiplier encore et encore. Il convient de nuancer quelque peu le choix que fait l'individu en se plaçant dans tel ou tel ordonnancement juridique. En effet, « dans ses rapports avec les autres, l'être humain choisit constamment laquelle de ses identités il veut privilégier, tout comme les autres lui assignent également les identités qu'ils veulent privilégier »⁴¹. C'est là que se trouve la nuance, « le sujet ne choisit pas seul son appartenance à un ordre juridique quelconque ni la qualification que cet ordre juridique lui propose »⁴². La qualification, mais aussi les règles et les sanctions, émanent de l'ordre juridique dans lequel le sujet de droit s'identifie. Selon cette théorie, le droit est alors façonné par les personnes qui en sont ses sujets. Le droit n'est plus un ensemble de normes établies pour régler le comportement de chaque individu dans la société, mais devient « la manière dont les sujets façonnent les institutions à travers les interprétations de connaissances qu'ils en donnent »⁴³. Le pluralisme juridique radical pointe le fait que ce sont les sujets de droit eux-mêmes, avec leurs connaissances et leur identité qui « en accordant ou en refusant leur légitimité permettent aux institutions étatiques ou non-étatiques, de fonctionner »⁴⁴. Cette vision du pluralisme est très individualisée, « toute personne est susceptible d'être médiatrice des multiples ordres juridiques qui la regardent »⁴⁵.

Le pluralisme juridique créé par tous ces ordonnancements apparaît clairement lorsqu'on se positionne du point de vue de l'individu. Peu importe que certaines normes soient applicables à un plus grand nombre de personnes que d'autres, ce qui compte n'est pas le caractère étatique de la règle, mais que le sujet auquel cette règle s'applique « la croie juridique »⁴⁶. « Le droit est quoi que ce soit que les gens identifient et traitent à travers leurs pratiques sociales comme du "droit" »⁴⁷.

Cette conception est, comme souvent en théorie du droit, une hypothèse de ce que pourrait être la réalité. Il s'agit d'une construction de l'esprit que nous tâcherons d'appliquer à notre problématique afin d'émettre à notre tour une hypothèse de résolution du conflit existant entre les différents ordres juridiques qui nous concernent.

40 J. VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 90.

41 R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *op. cit.*, p. 141.

42 *Ibid.*, p. 142.

43 *Ibid.*, p. 143.

44 *Ibid.*, p. 144.

45 J. VANDERLINDEN, O. MORÉTEAU, « Théorie générale du droit et philosophie du droit », in *La convergence des systèmes juridiques au 21^e siècle, Rapports généraux du XVI^e Congrès International de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 177.

46 J. VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 82.

47 B. Z. Tamanaha, « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, 2000, pp. 296-321, p. 313.

Chapitre 2. Application d'une conception dans le cadre des droits sociaux

Section 1. Le pluralisme juridique dans le cadre des droits sociaux

La problématique étudiée dans le cadre de ce travail est l'articulation de trois ordres juridiques différents compétents en matière de droits sociaux. Que l'on rejoigne l'une ou l'autre des conceptions du pluralisme développées ci-dessus, nous sommes bel et bien en présence d'une situation pluraliste. En effet, le Conseil de l'Europe, l'Union européenne et l'Organisation Internationale du Travail sont « des mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques »⁴⁸. De même, si l'on se place du point de vue de l'individu comme le propose le pluralisme radical, celui-ci pourra se voir appliquer, en ce qui concerne ses droits sociaux, des normes et de la jurisprudence émanant à la fois du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne et de l'Organisation Internationale du Travail. Il nous paraît donc établi que notre problématique s'inscrit dans le cadre théorique du pluralisme juridique.

L'existence de ces trois organisations internationales et supranationale donne lieu à une situation de pluralisme sous plusieurs aspects. Tout d'abord, nous pouvons qualifier, comme le fait Norberto Bobbio, ce pluralisme « d'institutionnel »⁴⁹, « visant par là la coexistence de systèmes juridiques de types différents, correspondant à la diversité des « institutions » ou groupes sociaux organisés »⁵⁰. Ce pluralisme institutionnel mettant en exergue toute la diversité qui accompagne les organisations internationales dans leur fonctionnement, leur composition, leur procédé normatif, s'oppose au pluralisme « étatique ou national »⁵¹ où les différents mécanismes juridiques sont alors de même nature car évoluant dans un cadre donné et défini qu'est l'Etat⁵².

D'autre part, cette coexistence répond aux critères d'un pluralisme normatif dès lors que chacune des organisations édicte des normes juridiques (directives, règlements, conventions, chartes, la terminologie utilisée importe peu en l'espèce) qui ont vocation à s'appliquer à leurs sujets de droit, à savoir les Etats parties et indirectement les citoyens ressortissants de ces Etats. Mais il s'agit également d'un pluralisme juridictionnel puisque chacune de ces institutions dispose de son organe judiciaire dédié à faire respecter ses normes. Une fois encore, la nature de cette juridiction et l'opposabilité ou non de ses décisions ne sont pas relevantes, l'essentiel est de constater la pluralité des organes judiciaires pouvant se retrouver compétents pour un même conflit. Enfin, dès lors que la situation de pluralisme existe au niveau des juridictions, il est très fortement probable, et c'est le cas en l'espèce, que cette situation traduise un cas de pluralisme jurisprudentiel. En effet, chacun des organes judiciaires rendant ses propres décisions en accord avec sa propre législation, il n'est pas rare de voir surgir des courants jurisprudentiels différents, tantôt en contradiction l'un avec l'autre, tantôt l'un venant renforcer l'autre.

Pour catégoriser de manière plus précise le pluralisme juridique étudié en l'espèce, nous reprenons les

48 J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », in *Les pluralismes juridiques*, op. cit., p. 13 ; M. B. HOOKER, *Legal Pluralism : an Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon, 1975 ; S. E. MERRY, *Legal pluralism*, *Law & Society Review*, 1988, pp. 869-896.

49 N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, G. Giappichelli, 1960, p. 188, cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre 1. Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? » in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, sous la dir. de L. Boy, J.-B. Racine, J.-J. Sueur, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 18.

50 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre 1. Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », op. cit., p. 18.

51 N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 188.

52 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre 1. Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », op. cit., p. 17.

modalités du pluralisme de J. Vanderlinden développées ci-dessus. Le pluralisme juridique qui se dégage de la coexistence, sur le plan des droits sociaux, entre l'Union européenne, le Conseil de l'Europe et l'Organisation Internationale du Travail, bien qu'institutionnel, est un pluralisme intégré. De nombreux points de rencontre existent entre ces trois organisations, tant au niveau législatif que jurisprudentiel. Un bel exemple d'un point de contact ressort de l'arrêt rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme le 12 novembre 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*. Pour mener à bien son raisonnement, la Cour va se référer à une série de normes extérieures à sa propre législation. Entre autres références, la Cour, dans le but de définir les notions de droit syndical, droit de négociation collective et fonctionnaire, utilise certaines dispositions des Conventions n°87 et 98 de l'OIT, pertinentes en la matière⁵³. N'y a-t-il pas plus belle reconnaissance par une Cour d'une autre organisation internationale que celle d'emprunter une norme de ladite organisation afin de trancher un litige ? Autre rapprochement, autre exemple. Toujours dans ce même arrêt du 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, la Cour cite la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en son article 28 en vue de circonscrire les notions de droit de négociation et d'action collectives⁵⁴. Une fois encore, en se référant explicitement à un instrument juridique autre que le sien, la Cour eur. D. H. reconnaît l'existence et la compétence de l'organisation internationale, en l'espèce l'Union européenne, en matière de droits syndicaux. Ces points de rencontre sont très importants parce qu'il mènent à la reconnaissance des organisations internationales entre elles et c'est cette reconnaissance qui nous permettra d'envisager, en conclusion, des hypothèses de résolutions des conflits survenant entre elles.

Un autre caractère se dégage du fait que les institutions internationales sont « susceptibles d'opérer simultanément »⁵⁵ par rapport à une même situation. Cela traduit l'existence d'un pluralisme cumulatif, en opposition au pluralisme isolé. La compétence territoriale étant en partie la même pour ces trois organisations, il y a dès lors des situations où les trois organisations pourraient intervenir en même temps. Toutefois, si on se place du point de vue du citoyen, comme le propose la conception radicale du pluralisme, ce n'est pas l'institution internationale qui va agir sur la situation problématique, mais bien le citoyen qui va saisir une institution (selon les modalités prévues par celle-ci) pour régler son problème. Malgré ce changement de perspective, le pluralisme reste cumulatif en ce que le citoyen pourrait choisir l'une ou l'autre institution objectivement de manière indifférente (même si dans la pratique, ce choix sera tout à fait subjectif).

La réponse à la question du caractère complémentaire ou antagoniste du pluralisme n'est pas tranchée en l'espèce. En effet, une même situation de pluralisme peut à la fois être antagoniste et complémentaire. L'Union européenne, l'Organisation Internationale du Travail et le Conseil de l'Europe travaillent tous, entre autres, sur la question des droits sociaux et abordent tous dans leur législation respective les droits collectifs du travail. Les mécanismes, à ce niveau-là, sont complémentaires. Mais, dans l'interprétation de ces droits, et surtout concernant la place à leur donner dans le système juridique, les différentes jurisprudences diffèrent et préconisent des solutions antagonistes. Celles-ci sont alors créatrices de conflits entre les différentes interprétations et définitions de ces droits et de l'importance à leur donner face particulièrement aux libertés économiques. Les arrêts Viking et Laval rendus par la Cour de Justice de l'Union européenne, qui seront étudiés à titre d'exemple ci-dessous, démontrent ce problème que reflète le caractère antagoniste

53 Cour eur. D. H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, <http://www.echr.coe.int>, §§ 37 et 42.

54 Cour eur. D. H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, <http://www.echr.coe.int>, § 51.

55 J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », *op. cit.*, p. 44.

des jurisprudences des institutions.

Enfin, nous faisons face à un pluralisme très certainement convenu et non imposé puisque son existence résulte de négociations entre divers Etats ayant décidé de contribuer ensemble à travailler sur le sujet des droits sociaux. Ce caractère étant très particulier en ce qui concerne notre thématique, nous l'aborderons plus amplement dans la section deux qui suit cette première section.

Section 2. Le pluralisme juridique négocié, une hypothèse de résolution du conflit

La naissance du pluralisme juridique dans le domaine des droits sociaux est particulière en ce qu'elle a été négociée. Chacune des organisations internationales a été créée par des Etats s'accordant entre eux pour travailler ensemble sur une préoccupation commune. Ce sont ces Etats qui ont donné aux organisations internationales leurs compétences, ce sont eux, qui en donnant parfois des compétences identiques à différentes organisations, ont créé ce pluralisme juridique. Toutefois, selon les mots de J. Vanderlinden se mettant dans les pas de Portalis : « Les pluralismes juridiques se font avec le temps ; mais à proprement parler, on ne les fait pas »⁵⁶. Cette phrase résume bien le sentiment que l'on éprouve lorsqu'on est face au pluralisme juridique étudié en l'espèce. De nombreux éléments ont contribué à fabriquer cette situation de pluralisme. Le pluralisme n'est pas né un beau jour parce que quelques états ont décidé de créer trois organisations internationales qui auraient chacune pour compétence, entre autres, la protection des droits sociaux. Les choses se sont faites petit à petit, durant plusieurs années, sous l'impulsion de différents états, avec des objectifs différents, ce qui a amené à une situation de pluralisme. Les trois organisations internationales dont il est question ne sont pas nées la même année, ni avec le même objectif, leurs pères fondateurs ne sont pas les mêmes et leurs compétences initiales étaient différentes. Avec le temps, certains états ont rejoint l'une ou l'autre organisation, certaines organisations ont vu apparaître de nouvelles compétences dans leur champ d'application, aboutissant avec le temps à la situation actuelle où plusieurs organisations internationales, composées en partie des mêmes états, sont compétentes pour légiférer et protéger certains droits identiques.

Il n'empêche que le pluralisme résultant de cette situation n'en reste pas moins un pluralisme négocié et non imposé. Chacune des compétences a été accordée à une organisation internationale parce que ses Etats parties ont décidé, de commun accord, de lui donner cette compétence. Cette petite nuance pourrait être la porte de sortie d'un éventuel conflit normatif ou jurisprudentiel résultant du pluralisme. Comme le suggère J.-G. Belley, le pluralisme négocié peut entraîner « la coexistence plus ou moins pacifiques des ordres juridiques »⁵⁷ sans qu'il ne soit nécessaire de mettre en place une hiérarchie entre ces différentes institutions. Cette hypothèse laisse entendre que le pluralisme juridique étudié dans ce travail peut devenir un instrument de résolution des éventuels conflits entre les différentes institutions plutôt qu'une situation problématique de plusieurs personnes compétentes pour une même chose sur un même territoire. Ce pluralisme juridique, parce qu'il est né de différentes négociations, peut être le signe qu'un dialogue entre ces institutions est nécessaire pour parvenir à un système, certes pluriel, mais cohérent⁵⁸.

56 J. VANDERLINDEN, « A propos des effectivités et des pluralismes juridiques dans le contexte de droits économique », *op. cit.*, p. 60.

57 J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowanville, Yvon Blais, 1998, p. 243, cité par J. VANDERLINDEN, « A la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 284.

58 R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *op. cit.*, pp. 134-152.

TITRE II. TROIS ORDRES JURIDIQUES DISTINCTS ET CO-EXISTANTS EN MATIÈRE DE DROITS SOCIAUX

Chapitre 1. Le Conseil de l'Europe

Introduction

Organisation internationale régionale, le Conseil de l'Europe est le premier défenseur des droits de l'homme sur le continent européen. La compétence du Conseil de l'Europe est plus spécifique *ratione materiae*, plus large *ratione loci* et plus importante *ratione personae* que celle de l'Union européenne. Sa compétence matérielle consiste en la protection des droits de l'homme : droits civils, politiques, sociaux, économiques et culturels, dans quarante-sept états européens, dont les vingt-huit Etats membres de l'Union européenne. Tous les Etats membres de l'Union européenne, sans exception, font également partie du Conseil de l'Europe. La casquette de ces Etats est donc double ; ils doivent à la fois répondre de leurs engagements face à l'Union européenne et de ceux face au Conseil de l'Europe.⁵⁹

Malgré le haut degré de spécialisation du Conseil de l'Europe, celui-ci ne dispose pas de l'exclusivité de compétence en matière de droits de l'homme, en ce compris les droits sociaux. Pour ne citer qu'elle, l'Union européenne a également la possibilité de légiférer en cette matière (voir infra), ce qui peut parfois amener une certaine confusion. Prenons un exemple révélateur d'une situation pluraliste normative antagoniste : que faire si l'Union européenne adopte une disposition concernant le droit à l'action collective dont le contenu serait contraire à une disposition du Conseil de l'Europe ? Cette situation pourrait entraîner une schizophrénie pour les Etats parties de ces deux organisations qui devraient alors respecter deux dispositions opposées. Ce problème, à l'heure actuelle, ne saurait se résoudre que de deux façons, soit en la violation par un Etat de ses engagements face à l'une des deux institutions, soit en la modification de l'une des deux normes contraires en vue d'une concordance entre celles-ci.

Ce travail se concentre sur l'étude d'une liberté spécifique, à savoir la liberté syndicale, se déclinant elle-même en deux droits, le droit syndical et le droit de négociation collective. Ces droits, considérés comme fondamentaux, (caractère largement admis par la doctrine aujourd'hui), sont, au sein du système du Conseil de l'Europe, des droits hybrides. Cela parce qu'il sont à la fois garantis par la Charte sociale européenne, instrument spécialisé en matière des droits sociaux, et par la Convention européenne des droits de l'homme grâce à l'interprétation de son article 11 par la Cour européenne des droits de l'homme. Mais au delà des textes, « le mouvement est jurisprudentiel. Ces libertés, à l'origine « négligées » par la Cour, font l'objet d'une extension de leur contenu au fur et à mesure de ses arrêts »⁶⁰.

Par conséquent, le système juridique que constitue le Conseil de l'Europe traduit à lui seul une situation de pluralisme juridique. En effet, deux normes accompagnées de leur organe judiciaire respectif sont susceptibles de s'appliquer à des situations identiques. Ceci étant dit, qui dit pluralisme ne dit pas forcément complication de la situation. En effet, le pluralisme juridique présent au sein même du Conseil de l'Europe consiste en un pluralisme complémentaire. Les pratiques jurisprudentielles des organes, à savoir la Cour

⁵⁹ Site internet officiel du Conseil de l'Europe : <http://www.echr.coe.int>.

⁶⁰ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 368.

européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux, s'appuient l'une sur l'autre, la Cour n'hésitant pas à se saisir de la Charte sociale européenne pour interpréter la Conv. eur. D. H., et inversement.

Toutefois, malgré leur caractère complémentaire, ces deux normes juridiques ne sont pas identiques, ni dans leur application, ni dans leur effectivité, ni dans leur force contraignante. Les quelques développements qui suivent s'efforceront de décrire le rôle et l'influence de chacune de ces normes internationales sur la liberté syndicale et leur articulation avec le droit de l'Union européenne.

Section 1. La Convention européenne des Droits de l'Homme

SOUS-SECTION 1. La protection de la liberté syndicale par la Convention et son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme est la norme juridique centrale de l'organisation internationale qu'est le Conseil de l'Europe. Il s'agit de son traité constitutif dans lequel sont repris les différents droits que celui-ci entend protéger. La Conv. eur. D. H. protège les droits de l'homme en général, les droits sociaux en font donc partie. Bien que la Charte sociale européenne est l'instrument juridique du Conseil de l'Europe spécialisé en cette matière, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas hésité à s'emparer de cette thématique et rend depuis longtemps des arrêts concernant sa protection. Le principal intérêt de cette pratique est l'effet contraignant attaché aux décisions rendues par la Cour eur. D. H., effet faisant défaut aux décisions rendues par le Comité européen des droits sociaux, organe dédié au contrôle de l'application de la CSE. Un autre avantage dont dispose la Cour eur. D. H. par rapport au CEDS concerne la qualité requise pour pouvoir intenter une action en justice. Là où seules les organisations internationales d'employeurs et de travailleurs⁶¹, les organisations internationales non gouvernementales⁶² et les organisations nationales représentatives d'employeurs et de travailleurs relevant de la juridiction de la Partie contractante mise en cause⁶³ peuvent intenter une réclamation contre un Etat partie à la Charte devant le CEDS, la Convention permet à tout individu de porter plainte devant la Cour, pour autant que celui-ci ait épuisé toutes les voies de recours internes mises à sa disposition⁶⁴.

La liberté syndicale étant garantie à la fois par la Conv. eur. D. H. et par la CSE, les interactions entre le CEDS et la Cour eur. D. H. sont nombreuses, notamment quant à l'interprétation de cette protection et aux droits consacrés. Depuis quelques années, la jurisprudence de la Cour eur. D. H. s'est largement développée en s'appuyant sur celle du CEDS. Alors qu'à ses débuts, la Cour ne protégeait que la liberté syndicale au sens strict, elle entend aujourd'hui également protéger l'exercice de cette liberté, à savoir le droit de négociation collective, le droit de mener des actions collectives et la protection des membres et des représentants syndicaux. Cette évolution significative dans l'interprétation de l'article 11 de la Conv. eur. D. H. a pour conséquence de permettre la justiciabilité de ces droits pour les citoyens, ce que ne permet pas la Charte. « L'interaction normative entre la Charte et la convention concernant la liberté syndicale matérialise

61 Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives adopté à Strasbourg le 9 novembre 1995, approuvé par le décret du 25 février 1999 du Conseil régional wallon, *M.B.*, 11 mars 1999, p. 28437, article 1^{er}, b).

62 Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, art. 1^{er}, c).

63 Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, art. 4.

64 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. eur. D. H.), signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, art. 35.1.

la justiciabilité possible de celle-ci »⁶⁵.

L'article 11 de la Conv. eur. D. H. garantissant la liberté syndicale dispose que « toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts »⁶⁶. Cette liberté comporte deux volets, un positif et un négatif.

De manière positive, la liberté dont il est question garantit le droit syndical et « son respect comporte avant tout une protection contre des mesures qui limiteraient la faculté de fonder ou de s'affilier à un syndicat »⁶⁷. D'une part, l'Etat, en vue de respecter la Convention, ne peut restreindre cette liberté (sauf exception) et d'autre part, il « peut être amené à prendre des mesures [...] pour assurer à l'individu la jouissance effective de droits qu'il tire de l'article 11 »⁶⁸. L'interprétation concrète de cette liberté ressort de différents arrêts rendus par la Cour et se traduit par « le droit pour les syndicats d'établir leurs propres règlements, administrer leurs propres affaires, d'instaurer des fédérations de syndicats et d'y adhérer »⁶⁹. Toutefois, comme c'est le cas pour beaucoup d'autres droits consacrés par la Conv. eur. D. H., la liberté syndicale n'est pas absolue. Le deuxième paragraphe de l'article 11 de la Convention admet des restrictions à l'exercice de la liberté syndicale si celles-ci sont « prévues par la loi et constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »⁷⁰.

Après quelques hésitations, la Cour a franchi le pas et a consacré également le volet négatif de la liberté syndicale, à savoir le droit pour tout individu de ne pas s'affilier à une organisation représentative de travailleurs ou d'employeurs⁷¹. « La Cour rattache [...] le droit syndical à la notion d'autonomie personnelle qui sous-tend l'ensemble des droits de la Convention »⁷². « Cette notion doit donc être considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu implicite dans l'article 11, ainsi que comme un élément confirmant l'importance que revêt l'aspect négatif de cette disposition »⁷³. Enfin, dans un arrêt du 27 février 2007, la Cour apporte une dernière nuance en déclarant que « de même qu'un employé ou un travailleur doit être libre d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat sans être sanctionné ou faire l'objet de mesures de dissuasion, [...], le syndicat doit de son côté être libre de choisir ses membres »⁷⁴. La liberté syndicale négative devient dès lors collective et bilatérale⁷⁵.

En consacrant dans sa jurisprudence les deux volets de la liberté syndicale, la Cour rejoint l'avis rendu en 1970 du CEDS, alors dénommé le Comité d'experts indépendants, dans lequel celui-ci affirme que « le droit

65 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 368.

66 Conv. eur. D. H., art. 11. 1.

67 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 369.

68 *Ibid.*, p. 369.

69 Comm. eur. D. H., (Cheall c. Royaume-Uni), 13 mai 1985, D.R. 42, cité par C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 369.

70 Conv. eur. D. H., art. 11. 2.

71 Cour eur. D. H., arrêt Sigurdur A. Sigurjónson c. Islande du 30 juin 1993, <http://www.echr.coe.int>, §35.

72 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 374.

73 Cour eur. D. H., arrêt Sørensen et Rasmussen c. Danemark du 11 janvier 2006, *Recueil des arrêts et jugements*, 2006-I, § 54.

74 Cour eur. D. H., arrêt Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (ASLEEF) c. Royaume-Uni du 27 février 2007, <http://www.echr.coe.int>, § 39.

75 J.-P. MARGUÉ NAUD et J. MOULY, «Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte», *Rev. dr. tr.*, 2008, pp. 18-19 cité par C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 374.

syndical comporte une double obligation, l'une d'aspect négatif et l'autre de caractère positif »⁷⁶.

Peu à peu, la Cour va inclure dans sa jurisprudence la protection de l'exercice de cette liberté syndicale. Enfin, dans l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* rendu en Grande Chambre le 12 novembre 2008 sur renvoi d'un arrêt de chambre rendu le 21 novembre 2006⁷⁷, la Cour va intégrer, par un revirement spectaculaire de jurisprudence, «le droit à la négociation collective au sein des prérogatives couvertes par l'article 11 de la Convention »⁷⁸. La technique utilisée par la Cour, qui fut sujette à controverse quant à sa légalité en droit international⁷⁹, est appelée par Sébastien Van Droogenbroeck « l'enrichissement de l'interprétation conventionnelle par des sources externes »⁸⁰. Ce procédé, qui n'est pas nouveau dans la jurisprudence de la Cour⁸¹, permet à celle-ci d'interpréter la Convention grâce à des enseignements et des références qu'elle emprunte à différentes instances et organisations internationales. De cette manière, la Cour parvient à introduire dans sa jurisprudence des articles de la Charte sociale européenne, de différentes Conventions de l'OIT, des Pactes onusiens ou encore de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸². La Cour résume et justifie son raisonnement en déclarant : « quand elle [la Cour] définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, [elle] peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes »⁸³. Peu importe que l'Etat défendeur ait ou non ratifié l'instrument juridique auquel la Cour se réfère pour interpréter la Convention, celle-ci n'hésite pas à l'utiliser, comme elle le déclare expressément dans l'arrêt du 12 novembre 2008⁸⁴.

La Cour a également déclaré que le droit de grève était une composante de la liberté syndicale couverte par l'article 11 en adoptant « un raisonnement particulièrement favorable aux grévistes »⁸⁵. Dans un arrêt du 21 avril 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, la Cour déclare : « La grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts [...]. Le droit de grève est reconnu par les organes de contrôle de l'Organisation internationale du travail comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la Convention 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical »⁸⁶.

Cette interprétation extensive faite par la Cour, bien que contestée par certains auteurs en doctrine, a pour avantage de rendre indirectement contraignants certains articles de la Charte sociale européenne, ce

76 CEI, Conclusions I, Observation interprétative, article 5, p. 32, cité par C. Nivard, *La justiciabilité des droits sociaux*, *op. cit.*, p. 370.

77 Cour eur. D. H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, <http://www.echr.coe.int>.

78 S. VAN DROOGENBROECK, « Les frontières du droit et le temps juridique : La Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, p. 812.

79 Voy. à cet égard S. VAN DROOGENBROECK, « Les frontières du droit et le temps juridique : La Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », *op. cit.*, pp. 815-817 ; J.-F. RENUCCI et C. BRISAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne : les liaisons dangereuses », *Dalloz*, 2007, *Etudes et commentaires*, p. 410 ; J.-F. RENUCCI, « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », *J.C.P.*, 14 mars 2007, p. 4 ; J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Le droit à la négociation collective, 'partie inséparable' de la liberté syndicale », *J.C.P.*, 2007, II 10037-10028, p. 38.

80 S. VAN DROOGENBROECK, « Les frontières du droit et le temps juridique : La Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », *op. cit.*, p. 817.

81 Cour eur. D. H., arrêt *Bartik c. Fédération de Russie* du 21 décembre 2006, <http://www.echr.coe.int>, §§ 30, 36 et 49 ; Cour eur. D. H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, <http://www.echr.coe.int>, cité par S. VAN DROOGENBROECK, « Les frontières du droit et le temps juridique : La Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », *op. cit.*, pp. 818-819.

82 Cour eur. D. H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, <http://www.echr.coe.int>, §§ 37-52.

83 Cour eur. D. H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, <http://www.echr.coe.int>, § 85.

84 Cour eur. D. H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, <http://www.echr.coe.int>, § 45.

85 J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *Rev. dr. tr.*, 2008, pp. 18-19 cité par J.-M. THOUVENIN, A. TREBILCOCK, *Le droit international social: Droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

86 Cour eur. D. H., arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie* du 21 avril 2009, <http://www.echr.coe.int>, § 24.

que le Comité européen des droits sociaux reste en défaut de faire. La Cour qui dispose d'une grande légitimité de la part des Etats parties au Conseil de l'Europe, ne craint pas d'interférer de plus en plus dans le droit national pour la protection des valeurs de sa Convention. Nous pouvons donc affirmer aujourd'hui que « la justiciabilité de l'ensemble du droit syndical est établie »⁸⁷. De plus, ce procédé, outre l'objectif d'interprétation qu'il défend, est porteur d'une autre conséquence, celle de la reconnaissance par la Cour d'autres instances et organisations internationales compétentes pour des droits identiques, traduisant de cette manière l'existence d'un pluralisme juridique intégré complémentaire. Toutefois, tâchons de ne pas nous réjouir trop vite et de ne pas y voir la solution miracle au problème que Marco Rocca appelle le « Clash of Kings »⁸⁸, le clash des jurisprudences. En effet, l'emprunt de la Cour aux conventions d'autres organisations internationales est circonscrit et délibéré. Très logiquement, la Cour va choisir de se référer uniquement à des dispositions qui soutiennent son raisonnement et laissera de côté toute interprétation de sens contraire.

SOUS-SECTION 2. Interactions avec l'Union européenne – Le principe de présomption de compatibilité

Alors que par le passé, le besoin d'une hiérarchie entre les différents systèmes juridiques d'ordre national, régional ou international se faisait fortement ressentir, une évolution vers une « tendance d'entrecroisements fréquents des jurisprudences respectives dans les matières adjacentes, régies par des normes identiques ou similaires appartenant à d'autres systèmes »⁸⁹ semble se dessiner. Toutefois, tous les conflits jurisprudentiels et normatifs ne sont pas encore résolus. La question du statut du droit communautaire devant la Cour européenne des droits de l'homme est restée pendant longtemps sans réponse. L'arrêt *Bosphorus Hava Yllari Turzim Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* du 30 juin 2005 rendu par la Cour européenne des droits de l'homme y apporte une réponse, pouvant certes paraître imparfaite, mais qui n'en reste pas moins une tentative. Cette question est étroitement liée au statut de la Convention devant la Cour de justice de l'Union européenne et de l'adhésion (en cours) de l'Union à celle-ci, question que nous aborderons plus tard, dans l'analyse de l'ordre juridique que constitue l'Union européenne.

La Cour va établir un principe très important en ce qui concerne la relation entre la Convention eur. dr. h. et le droit de l'Union européenne. Elle va consacrer l'existence d'une présomption, non-irréfragable, de conformité d'une norme juridique d'un Etat membre avec la Convention si cet acte est la transposition pure et simple d'une norme de l'UE. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a raisonné de la manière suivante : elle a considéré que, dès lors qu'une organisation internationale offre de manière constante « une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention »⁹⁰, une mesure d'un Etat prise en exécution des obligations juridiques découlant de ladite organisation « doit être réputée justifiée »⁹¹. La Cour continue en donnant à cette présomption son caractère non-irréfragable : « Toutefois, un constat de « protection équivalente » de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout

87 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 368.

88 M. ROCCA, « A clash of kings: The European Committee of Social Rights on the 'Lex Laval' ... and on the EU framework for the posting of workers », *European Journal of Social Law*, 2013 - 3, pp. 217-232.

89 P. STANGOS, « Les rapports entre la Charte Sociale européenne et le droit de l'Union européenne, Le rôle singulier du comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence », *C.D.E.*, Bruylant, Bruxelles, p. 319.

90 Cour eur. D. H, arrêt *Bosphorus Air Lines c. Irlande* du 30 juin 2005, <http://www.echr.coe.int>, § 155.

91 Cour eur. D. H, arrêt *Bosphorus Air Lines c. Irlande* du 30 juin 2005, <http://www.echr.coe.int>, § 155.

changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux »⁹². Enfin, elle conclut en définissant ladite présomption : « Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation »⁹³.

Cet arrêt intervient dans un contexte quelque peu flou où l'adoption du Traité instituant une Constitution pour l'Europe semble s'éloigner de plus en plus. Or, dans ce Traité, figurait une disposition concernant l'adhésion de l'Union européenne à la Conv. eur. D. H.⁹⁴ Certains auteurs se sont demandé si « la Cour n'a pas voulu par cet arrêt établir un régime transitoire dans l'attente de l'adhésion tout en exerçant une pression discrète sur l'Union dans la mesure où la solution retenue produit, certes d'une manière nuancée, des conséquences similaires à l'adhésion sans que l'Union puisse bénéficier des avantages de celle-ci »⁹⁵. Le Traité instituant une Constitution pour l'Europe fut effectivement rejeté et avec lui, l'adhésion de l'UE à la Convention. Bien que le Traité de Lisbonne comporte également un article relatif à la question⁹⁶, cette adhésion n'a pas encore été réalisée. Dès lors, dix ans après l'arrêt *Bosphorus*, la solution qu'il a proposée est toujours utilisée. Toutefois, le problème n'est pas réglé. En effet, étant donné le caractère non-irréfragable de la présomption, la Cour a gardé une porte de secours pour intervenir dans une situation où, bien que l'Etat membre ait respecté le droit communautaire, il a enfreint un droit garanti par la Convention. Les conflits d'interprétation peuvent donc ressurgir à tout instant⁹⁷.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention pourrait de prime abord paraître comme une solution à ces éventuels conflits. Nous verrons plus loin dans les hypothèses de résolution du conflit sur lequel porte ce travail qu'une telle adhésion est en route, mais qu'elle n'est pas sans poser quelques difficultés.

Section 2. Le système mis en place par la Charte sociale européenne

SOUS-SECTION 1. Autour de la Charte sociale européenne

§ 1. Historique de la Charte

La Charte sociale européenne et la Charte sociale européenne révisée sont aux droits économiques, sociaux et culturels ce qu'est la Convention européenne des droits de l'homme aux droits civils et politiques⁹⁸. Elles sont les instruments qui consacrent à l'échelle européenne les droits sociaux. Ces Chartes sont « des traités internationaux dont le but est d'élever le niveau de la protection des droits sociaux en Europe »⁹⁹.

92 Cour eur. D. H, arrêt *Bosphorus Air Lines c. Irlande* du 30 juin 2005, <http://www.echr.coe.int>, § 155.

93 Cour eur. D. H, arrêt *Bosphorus Air Lines c. Irlande* du 30 juin 2005, <http://www.echr.coe.int>, § 156.

94 Traité instituant une Constitution pour l'Europe, signé le 29 octobre 2004 (mais non en vigueur), art. I.9, 2. « 2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution ».

95 F. BENOIT-ROHMER, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : L'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *Rev. trim. dr. h.*, 64/2005, pp. 829.

96 Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne signé le 13 décembre 2007 à Lisbonne, approuvé par la loi du 19 juin 2008, *M.B.*, 19 février 2009, art. 6.

97 F. BENOIT-ROHMER, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : L'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *op. cit.*, pp. 827-853.

98 P. STANGOS, « Les rapports entre la Charte Sociale européenne et le droit de l'Union européenne, Le rôle singulier du comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence », *op. cit.*, p. 323 ; J-F. Akandji-Kombé, « Chapitre 4, L'applicabilité *ratione personae* de la Charte Sociale Européenne : ombres et lumières », in *The European Social Charter : A social constitution for Europe*, (sous la dir. de O. DE SCHUTTER) Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 79-93.

99 A. M. SWIAKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2007, p. 51.

« La construction de la protection des droits sociaux a évolué par étapes. Le champ d'application et les méthodes de protection des droits sociaux se sont développés au fil du temps »¹⁰⁰. La première version de la Charte sociale européenne fut adoptée le 18 octobre 1961 à Turin. Son entrée en vigueur, conditionnée à cinq ratifications eut lieu le 26 février 1965.

Le contexte historique de l'adoption de la Charte est celui de l'après-guerre. Dès 1946, une large partie de la communauté internationale montre le désir de s'unir sur différentes matières pour donner un cadre juridique à leurs relations. L'Organisation des Nations Unies, les Communautés européennes et le Conseil de l'Europe ne sont que des exemples de cette envie d'intégration et de coopération entre Etats. La matière des droits sociaux n'est pas laissée à l'abandon et fait, elle-aussi, l'objet de différents traités internationaux. La Charte sociale européenne est l'un d'eux.

Toutefois, son élaboration n'a pas été simple. Dès novembre 1950, la Convention européenne des droits de l'homme est signée. Mais il faudra attendre 1961, soit onze années, pour la signature de la Charte sociale européenne. Ce décalage s'explique par la plus forte volonté des Etats membres du Conseil de l'Europe de créer un instrument juridique international consacrant les droits civils et politiques par rapport aux droits sociaux, économiques et culturels. Cette plus forte volonté est le reflet d'une certaine homogénéité des points de vue concernant les droits civils et politiques, homogénéité qui fait défaut lorsque les droits sociaux entrent en scène. En effet, les difficultés concernant l'élaboration de la CSE émanent, entre autres, du fait que les pratiques nationales des Etats parties sont très différentes d'un état à l'autre. Dans certains Etats, les droits sociaux sont protégés par une législation de type traditionnel, adoptée par la ou les assemblées parlementaires, dans d'autres états, on se retrouve également face à une législation, mais adoptée par un organe tripartite. Enfin, il y a des états où la législation ne protège pas les droits sociaux, mais où la coutume, comme c'est le cas dans la Common law, offre la protection de ces droits aux citoyens¹⁰¹.

La Charte fut soumise à un processus d'adoption comprenant quatre phases successives : une phase parlementaire, une gouvernementale, une troisième tripartite et enfin, la quatrième étape consistant en la décision d'adoption par le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe.

Après la première étape du procédé, un mémorandum a émané de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe. Celui-ci « recommande une politique commune en matière sociale. La proposition avait pour objectif de servir d'inspiration pour un progrès social, et d'harmoniser les droits et les politiques en matière de travail et de protection sociale »¹⁰². Ce mémorandum sert alors de base à cette Assemblée consultative pour la rédaction d'un premier texte juridique. Mais les réticences et différences d'opinion commencent à se faire sentir, on ne parvient pas à se mettre d'accord sur un texte si bien que, au bout de trois ans, aucun texte n'est entériné ni rejeté. L'Assemblée remet alors la responsabilité de parvenir à un accord et un texte écrit au Conseil des ministres, tout en lui recommandant de s'inspirer de son projet pendant. Après de longues discussions au sein « d'un comité social composé de hauts fonctionnaires venus de chacun des Etats membres et du Conseil des ministres lui-même »¹⁰³, un projet est adopté et soumis alors à une conférence tripartite organisée par l'OIT. Une fois les amendements au projet adoptés, celui-ci est renvoyé

100 A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2007, p. 47.

101 J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 57.

102 *Ibid.*, p. 57.

103 *Ibid.*, p. 57.

aux Assemblée consultative et Comité social pour la signature, après onze ans, de ce qui deviendrait la Charte sociale européenne. Le texte de la Charte, résultat d'un long processus et de nombreuses discussions, est un texte entérinant des compromis.¹⁰⁴

En 1961, le préambule de la Charte énonce ce qui suit : «Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe, [...], considérant que la jouissance des droits sociaux doit être assurée sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale; résolu à faire en commun tous efforts en vue d'améliorer le niveau de vie et de promouvoir le bien-être de toutes les catégories de leurs populations, tant rurales qu'urbaines, au moyen d'institutions et de réalisations appropriées [...] »¹⁰⁵. Il s'agit là de l'esquisse de ce qui allait devenir l'objectif de la Charte et de ses organes de contrôle, à savoir élever au rang de droits fondamentaux les droits sociaux. Cette première version de la Charte, qui subsistera jusqu'en 1996, et qui, pour certains Etats subsiste encore, est composée de trente articles relatifs aux droits sociaux. La Charte ratisse large, du droit des travailleurs à des conditions de travail équitables¹⁰⁶ au droit des familles à une protection juridique, sociale et économique¹⁰⁷, du droit à l'action collective¹⁰⁸ au droit à l'assistance sociale et médicale¹⁰⁹.

Lors de son entrée en vigueur, la Charte est ratifiée par cinq Etats membres du Conseil de l'Europe, l'Allemagne, l'Irlande, la Norvège, le Royaume-Uni et la Suède. Peu à peu, les Etats membres des Communautés européennes et d'autres Etats européens ratifient la Charte. Au premier juillet 1999, date d'entrée en vigueur de la version révisée de la Charte, tous les Etats membres de l'Union européenne de l'époque, à savoir l'Europe des quinze, ont ratifié la Charte de 1961. L'Union européenne en tant que telle n'a pas ratifié la Charte, mais tous ses membres indépendamment sont tenus par ses obligations. Nous voyons ici apparaître l'ébauche de l'interaction entre les différents instruments internationaux au travers des Etats parties à ces institutions dont ces instruments émanent.

Pendant quarante ans, l'instrument juridique le plus avancé en matière de droits sociaux va vivre « à l'ombre des grands événements qui ont marqué la consécration de la protection des droits de l'homme à l'échelle universelle »¹¹⁰. Mais au début des années nonante, suite, entre autres, à la chute de l'Union des républiques socialistes soviétiques, un rafraîchissement et une plus grande ouverture de la Charte s'imposent. Les Etats parties et le Conseil de l'Europe veulent une adaptation de la Charte en vue d'une amélioration des dispositifs d'un grand nombre de droits sociaux acquis et en vue d'ajouter de nouveaux droits. La révision de la Charte a été entreprise pour adapter « l'instrument aux nouveaux défis sociaux générés par l'après-guerre froide et visant à renforcer l'effectivité des droits consacrés »¹¹¹.

En 1996, le processus de révision est lancé et aboutira trois ans plus tard, le 3 mai 1999 à Strasbourg. La version révisée de la Charte n'entrera en vigueur que quelques années plus tard, soit le premier juillet 1999, après la ratification de celle-ci par quatre Etats parties, la France, la Slovaquie, la Suède et la Roumanie. Le 2

104 J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., p. 57.

105 Préambule de la Charte Sociale Européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, approuvée par la loi du 11 juillet 1990, *M.B.*, 28 décembre 1990, p. 3312.

106 Charte Sociale Européenne, art. 2.

107 Charte Sociale Européenne, art. 16.

108 Charte Sociale Européenne, art. 6.

109 Charte Sociale Européenne, art. 13.

110 P. STANGOS, « Les rapports entre la Charte Sociale européenne et le droit de l'Union européenne, Le rôle singulier du comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence, *Cahiers de Droit européen* », op. cit., p. 321.

111 *Ibid.*, p. 321.

mars 2004, la Belgique ratifiera la Charte qui entrera en vigueur le premier mai de la même année.

A l'heure actuelle, tous les Etats membres de l'Union européenne ont ratifié la Charte sociale européenne, soit dans sa version originale, soit dans sa version révisée, tous font donc partie du « système de la Charte »¹¹² et sont redevables de leurs engagements tel qu'en dispose le droit international¹¹³. Sur les quarante-sept Etats parties, quelques trente-trois états ont ratifié la version révisée de 1996. La Charte telle que rédigée en 1961 s'applique dès lors encore aux dix états ayant ratifié la Charte en 1961.

Dans le préambule de la version révisée, la volonté d'élever les droits sociaux au même niveau que les droits civils et politiques se ressent plus fort encore. La Charte sociale européenne énonce cette fois clairement son objectif ; il s'agit d'offrir au citoyen la garantie des droits sociaux, au même titre que les droits civils et politiques consacrés par la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme de 1950. « Les Etats membres du Conseil de l'Europe sont convenus d'assurer à leurs populations les droits sociaux spécifiés dans ces instruments afin d'améliorer leur niveau de vie et de promouvoir leur bien-être »¹¹⁴.

§ 2. La Charte et son contenu, la protection de la liberté syndicale

« Les droits sociaux garantis par la Charte sont applicables à tous les individus dans leur vie de tous les jours »¹¹⁵. Les Etats ayant ratifié la Charte sociale européenne doivent « prendre des mesures positives et concrètes en vue de l'exécution des droits consacrés »¹¹⁶. Il ne s'agit donc pas d'une obligation négative mais bien de droits subjectifs pour les citoyens dont découlent pour l'état une obligation positive de mise en oeuvre effective, impliquant une réelle obligation « de faire » afin que, *in fine*, les droits de chaque citoyen soient respectés.

La Charte protège un large panel de droits sociaux. Chaque article énonce un droit en des termes absolus, mais poursuit en précisant ses objectifs et différentes instructions quant à la mise en oeuvre de ce droit. Dans sa version révisée, on y retrouve des articles relatifs à la vie professionnelle d'un individu, comme le droit au travail,¹¹⁷ le droit à des conditions de travail équitables¹¹⁸, le droit à une rémunération équitable¹¹⁹, ou encore le droit à la formation professionnelle ; mais également des articles relatifs à la vie privée et familiale du travailleur, au droit des travailleurs à la protection de la maternité¹²⁰, au droit à la sécurité sociale¹²¹ ou au droit à la protection de la santé¹²², qui inclut, selon une décision du Comité rendue sur réclamation collective, le droit à un environnement sain¹²³. Un article, l'article 7 de la Charte révisée vise spécialement la protection des enfants contre le travail et fixe les minimas d'âge requis pour l'emploi des mineurs.

112 P. STANGOS, « Les rapports entre la Charte Sociale européenne et le droit de l'Union européenne, Le rôle singulier du comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence, Cahiers de Droit européen », *op. cit.*, p. 323.

113 J. KLABBERS, *Internacional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

114 Charte Sociale Européenne révisée signée à Strasbourg le 3 mai 1996, approuvée par le décret du 4 décembre 2003 du Conseil régional wallon, *M.B.*, 16 décembre 2003, p. 64622.

115 A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, *op. cit.*, p. 47.

116 P. STANGOS, « Les rapports entre la Charte Sociale européenne et le droit de l'Union européenne, Le rôle singulier du comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence », *op. cit.*, p. 321.

117 Charte Sociale Européenne révisée, art. 1.

118 Charte Sociale Européenne révisée, art. 2.

119 Charte Sociale Européenne révisée, art. 4.

120 Charte Sociale Européenne révisée, art. 8.

121 Charte Sociale Européenne révisée, art. 12.

122 Charte Sociale Européenne révisée, art. 11.

123 Décision sur le bien-fondé du 6 décembre 2006, Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) c. Grèce, Réclamation collective n° 30/2005, §202.

Enfin, la Charte consacre les droits collectifs des travailleurs. L'article 5, relatif au droit syndical, dispose que « en vue de garantir ou de promouvoir la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations, les Parties s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à cette liberté »¹²⁴. L'article 6 quant à lui, reconnaît comme un droit fondamental le droit à la négociation collective et « le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur »¹²⁵. L'article 6 n'indique pas quels sont les différents moyens dont disposent les travailleurs pour mener leurs actions collectives, excepté le droit de grève. Ce choix fait par le Comité laisse les Etats parties libres d'organiser la législation relative à ces actions collectives. Seule exception, le droit de grève fait l'objet d'une provision *expressis verbis* au paragraphe 4 de l'article 6¹²⁶. Enfin, bien que ce ne soit pas expressément précisé par le texte de l'article, les employeurs possèdent également le droit de mener des actions collectives. En effet, selon le Comité, « le lockout est la base, si non pas l'unique moyen de protection des intérêts des employeurs contre les demandes excessives faites par les organisations représentatives des travailleurs »¹²⁷.

La particularité de la protection de la liberté syndicale est son caractère hybride. En effet, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les articles 5 et 6 de la CSE trouvent leur pendant dans l'article 11 de la Conv. eur. D. H et son interprétation par la Cour eur. D. H. Grace à l'évolution de la jurisprudence de la Cour, les interprétations des droits qui découlent de la liberté syndicale données par la Cour et par le Comité se sont rejointes et sont cohérentes l'une vis à vis de l'autre. Cela a eu une conséquence certaine sur la justiciabilité des droits en question. Comme le résume Caroline Nivard, « que ce soit au travers des interactions normatives et jurisprudentielles ou par la concrétisation et l'individualisation des obligations de la Charte, les éléments d'une protection juridictionnelle du droit de négociation collective sont en place »¹²⁸.

La Charte sociale et le Comité européen des droits sociaux ne sont pas pour rien dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour. En effet, le Comité a toujours eu une interprétation incluant plus de droits sous la protection de la liberté syndicale que la Cour. La Charte étant l'instrument dédié spécialement aux droits sociaux, le Comité était mieux armé pour défendre ces droits et en donner une interprétation claire et définie. Par la suite, grâce à aux avis et décisions du Comité, la Cour a décidé d'élargir le spectre de la protection offert par l'article 11 et « elle unifie ainsi les garanties de la Convention européenne à celle de la charte sociale européenne »¹²⁹.

§ 3. L'interprétation de la Charte

Au sein du Conseil de l'Europe, et plus particulièrement au regard de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, «la Charte a été élaborée comme un instrument de droits de l'homme destiné à compléter la Convention européenne des Droits de l'Homme. Elle est un instrument vivant, voué à certaines valeurs qui l'inspirent : la dignité, l'autonomie, l'égalité et la solidarité. Les droits qu'elle garantit ne

124 Charte Sociale Européenne révisée, art. 5.

125 Charte Sociale Européenne révisée, art. 6.

126 A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, op. cit, pp. 226-227.

127 *Ibid*, p. 226.

128 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 384.

129 *Ibid*., p. 377.

constituent pas une fin en soi mais complètent les droits de la Conv. eur. D. H. »¹³⁰. La question de l'interprétation de la Charte est très importante en ce qu'elle permet au CEDS d'imposer son droit de manière claire et stricte. Dans une décision *Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. France*, le Comité « précise que lorsqu'il est conduit à interpréter la Charte, il le fait selon les techniques d'interprétation consacrées par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Selon le premier paragraphe de l'article 31 de cette Convention: « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »¹³¹.

Le Comité le rappelle, la Charte est un instrument de droit international de protection des droits fondamentaux¹³². L'interprétation d'un tel instrument ne peut se faire de manière isolée et individualisée. Le Comité, lorsqu'il rend sa décision sur le bien-fondé d'une action prend en compte les différentes normes juridiques de protection des droits fondamentaux, dont les droits sociaux, et a conscience de leur interaction. Le Comité « profite de l'expérience de diverses institutions internationales, sous l'autorité de réglementations internationales différentes, pour superviser si les Etats membres respectent leurs obligations »¹³³. En rappelant les règles de droit international, dont la Convention de Vienne sur le droit des traités, le Comité s'assure et rappelle aux Etats parties que celle-ci s'applique avec toutes les conséquences qui en découlent au niveau de l'interprétation. Cette démarche interprétative est celle, comme nous l'avons expliqué plus avant, utilisée par la Cour eur. D. H. lorsqu'elle interprète la Convention dans le cadre d'un litige donné¹³⁴. Le CEDS, en adoptant le même processus interprétatif que la Cour, démontre sa volonté d'asseoir sa légitimité et tente de donner aux obligations découlant de la Charte le caractère contraignant qui leur manque en se référant à d'autres textes qui disposent de la force obligatoire.

La Cour européenne des droits de l'homme rend des décisions, au contraire du Comité européen des droits sociaux, contraignantes pour l'état condamné par celle-ci. La justiciabilité des droits de la Convention européenne des droits de l'homme est plus aboutie que celle des droits de la Charte sociale. Dans une décision du 7 septembre 2004, le Comité énonce que « selon la Déclaration de Vienne de 1993, tous les droits de l'homme sont « universels, indissociables, interdépendants et intimement liés » (par. 5). Le Comité est par conséquent attentif à l'interaction complexe entre les deux catégories de droits. Ainsi la Charte doit-elle être interprétée de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux »¹³⁵. Ce faisant, le Comité entend rattacher les droits consacrés par la Charte à ceux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme pour leur donner le même effet et la même importance. Ce n'est pas neutre en terme de force contraignante, il est notoire que la jurisprudence de la Cour eur. D. H. est plus célèbre, entendue et contraignante que celle du Comité. A côté, le Comité peut parfois paraître moins influent¹³⁶. Interpréter tous les droits fondamentaux ensemble permettrait au Comité d'utiliser les droits de l'homme à ses fins et donne ainsi l'idée à la Cour européenne des droits de l'homme d'en faire de même, d'inclure dans ses décisions

130 C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 7 septembre 2004, *Fédération Internationale des Ligues de Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, Réclamation collective n°14/2003, § 27.

131 C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 7 septembre 2004, *Fédération Internationale des Ligues de Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, Réclamation collective n°14/2003, § 26.

132 A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, *op. cit.*, p. 47.

133 *Ibid.*, p. 51.

134 S. VAN DROOGHENBROECK, « Les frontières du droit et le temps juridique : La Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », *op. cit.*, pp. 811-849.

135 C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2004, *Fédération Internationale des Ligues de Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, Réclamation collective n°14/2003, §§ 28 et 29.

136 A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, *op. cit.*, p. 399.

des dispositions de la charte sociale, insistant sur l'obligation de les respecter¹³⁷. En se référant à la Charte sociale européenne, la Cour eur. D. H., bien que refusant systématiquement de contrôler le respect de celle-ci, lui permet de participer au « consensus international »¹³⁸ sur la mise en place d'une protection effective des droits sociaux.

Le Comité, dans l'interprétation de la Charte, ne se limite pas uniquement à d'autres instruments juridiques internationaux. « Il prend également en considération des facteurs économiques et sociaux »¹³⁹.

§ 4. L'effectivité des normes de la Charte

« La Charte est un instrument vivant qui a pour objet de protéger des droits effectifs et non pas théoriques, la conformité d'une situation à la Charte ne résulte pas seulement de la loi mais de la mise en oeuvre effective de celle-ci »¹⁴⁰.

La Charte est un traité international. Le droit international est clair, les Etats qui s'engagent vis à vis d'une convention internationale doivent la respecter. Il convient dès lors de distinguer deux situations. Soit l'Etat est dit moniste, le droit interne et le droit international ne font qu'un, alors les conventions internationales, dès leur ratification, font pleinement et directement partie du droit interne de cet Etat. Soit, comme c'est le cas pour la majorité des Etats sur la Terre, l'Etat est dit dualiste. Le droit interne et le droit international sont distincts et pour faire entrer ce dernier dans le droit interne, une loi de transposition du traité ratifié est nécessaire. En d'autres mots, le droit interne d'un Etat doit toujours être conforme au droit international que cet Etat a ratifié. Certes, un citoyen ne peut, sauf effet direct, se prévaloir devant un juge national de la norme de droit international, mais indirectement, via le mécanisme de la transposition, le citoyen doit avoir accès au droit international pour défendre ses intérêts devant un juge national. Le droit international doit être effectif dans tout Etat l'ayant ratifié.

C'est dans ce cadre institué par le droit international que se place la Charte sociale européenne. Celle-ci n'a pas effet direct, les règles qu'elle édicte ne sont pas suffisamment claires, nettes et précises, le Comité européen des droits sociaux lui-même en convient. Mais la Charte a la volonté de conférer des droits aux citoyens et des obligations aux Etats. En effet, « les prescriptions substantielles [...] auxquelles les politiques des Etats parties sont soumises, sont formulées en tant que « droits » (sociaux) subjectifs. Aux titulaires désignés [...], la Charte attribue ces droits en tant que « droits-créances », [...], en sollicitant ainsi la prise de mesures positives et concrètes de la part des Etats signataires en vue de leur exécution »¹⁴¹. La Charte prend soin de vérifier que l'effectivité des droits qu'elle consacre soit mise en place¹⁴² ; pour être en conformité avec la Charte, un état ne peut se restreindre à une correcte transposition de la règle dans son droit interne, il faut également que « par delà le droit, les pratiques soient bonnes ; et, si, en dépit d'un texte excellent, la pratique est mauvaise, cela ne va pas »¹⁴³.

137 O. DE SCHUTTER, « Chapitre 1, The two lives of the European Social Charter » in *The European Social Charter : A social constitution for Europe*, (sous la dir. de O. DE SCHUTTER), Bruxelles, Bruylant, 2010, 11-37.

138 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 323.

139 A. M. SWIAKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, op. cit., p. 53.

140 H. CULLEN, « The Collective Complaints System of the European Social Charter : Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights », *Human Rights Law Rev.*, 9:1, 2009, pp. 73.

141 P. STANGOS, « Les rapports entre la Charte Sociale européenne et le droit de l'Union européenne, Le rôle singulier du comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence », op. cit., p. 321.

142 A. M. SWIAKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, op. cit., p. 48.

143 J.-M. BERLORGEY, « La Charte Sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation (1961-2011), le Comité européen des droits sociaux : esquisse d'un bilan », *Rev. trim. dr. h.*, Bruxelles, 2011, p. 791.

Dans une décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010, le Comité insiste sur cette obligation de respect de la Charte par les Etats parties en déclarant : « Lorsque les Etats membres de l'Union européenne décident de mesures contraignantes qu'ils s'appliquent à eux-mêmes par le moyen d'une directive qui influence la manière dont ils mettent en œuvre les droits énoncés dans la Charte, il leur appartient, tant lors de l'élaboration du texte que de sa transposition dans leur droit interne, de tenir compte des engagements qu'ils ont souscrits par la ratification de la Charte sociale européenne. C'est au Comité qu'il revient, en dernier lieu, d'apprécier si la situation nationale est conforme à la Charte, et ce y compris en cas de transposition d'une directive de l'Union européenne en droit interne ¹⁴⁴ ». Dans une autre décision, le Comité affirmera que « ce principe vaut *mutatis mutandis*, pour les dispositions nationales fondées sur des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice de l'Union européenne » ¹⁴⁵. Le Comité est bien conscient du problème de cohérence qui peut survenir en présence d'une situation pluraliste juridique. Il rappelle dès lors que le droit national d'un Etat ne peut être contraire à ses engagements pris envers la Charte même si il s'agit pour cet Etat de se mettre en conformité avec le droit communautaire.

SOUS-SECTION 2. Comité européen des droits sociaux

§ 1. Les trois rôles du Comité

Le Comité européen des droits sociaux « statue en droit sur la conformité des situations nationales avec la Charte sociale européenne, le Protocole additionnel de 1988 et la Charte sociale européenne révisée » ¹⁴⁶. Il s'agit de « l'organe de contrôle principal du respect de la Charte sociale européenne » ¹⁴⁷.

Cette mission se traduit par trois fonctions. Premièrement, le Comité établit les standards européens en terme de droit du travail et de sécurité sociale. Deuxièmement, il examine les rapports rendus par les Etats Membres sur leurs situations ¹⁴⁸ et déclare si celles-ci sont conformes ou non aux obligations de la Charte. Enfin, il reçoit les plaintes collectives émanant d'organisations internationales d'employeurs ou de travailleurs ou d'organisations non-gouvernementales contre les Etats membres ¹⁴⁹.

Le Comité est donc l'institution qui examine, sur base de rapports envoyés par les Etats parties, la conformité de chaque état avec les dispositions de la Charte. La conformité ne doit pas être uniquement textuelle ou normative, le Comité prend soin de vérifier la bonne pratique effective des normes sur le territoire de l'Etat partie. Cette procédure de rapports annuels existe depuis les débuts de la Charte et permet au Comité de « dresser le bilan général du respect des dispositions de la Charte acceptées par les Etats » ¹⁵⁰.

D'autre part, le Comité européen des droits sociaux est le « juge » des réclamations collectives intentées par une organisation internationale d'employeurs et de travailleurs ¹⁵¹, par une organisation internationale non

144 C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010, Confédération générale du Travail (CGT) c. France, Réclamation collective n°55/2009, §§ 32 et 33.

145 C.E.D.S., Décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 3 juillet 2013, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, Réclamation collective n° 85/2012, § 73.

146 Règlement du Comité européen des droits sociaux, 29 mars 2004, art. 2, § 1.

147 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 246.

148 Charte Sociale européenne révisée, article 25.

149 A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, op. cit., p. 377.

150 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 239.

151 Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, art. 1^{er}, b).

gouvernementale¹⁵² ou par une organisation nationale représentative d'employeurs et de travailleurs relevant de la juridiction de la Partie contractante mise en cause¹⁵³, contre un Etat partie à la Charte sociale européenne ayant ratifié le Protocole additionnel portant la procédure de réclamation collective. Instaurée en 1995, cette procédure est un changement majeur dans l'existence de la Charte sociale européenne, car il est à présent possible pour un requérant de porter plainte contre un Etat membre pour violation ou non-respect d'un droit conféré par la Charte.

Aujourd'hui, seuls treize sur quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe ont ratifié le Protocole additionnel, douze font également partie de l'Union européenne, et notamment la Belgique¹⁵⁴. Double conséquence de ce petit nombre, l'impossibilité d'une part pour un grand nombre de titulaires du droit de réclamation collective d'en faire usage, faute pour l'Etat visé d'avoir ratifié le Protocole, et, d'autre part, quelques états font l'objet de toutes les attaques et se voient condamner de manière récurrente, du fait qu'ils ont ratifié le Protocole. Ils font figure de mauvais élèves, pour la simple raison que leurs homologues, qui n'ont pas ratifié le Protocole, ne peuvent se voir accuser de quoi que ce soit.

Le système instauré par le Protocole est toutefois important car il permet au Comité européen des droits sociaux de créer et d'asseoir sa jurisprudence et de rappeler aux Etats parties leurs engagements, leurs droits et surtout leurs obligations. C'est principalement via cette procédure, à côté de celle des rapports annuels, que le Comité européen défend les droits de la Charte sociale européenne. Malgré l'absence de force exécutoire, les décisions rendues par le Comité sont entendues par l'Etat incriminé et si le Comité des ministres décide de prendre une résolution ou recommandation entérinant la décision du Comité, cet Etat, le plus souvent, régularisera sa législation.

La plus grande faiblesse de la procédure de réclamation collective est la limitation des titulaires de l'action¹⁵⁵. Il s'agit d'une action collective, un justiciable individuel n'est pas qualifié pour se prévaloir de la Charte devant le Comité afin de tenter de faire condamner l'Etat pour la violation de ses droits subjectifs. Seules les organisations internationales d'employeurs et de travailleurs¹⁵⁶, les organisations internationales non gouvernementales¹⁵⁷ ou les organisations nationales représentatives d'employeurs et de travailleurs relevant de la juridiction de la Partie contractante mise en cause¹⁵⁸, peuvent intenter une action contre un Etat membre. La subjectivation des droits de la Charte n'a pas encore été reconnue, il n'est donc pas possible pour un individuel de porter plainte contre un Etat membre devant le Comité¹⁵⁹.

§ 2. Le Comité, une « quasi-juridiction »

Le Comité européen des droits sociaux n'est pas un juge en tant que tel, il n'est pas compétent pour recevoir des plaintes individuelles concernant la violation d'une disposition de la Charte¹⁶⁰. Toutefois, « ses caractères et sa fonction le rapprochent d'une telle figure »¹⁶¹. « Il n'est pas un organe judiciaire,

152 Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, art. 1^{er}, c).

153 Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, art. 4.

154 Site officiel du Conseil de l'Europe: <http://www.echr.coe.int>.

155 A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, op. cit., p. 42.

156 Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, art. 1^{er}, b).

157 Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, art. 1^{er}, c).

158 Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, art. 4.

159 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit.

160 A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, op. cit., p. 399.

161 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 246.

certainement pas au sens strict. Il peut cependant être qualifié de quasi-juridiction »¹⁶². « Cette notion, qui ne fait pas l'objet d'une définition bien établie peut être employée néanmoins pour désigner les organes de contrôle du respect de certaines normes nationales ou internationales qui, sans être des Cours ou Tribunaux à part entière, en possèdent quelques éléments caractéristiques notamment la fonction »¹⁶³.

La définition classique donnée par le dictionnaire de Jean Salmon à la notion de juridiction internationale est la suivante : « Institution investie du pouvoir de juger, c'est-à-dire de trancher des litiges entre Etats et par décision obligatoire, qu'il s'agisse d'un organe arbitral ou judiciaire ou de tout autre organisme disposant de pouvoirs juridictionnels »¹⁶⁴. Le Comité européen des droits sociaux ne répond pas à tous les critères de cette définition. Certes, il s'agit d'une institution tierce au litige appelée à le trancher¹⁶⁵. Cependant les décisions qu'il rend n'ont pas d'effet contraignant, contrairement aux arrêts de la Cour eur. D. H., qui « dans la mesure où ils sont rendus par un juge ont une autorité de chose jugée »¹⁶⁶.

Toutefois, la pratique nous engage à être plus optimiste, cela pour deux raisons. D'une part, les états condamnés par le Comité ont pris l'habitude d'apporter des modifications législatives suite à une condamnation de violation avec la Charte¹⁶⁷. D'autre part, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, la Cour eur. D. H. consacre désormais les droits relatifs à la liberté syndicale grâce à l'article 11 de la Convention. Grâce à cette évolution jurisprudentielle de la Cour, les décisions rendues par le Comité lorsqu'elles portent sur la liberté syndicale tendent à être respectées par les Etats parties, ceux-ci craignant probablement d'être condamnés devant la Cour eur. D. H. s'ils ne se conforment pas avec la décision rendue par le CEDS. Cette évolution permet à Caroline Nivard d'affirmer que « la justiciabilité de la liberté syndicale est désormais acquise »¹⁶⁸ et de formuler l'espoir qu'elle « laisse présager d'un élargissement imminent à d'autres obligations présentes dans la jurisprudence du CEDS mais non encore clairement consacrées par la Cour européenne »¹⁶⁹.

D'autres indices permettent de rapprocher le CEDS d'une juridiction. Premièrement, comme tout autre juge, le Comité européen des droits sociaux est indépendant. Cette indépendance est garantie à de nombreux niveaux, notamment par l'article 25 de la Charte sociale européenne de 1961¹⁷⁰. Le Comité européen des droits sociaux, anciennement le Comité d'experts indépendants, est composé de « sept membres au plus désignés par le Comité des Ministres sur une liste d'experts indépendants de la plus haute intégrité et d'une compétence reconnue dans les matières sociales internationales, qui seront proposés par les Parties contractantes »¹⁷¹. Ces membres sont élus une fois et constituent le Comité qui reste en place de manière constante. Il ne s'agit pas, contrairement au Comité *ad hoc* tripartite de l'Organisation internationale du travail, d'une commission éphémère, créée pour un besoin particulier.

162 S. EVJU, « The European Social Charter », in *The Council of Europe and the Social Challenges of the XXIst Century*, (R. BLANPAIN ed.) Kluwer Law International, 2001, pp. 22-23 ; voir aussi A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, *op.cit.*, p. 389.

163 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, *op. cit.* pp. 247.

164 J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

165 E. DECAUX, « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit », in *Le dialogues des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 217-218.

166 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, *op. cit.*, p. 258.

167 *Ibid.*, p. 259.

168 *Ibid.*, p. 368.

169 *Ibid.*, p. 392.

170 Cet article 25 a été modifié par le Protocole portant amendement à la Charte Sociale européenne, Turin, 21 octobre 1991, mais ce dernier n'étant pas encore entré en vigueur, l'article 25 de la Charte sociale révisée reste d'application pour les Etats parties.

171 Charte sociale européenne, art. 25.

Par ailleurs, le vocabulaire utilisé par les experts du Comité montre également la volonté de celui de s'apparenter à une juridiction internationale dans les faits, malgré l'absence d'un texte le proclamant comme tel. Dès les débuts du processus de réclamation collective, le CEDS utilisa le mot « décision » pour désigner l'acte qu'il rend sur réclamation, alors même que le Protocole de 1995 parle, en son article 8, de rapports et de conclusions. Sans qu'il ne faille ici insister sur ce point, il ressort du mot décision un sens plus fort judiciairement que du mot « rapport ». Autre exemple ; de manière constante depuis la décision rendue sur la réclamation *Autisme-Europe c. France* du 4 novembre 2003¹⁷², et de manière récurrente avant cette date, le Comité européen des droits sociaux statuait dans ses décisions sur la violation ou non d'une disposition de la Charte sociale européenne par la pratique de l'Etat partie incriminé, au lieu de se prononcer sur la conformité ou la non-conformité des pratiques par rapport à la Charte¹⁷³. Ce vocabulaire tend à renforcer la position du Comité européen des droits sociaux en tant qu'organe juridictionnel.

Enfin, l'obligation qu'a le CEDS concernant les réclamations portées devant lui est un dernier indice. A la lecture du Protocole additionnel, il ressort que le Comité est obligé de statuer sur toute allégation portée devant lui. Il ne peut sursoir à statuer. Il commence par examiner la recevabilité de l'action. Si celle-ci est irrecevable, il rend une décision en ce sens. Si celle-ci est recevable, il examine la plainte et rend alors une décision sur le fond, constatant ou non l'existence d'une violation de la Charte. Dans tous les cas, le Comité européen ne peut refuser de répondre à la plainte qui lui a été adressée. Dans la pratique nationale et internationale, cette caractéristique s'apparente aux organes juridictionnels plus qu'aux organes consultatifs qui ne sont pas toujours tenus de rendre un avis lorsqu'on le leur demande.

§ 3. Force exécutoire des décisions

Les décisions rendues par le Comité européen n'ont pas force contraignante car, bien qu'il s'en rapproche très fort comme nous l'avons exposé ci-dessus, le Comité n'est pas un organe juridictionnel, ses rapports n'ont donc qu'une valeur consultative, il ne s'agit que « d'un avis d'experts rendu sur une question de droit »¹⁷⁴. « L'autorité de la chose jugée découle de la *jurisdictio* et de l'*imperium*, l'*imperium* est l'élément manquant aux décisions de la procédure de réclamations collectives »¹⁷⁵.

Une fois la décision rendue par le Comité européen des droits sociaux, la procédure de réclamation collective n'est pas encore terminée. En effet, pour clore le processus, l'intervention du Conseil des ministres est nécessaire. Cet organe, non pas juridique mais politique, détient en vertu de l'article 9 du Protocole additionnel de 1995, le pouvoir d'adopter, selon une majorité définie par l'article, une résolution ou une recommandation adressée à l'Etat partie mis en cause. Cette résolution ou recommandation a pour effet de mettre fin à la procédure de réclamation, mais n'est pas non plus contraignante vis à vis de l'état concerné. Toutefois, malgré cette lacune, les résolutions, et d'avantage encore les recommandations, ont un poids psychologique et diplomatique à ne pas sous-estimer, généralement cette pression forcera l'Etat visé à respecter la résolution ou la recommandation. « C'est donc à l'Etat, *in fine*, qu'il appartient de se mettre en

172 C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 4 novembre 2003, Association internationale Autisme-Europe c. France, Réclamation collective n°13/2002, 4 novembre 2003.

173 C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., pp. 236-281.

174 F. SUDRE, Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamation collective, *RGDIP*, Paris, 1996, p. 732, cité par C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 252.

175 S. GUINCHARD, J. VINCENT, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2003, 27e éd., pp. 199 et s., cité par C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., pp. 257.

conformité avec la Charte »¹⁷⁶.

Dès lors, même si dans de nombreux cas, l'Etat contre lequel à la fois une décision du CEDS et une résolution ou une recommandation du Comité des ministres ont été rendues, va tenir compte de manière sérieuse les critiques faites à sa législation et modifier celle-ci pour se mettre en conformité avec les droits énoncés dans la Charte, il y a des affaires où le politique l'emporte sur le juridique. Le Conseil des ministres, qui est, rappelons-le encore, un organe politique, préfère parfois, lorsqu'il est confronté à une affaire trop sensible, ne pas émettre de recommandation ou de résolution. La décision du CEDS reste alors lettre morte et est rarement entendue par l'Etat violeur des droits consacrés par la Charte. Rien ne l'oblige à changer sa législation. Le pouvoir de contrôle et de pression juridique du Comité européen des droits sociaux s'arrête là où commence le pouvoir de pression diplomatique et politique du Conseil des Ministres. Toutefois, il faut reconnaître que la tendance du Conseil des Ministres, ces dernières années, a été d'entériner les décisions du CEDS sans y apporter de modification. Le Conseil des Ministres adopte au mieux mais plus rarement, dans une recommandation (force diplomatique plus importante car adoptée à une majorité plus grande), au moins dans une résolution. Auparavant, dans quelques affaires, le Conseil des ministres s'était permis de remettre en cause l'appréciation juridique de l'espèce au lieu de s'en tenir à des questions d'ordre économique ou politique. Le CEDS avait réagi en rappelant que « il résulte du texte même du Protocole prévoyant un système de réclamations collectives que l'appréciation juridique de la conformité ou non de la situation avec la Charte ressortit au seul Comité européen des droits sociaux »¹⁷⁷. Cette pratique semble désormais révolue et le Conseil des Ministres s'en tient à son rôle.

Un autre canal d'action du Comité, dans les faits, est celui de la pression qu'il peut faire sur la législation européenne ou sur les législations internes. En effet, aujourd'hui l'Union européenne ne peut plus nier qu'elle n'est pas la seule sur la scène européenne à créer des normes applicables par ses Etats membres. Ces mêmes Etats sont également membres du Conseil de l'Europe et ont ratifié de manière plus ou moins étendue les droits repris dans la Charte sociale européenne. Le terrain de jeu de l'Union européenne n'est donc pas vierge et celle-ci ne peut adopter ce qu'elle veut sans prêter attention aux autres institutions qui édictent des droits.

Comme l'UE n'a pas adhéré en tant que telle à la Charte, elle peut en principe adopter des directives ou règlements contraires aux droits de celle-ci. Cependant, nous osons espérer qu'elle ne le fasse pas sous peine de mettre ses Etats membres dans une situation compliquée, ceux-ci devant alors respecter des obligations opposées. Or, qui est le législateur européen ? Ce sont les Etats eux-mêmes, par le biais de leurs députés nationaux en place au Parlement européen, de leurs ministres au Conseil des ministres et de leurs commissaires à la Commission. Ces différentes instances composées de ressortissants des Etats parties exerçant la fonction législative européenne sont supposés connaître leurs obligations internationales, notamment vis à vis de la Charte, et n'adoptent pas, dans l'idéal, de normes contraires à celles-ci¹⁷⁸. Malheureusement, l'idéal ne rencontre pas toujours la réalité et il arrive que des dispositions contraire à la CSE soient adoptées par le législateur européen. Quand cela arrive, l'articulation entre les systèmes juridiques que forment l'Union européenne et la Charte sociale européenne se complique et donne

176 T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Une justiciabilité accrue de la Charte sociale européenne », *Journal de droit européen*, 2011, p. 167.

177 C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 12 octobre 2004, CFE-CGC c. France, Réclamation collective n°16/2003.

178 M. ROCCA, « A clash of kings: The European Committee of Social Rights on the 'Lex Laval' ... and on the EU framework for the posting of workers », *op. cit.*, p. 231.

naissance à une situation de pluralisme juridique antagoniste. Cela justifie le besoin d'une plus grande intertextualité, ou à tout le moins, d'une plus grande pertinence juridique entre les différents acteurs agissant, entre autres, en matière sociale. Comme mentionné ci-dessus, un tel phénomène ne laisse pas indifférent le CEDS qui rappelle alors aux Etats que le droit communautaire ne leur permet pas de contrevenir aux obligations de la Charte¹⁷⁹.

Une solution pour remédier à ce problème serait que l'Union européenne adopte ses directives et règlements en matière sociale en se référant de manière systématique et officielle à la Charte sociale européenne. Double conséquence: d'une part, avec la Charte en arrière plan, le législateur européen sera moins à l'aise d'adopter une disposition contraire à celle-ci, une plus grande pertinence normative en ressortirait ; d'autre part, prendre la Charte comme la référence en matière sociale permettrait d'améliorer son application au sein des Etats membres. Cette solution est parfois utilisée indirectement. On remarque des avancées, rares mais présentes, en matière sociale, sans pour autant que l'Union européenne ne cite jamais la CSE comme référence claire.

SOUS-SECTION 3. Interaction avec l'Union européenne

La plus importante divergence de jurisprudences, ou le « Clash of Kings »¹⁸⁰, est probablement celle qui oppose le Comité européen des droits sociaux à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). La récente décision rendue par le Comité¹⁸¹ à propos de la *Lex Laval* adoptée par la Suède suite à l'arrêt *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet* rendu par la CJUE¹⁸², illustre clairement le conflit sans précédent entre les deux institutions.

Contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité ne reconnaît pas de présomption de conformité de la législation communautaire européenne avec la Charte sociale européenne. Le Comité l'a rappelé expressément dans cette décision du 3 juillet 2013¹⁸³. D'une part, la CJUE a érigé les droits consacrés par la Conv. eur. D. H. en tant que principes généraux du droit de l'Union et d'autre part, le processus d'adhésion de l'Union européenne à cette Convention est en cours¹⁸⁴. Le fait que l'Union n'ait jamais montré l'intention d'adhérer à la CSE et que la CJUE n'ait pas reconnu les droits consacrés par la Charte comme des droits fondamentaux n'encouragent pas le Comité à reconnaître de présomption de conformité. Au contraire, en ce qui concerne les droits sociaux, le Comité ne voit aucune conformité de la législation communautaire avec la protection offerte par la Charte. « Ni la place qu'occupent actuellement les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne ni la teneur et le processus d'élaboration de sa législation ne lui semblent justifier que l'on parte, d'une manière générale, de l'idée que les textes juridiques de l'Union européenne sont conformes à la Charte sociale européenne »¹⁸⁵.

179 C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010, Confédération générale du Travail (CGT) c. France, Réclamation collective n°55/2009, §§ 32 et 33 et C.E.D.S., Décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 3 juillet 2013, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, Réclamation collective n° 85/2012, §§ 72 et 73.

180 M. ROCCA., « A clash of kings: The European Committee of Social Rights on the 'Lex Laval' ... and on the EU framework for the posting of workers », *op. cit.*, pp. 217-232.

181 Décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 3 juillet 2013, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, Réclamation collective n° 85/2012.

182 C.J.U.E, 18 décembre 2007, (*Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*), C-341/05, <http://www.curia.europa.eu>.

183 CEDS, Décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 3 juillet 2013, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, Réclamation collective n° 85/2012, § 74.

184 Site internet du Conseil de l'Europe : <http://www.echr.coe.int>.

185 CEDS, Décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 3 juillet 2013, Confédération générale du travail de Suède (LO) et

Le Comité n'a pas la compétence de remettre en cause une décision de la Cour de justice européenne. Toutefois, il n'hésite pas à condamner un Etat pour violation des obligations de la Charte sociale européenne même si ces violations découlent directement de modifications législatives imposées par une décision de la CJUE¹⁸⁶, comme c'est le cas en l'espèce. C'est donc de manière indirecte que le Comité affronte la jurisprudence de l'Union européenne.

La plainte formée par deux associations syndicales suédoises (Confédération générale du travail de Suède et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés) dénonce les modifications législatives apportées par le gouvernement suédois à une loi concernant le droit à l'action collective, restreignant l'exercice de celle-ci¹⁸⁷. La réponse du gouvernement suédois se base sur deux arguments. Le premier est de dire que ces modifications législatives ont été adoptées pour se conformer à la décision de la CJUE. Cet argument remet la faute d'une éventuelle violation sur la Cour de justice de l'UE. Par ailleurs, le gouvernement nie toute violation à des obligations consacrées par la Charte. Le Comité, en rejetant cet argumentaire, déclare de façon explicite que l'entière responsabilité de la législation d'un Etat partie à la Charte doit respecter les obligations qui en découlent et le fait qu'une disposition normative soit la directe conséquence d'un arrêt de la CJUE n'exonère pas l'Etat de cette responsabilité de conformité¹⁸⁸. Nous reviendrons plus loin sur les points matériels qui poussent le Comité à rejeter la jurisprudence de la CJUE en ce qui concerne le droit à l'action collective.

Les relations entre la CJUE et le CEDS peuvent certes paraître sombres. Toutefois, le Comité n'a pas complètement fermé sa porte à un futur meilleur. En effet, grâce à l'adoption par l'Union européenne du Traité de Lisbonne et de la Charte des droits fondamentaux, le Comité est prêt à voir une potentielle évolution dans la protection des droits sociaux par l'UE. Il résume son esprit d'ouverture dans sa décision du 3 juillet 2013 : « Aussi le Comité confirme-t-il qu'il observera avec attention les évolutions qui résulteront de la mise en œuvre progressive des réformes du fonctionnement de l'Union européenne résultant de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, y compris la Charte des droits fondamentaux. Il se déclare prêt à modifier son opinion sur une éventuelle présomption de conformité dès que seront présents les indices que la Cour européenne des droits de l'homme a pu voir lorsqu'elle s'est prononcée sur une présomption de conformité du droit de l'Union européenne avec la Convention, indices que le Comité estime absents aujourd'hui en ce qui concerne la Charte sociale européenne. Entretemps, chaque fois qu'il sera confronté à la situation où les Etats tiennent compte de ou sont contraints par les textes de droit de l'Union européenne, le Comité examinera au cas par cas la mise en œuvre par les Etats parties des droits garantis par la Charte dans le droit interne »¹⁸⁹.

Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, Réclamation collective n° 85/2012, § 74.

186 M. ROCCA, « A clash of kings: The European Committee of Social Rights on the 'Lex Laval' ... and on the EU framework for the posting of workers », *op. cit.*, p. 226.

187 *Ibid.*, p. 219.

188 *Ibid.*, pp. 217-232.

189 CEDS, Décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 3 juillet 2013, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, Réclamation collective n° 85/2012, § 74.

Chapitre 2. L'Union européenne

Introduction

Organisation supranationale régionale de forme inédite, l'Union européenne s'est construite au fil du temps. Son domaine de compétence et son champ d'application territorial se sont agrandis au fur et à mesure de l'intégration européenne. L'Union européenne est en éternelle évolution, s'élargissant et s'approfondissant constamment. Le droit social n'est pas resté sur le côté du chemin. Au delà du domaine économique qui était au départ au centre des discussions, certaines voix se sont fait entendre pour que l'Union européenne acquière des compétences en matière sociale. Cependant, les avancées ne sont pas toujours faciles à mettre en place lorsqu'il faut négocier à six, neuf, douze, quinze, vingt-cinq ou vingt-huit Etats. L'harmonisation du droit social fut et est encore plus compliquée que celle du droit économique, cela pour diverses raisons. Tout d'abord, les pratiques et coutumes des Etats dans cette matière sont très différentes, d'autre part ; les Etats membres sont moins enclins à abandonner leur souveraineté en matière sociale. Cependant, nous ne pouvons nier les liens étroits qu'entretiennent les droits sociaux avec les libertés économiques. Les uns ne vont pas sans les autres. Une Union économique et monétaire ne pourrait se passer de ses travailleurs. La coexistence de ces deux milieux, le milieu économique et le milieu social, est source de conflits. Il n'est pas rare que la Cour de justice de l'Union ait à se prononcer sur ce sujet. C'est un peu par la force des choses que l'Union européenne, victime de son succès qui l'a menée à s'élargir et à s'approfondir, a été obligée de s'emparer du domaine social et d'y apporter sa législation.

Section 1. Le développement de l'Europe sociale, quatre grandes étapes¹⁹⁰

Sous-section 1. Le Traité de Rome et les premières années de la construction européenne

Alors que la création des Communautés européennes est encore au stade du projet, le rapport Ohlin de 1956 rendu par un groupe d'experts de l'Organisation Internationale du Travail sous la direction de Bertil Ohlin aborde déjà la question de l'Europe sociale. Ce rapport, précédant le Traité de Rome, pose différentes questions et examine les potentielles conséquences et avancées en matière sociale de la « création par un petit groupe de six Etats d'une organisation vouée à l'intégration économique »¹⁹¹.

La volonté première des dirigeants des six pays fondateurs était manifeste, ils veulent une coopération en matière économique. Mais que faire en matière sociale ? L'intégration économique va-t-elle avoir une influence sur le droit social des Etats et dans l'affirmative, de quelle manière ? « La réponse à cette question était à l'époque largement optimiste. L'existence d'une concurrence internationale au sein d'un marché commun ne ferait pas obstacle à l'élévation progressive des niveaux de vie »¹⁹². L'ambition des institutions communautaires n'était pas et n'est toujours pas à ce jour, d'unifier les droits nationaux du travail, de la sécurité et de la protection sociales. [...] L'harmonisation des droits nationaux – ce qui est moins que leur

190 O. DE SCHUTTER, « Chapitre 5, Le rôle de la Charte Sociale Européenne dans le développement du droit de l'Union européenne » in *The European Social Charter : A social constitution for Europe*, (sous la dir. de O. DE SCHUTTER), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 95-146.

191 *Ibid.*, p. 97.

192 *Ibid.*, p. 97.

unification – ne s'est aujourd'hui réalisée que dans quelques domaines du droit du travail et rien ne s'est fait ou à peu près en matière de sécurité sociale ou de protection sociale »¹⁹³.

Le rapport est clair, il préconise une Europe économique mais ne voit pas la nécessité de légiférer en matière sociale. L'idée est la suivante : si le marché commun évolue, le droit social suivra. Celui-ci est considéré comme le dérivé du droit économique, l'accessoire de ce dernier. « De l'amélioration des conditions de vie et de travail résulteraient automatiquement des gains de productivité au sein de chaque Etat, sous la pression notamment des organisations syndicales »¹⁹⁴. Le rapport ne voit pas l'intérêt d'uniformiser les règles sociales, elles s'amélioreront et s'harmoniseront naturellement grâce à l'intégration économique, grâce à la création d'un marché commun. La politique sociale est laissée au soin des Etats membres¹⁹⁵.

Toutefois, deux exceptions ressortent du rapport Ohlin. La première concerne les distorsions quant à la concurrence de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, l'autre la fixation hebdomadaire du travail et les congés payés. Selon les experts de l'OIT, ces deux sujets pourraient porter préjudice à une saine et correcte concurrence entre les Etats membres d'une organisation d'intégration économique visant à établir un marché intérieur et doivent être uniformisés.

En 1957, le Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne ne contiendra sans surprise que très peu de dispositions en matière sociale. Tout au plus, l'article 118 dispose que « Sans préjudice des autres dispositions du présent Traité, et conformément aux objectifs généraux de celui-ci, la Commission a pour mission de promouvoir une collaboration étroite entre les États membres dans le domaine social »¹⁹⁶ et les articles 119 CEE (devenu 157 TFUE) et 120 CEE (158 TFUE) viennent consacrer en droit les deux exceptions exposées ci-dessus.

L'article 119 CEE instaure le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail. Ce principe, bien que répondant aux craintes des experts de l'OIT, fait surtout écho à une demande française. En effet, le principe d'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes étant déjà acquis en France, celle-ci avait peur d'une concurrence défavorable des travailleurs des Etats de la Communauté économique européenne dès lors que les autres Etats n'imposaient pas l'égalité des rémunérations dans leur droit interne.¹⁹⁷ Comme le rappellera la Cour de justice de la Communauté européenne dans un arrêt de 1976, l'arrêt *Defrenne II*, « compte tenu de la différence du degré d'évolution des législations sociales dans les différents Etats membres, l'article 119 a pour fonction d'éviter que, dans la compétition intracommunautaire, les entreprises établies dans des Etats qui ont effectivement réalisé le principe de l'égalité de rémunération, ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans des Etats qui n'ont pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment de la main-d'oeuvre féminine »¹⁹⁸. L'objectif de cet article, malgré son contenu au caractère social, reste donc bel et bien économique.

193 P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J., Paris, Lextenso Editions, 2008, p. 2.

194 O. DE SCHUTTER, « Chapitre 5, Le rôle de la Charte Sociale Européenne dans le développement du droit de l'Union européenne » *op. cit.*, p. 97.

195 C. BARNARD, « Internal market V. Labour market : a brief history », in *European Union internal market and labour law : friends of foes ?*, (M. DE VOS eds.), Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2009, p. 20.

196 Traité instituant la Communauté économique européenne signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *M.B.*, 25 décembre 1957, p. 9180, art. 118.

197 C. BARNARD, « Internal market V. Labour market : a brief history », *op. cit.*, p. 20.

198 C.J.C.E., 8 avril 1976, (*Defrenne c. Sabena*), C-43/75, *Rec. C.J.C.E.*, p. 455, pt. 9.

Enfin, l'article 117 du Traité de Rome (devenu 151 TFUE) énonce la volonté des Etats membres d'améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs. Toutefois, le Traité s'empresse de préciser que cette amélioration du niveau de vie résultera directement du gain de productivité découlant de la mise en place du marché intérieur. Cette disposition ne constitue donc pas une obligation juridique pour les Etats membres, mais plutôt, comme le précise à différentes reprises la désormais prénommée Cour de justice de l'Union européenne « un objectif inspirateur de la création de la Communauté économique européenne »¹⁹⁹.

Malgré la quasi-inexistante volonté de la Communauté européenne d'avancer dans le domaine social lors de ses premières années de vie, la Cour de justice va utiliser les quelques dispositions du traité et les objectifs énoncés en matière sociale pour veiller au progrès social et rechercher l'amélioration constante des conditions de vie et de travail des citoyens. C'est donc la Cour qui a reconnu la dimension « sociale » des dispositions insérées dans le Traité. La Cour a eu un rôle-clé à la fois en appuyant le développement de la politique sociale mais également en essayant de réconcilier l'aspect social avec l'aspect économique des Communautés²⁰⁰.

A l'exception de quelques dispositions examinées ci-dessus et de l'objectif inspirateur, la Communauté économique européenne ne veut pas d'intégration en matière sociale. Le principe est celui de la division des tâches. La Communauté s'occupe du domaine de l'économie, le social est laissé aux autres instances internationales, tels que l'OIT et le Conseil de l'Europe. L'idée étant que puisque tous les Etats membres de la CEE sont également parties à l'OIT et au Conseil de l'Europe, toutes les obligations en matière sociale découlant de ces institutions seront obligatoires aux Etats membres de la CEE de manière identique.

Cette vision des choses, qui, sur papier, aurait pu paraître comme la solution adéquate, ne l'a pas été dans les faits. En effet, dès 1961, lors de l'adoption de la Charte sociale européenne, ou plutôt dès 1965 lors de son entrée en vigueur, les six Etats de la CEE ne sont plus soumis aux mêmes obligations internationales. Seules l'Allemagne et l'Italie ont ratifié la CSE lors de son entrée en vigueur. Il faudra attendre 1973 pour l'adhésion de la France, 1980 pour celle des Pays-Bas, et seulement 1990 et 1991 pour celles de la Belgique et du Luxembourg. Ce bref exposé relatif à l'adhésion des pays fondateurs de la CEE à la CSE fait abstraction de l'élargissement de la Communauté européenne qui ne conditionne pas son adhésion à la ratification de la CSE. Les nouveaux Etats sont donc libres de ratifier celle-ci ou pas, ce qui a pour conséquence d'agrandir encore l'écart des obligations sociales des Etats membres²⁰¹.

Par ailleurs, l'Union européenne n'ayant elle-même pas reconnu la CSE n'est pas obligée de s'y conformer. Lors du processus législatif, ce n'est que très rarement que l'Union se réfère à la Charte. La Cour de justice n'hésite pas non plus à rendre des décisions contraires aux droits consacrés par la Charte. La réalité est loin de cette illusion d'un système fonctionnant grâce à la séparation des tâches, les matières sociale et économique sont trop proches et trop propices au conflit pour que cette claire et nette division puisse être efficace.

199 C.J.C.E., 29 septembre 1987, (F. R. Giménez Zaera), C-126/86, *Rec. C.J.C.E.*, p. 3697, pt. 11.

200 C. BARNARD, « Internal market V. Labour market : a brief history », *op. cit.*, p. 22.

201 O. DE SCHUTTER, « Chapitre 5, Le rôle de la Charte Sociale Européenne dans le développement du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 95-146.

SOUS-SECTION 2. De 1974 à l'Acte Unique, le programme d'action sociale

C'est en 1974 que des changements vont commencer à opérer en matière sociale au niveau de la Communauté européenne. L'impulsion vient du Conseil des ministres à la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté européenne. La jurisprudence de la Cour tend à faire tomber peu à peu les obstacles aux libertés économiques que la CE prône, à savoir la liberté d'établissement et la libre prestation de service. Plus encore, la Cour contrôle les législations nationales en ce qui concerne leur compatibilité avec ces deux libertés. Ces deux facteurs amoindrissent la protection sociale des citoyens. Il faut trouver une solution, la volonté d'une certaine harmonisation sociale est mise sur la table.

Le Conseil n'a cependant pas de compétence explicite en matière sociale. Il va donc se baser sur deux articles du Traité de Rome afin de contourner le problème relatif à son incompétence. En utilisant à la fois l'article 100 du Traité de Rome (art. 122 TFUE) et l'article 235 (art. 268 TFUE), le Conseil parvient à s'octroyer la compétence pour légiférer en matière sociale. L'article 100 dispose que « Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun ». De plus, l'article 235 qui dispose « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, prend les dispositions appropriées », offrant à la Communauté européenne la compétence implicite dont il a besoin. Le défaut de compétence en matière sociale est écarté et permet au Conseil d'agir.

En 1974, le Conseil adopte une résolution, dit le programme d'action sociale. Vont s'en-suivre une série de directives en matière sociale visant principalement à « limiter les impacts sociaux de la crise économique »²⁰². Un exemple parmi d'autres, relatif à la protection des travailleurs lorsqu'une entreprise use de sa liberté d'établissement, est la directive 77/187/CC du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissement²⁰³. « Concernant le rapprochement des législations des États membres », ces quelques mots sont très révélateurs de la façon dont la CE désire avancer en matière sociale. L'harmonisation des législations est nécessaire mais reste au service de l'objectif économique, à savoir la mise en place d'un marché unique. Les directives visent à rapprocher les législations nationales afin d'offrir un niveau identique de protection sociale aux citoyens. Les directives énoncent des minimas, libres aux États membres – pour autant qu'ils n'entravent pas les libertés économiques sous peine de censure par la Cour de Justice – d'aller plus loin dans la protection.²⁰⁴ En adoptant ces directives, la CE cherche à répondre aux distorsions en matière sociale que le marché commun a pu créer, mais ne révèle pas « encore l'ambition d'orienter la Communauté vers un modèle social

202 O. DE SCHUTTER, « Chapitre 5, Le rôle de la Charte Sociale Européenne dans le développement du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 104.

203 Dir. 77/187/CC du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissement, *J.O.*, L-61 du 5 mars 1977. Modifiée par la dir. 98/50/CE du Conseil (*J.O.*, L-201 du 17 juillet 1998, p. 88) et codifiée par la dir. 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissement ou de parties d'établissement (*J.O.*, L-082 du 22 mars 2001, p. 16).

204 L. CARTOU, J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, 5^e ed., Paris, Dalloz, 2004, pp. 236-241.

européen déterminé »²⁰⁵.

Lors de cette phase de l'intégration sociale de l'Union européenne, la Charte sociale européenne n'est pas ou seulement très peu utilisée dans certaines recommandations par le législateur européen comme référence en matière sociale²⁰⁶. Les avancées sociales visent à améliorer la mise en place du marché commun. La nécessité de reconnaître l'importance de ces droits n'est plus contestée, mais la CE n'introduit pas la référence à la CSE dans sa législation.

SOUS-SECTION 3. De l'Acte Unique au Traité d'Amsterdam

L'Acte Unique entre en vigueur en 1987 dans un contexte communautaire bien précis au niveau social. La Communauté européenne s'est encore élargie avec l'entrée des pays méditerranéens, la Grèce en 1981, l'Espagne et le Portugal en 1986. Cet élargissement fait peur aux pays de l'Europe occidentale, car la main-d'œuvre y est beaucoup moins chère. La crainte du dumping social s'accroît, la Communauté européenne ressent le besoin d'harmoniser les législations sociales sur certains nouveaux points²⁰⁷.

De plus, la Cour de justice continue d'étoffer sa jurisprudence favorisant l'intégration économique négative, toutes les réglementations nationales économiques et commerciales doivent peu à peu se mettre à jour pour respecter les libertés économiques prônées par la CE. Les entraves et les barrières commerciales tombent les unes après les autres²⁰⁸ au nom du principe de reconnaissance mutuelle établi par la Cour de justice. Or, bien souvent, ces barrières constituent des protections sociales nationales. L'élimination progressive par la Cour de justice de ces acquis sociaux fait prendre conscience à la Communauté européenne de la nécessité de légiférer en matière sociale au niveau européen.

Mais la Cour de justice n'est pas complètement insensible aux préoccupations sociales des Etats membres de la CE. Dans certains arrêts, notamment dans l'affaire *Oebel*²⁰⁹, la Cour admet la compatibilité de certaines normes sociales protégeant des droits sociaux fondamentaux nonobstant le fait que ces normes constituent une entrave à une liberté économique consacrée par le Traité de Rome. Il ressort des conclusions de l'Avocat général F. Capotorti dans cette affaire « que la Cour a été influencée, en particulier, par l'existence d'une convention de l'Organisation internationale du travail »²¹⁰.

Statuant dans ce sens dans d'autres arrêts, la Cour de justice rappelle « que les restrictions imposées par les États membres doivent satisfaire aux conditions de proportionnalité et de non-discrimination les concernant, telles que dégagées par la jurisprudence de la Cour »²¹¹. Cette jurisprudence montre l'importance que la Cour de justice accorde aux libertés économiques et conditionne l'application de mesures sociales au respect du principe de proportionnalité. Ce ne sont donc pas les droits sociaux, pourtant fondamentaux, qui doivent être à l'abri d'entraves, mais bien les droits sociaux eux-mêmes qui,

205 O. DE SCHUTTER, « Chapitre 5, Le rôle de la Charte Sociale Européenne dans le développement du droit de l'Union européenne » *op. cit.*, p. 105.

206 O. DE SCHUTTER, « Chapitre 5, Le rôle de la Charte Sociale Européenne dans le développement du droit de l'Union européenne » *op. cit.*, pp. 95-146.

207 *Ibid.*, pp. 95-146.

208 C.J.C.E., 20 février 1979, (*Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*), C-120/78, *Rec. C.J.C.E.*, p. 649 ; C.J.C.E., 17 décembre 1981, (*Webb*), C-279/80, *Rec. C.J.C.E.*, p. 3305.

209 C.J.C.E., 14 juillet 1981, (*Procédure relative à des amendes contre S. Oebel*), 155/80, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1993.

210 O. DE SCHUTTER, « Chapitre 5, Le rôle de la Charte Sociale Européenne dans le développement du droit de l'Union européenne », *op. cit.* p. 113.

211 C.J.U.E., 24 janvier 2013, (*Stanleybet International Ltd c. Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon*), C-186/11, <http://www.curia.europa.eu>.

lorsqu'ils constituent en une entrave, doivent être proportionnels et poursuivre un objectif impérieux.

Avec l'arrivée de Jacques Delors à la présidence de la Commission européenne en 1985, « les circonstances sont réunies pour un nouveau saut qualitatif dans la construction européenne »²¹². L'Acte Unique européen est le résultat d'un compromis entre deux objectifs différents ; l'envie d'une part, du Royaume-Uni, de plus d'intégration en vue d'un marché commun, et le besoin, d'autre part, d'Etats membres, notamment la France, d'avancées sociales. Le programme de travail de la Commission énonce ce double objectif : « les effets positifs qu'apporterait le grand marché viendraient à disparaître si certains Etats cherchaient à prendre sur les autres un avantage concurrentiel au prix d'un recul social. L'existence d'une espace social européen devrait donc empêcher le recours à des pratiques de dumping social, dommageable pour l'emploi global »²¹³. Le progrès social doit accompagner le progrès économique.

L'idée est lancée et fait germe dans les esprits de la CE, puisque, chose inédite jusqu'alors, le Préambule de l'Acte Unique européen fait référence à la Charte sociale européenne. « Les Chefs d'Etat et de gouvernement des douze Etats signataires se déclarent décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les Constitutions et les lois des Etats membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale »²¹⁴. Le poids symbolique de cette déclaration est important. En effet, jusqu'à cette phrase insérée dans le préambule, la CE n'avait pas reconnu l'existence de la Charte sociale européenne, contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme. La Charte n'avait jamais été considérée explicitement comme une source d'inspiration en matière sociale, ni pour la CE, ni pour la CJCE. La différence de traitement entre les droits civils et politiques et les droits sociaux était frappant et presque choquant. Alors que les premiers sont élevés au rang de principes fondamentaux, les deuxièmes ne sont consacrés que dans la mesure où leur mise en oeuvre respecte le principe de proportionnalité par rapport aux libertés économiques. Bien que la Charte ait parfois servi aux Etats membres et aux juges nationaux de guide d'interprétation des normes de la Communauté européenne, la Cour de justice considérait que les droits garantis par la CSE représentait davantage « des objectifs politiques que des droits contraignants »²¹⁵.

Nouvelle étape en 1989. En effet, la Charte européenne des droits sociaux fondamentaux des travailleurs est adoptée. Bien qu'il ne s'agisse que « d'une déclaration politique qui ne possède en soi aucune valeur juridique, elle servira de base à un programme d'action européen dans le domaine social »²¹⁶. Ce document, qui s'inspire de la Charte sociale européenne, n'est toutefois pas aussi complet et abouti que cette dernière. Il s'agit d'une liste de droits vers la réalisation desquels les Etats membres doivent tendre « dans la conception et la réalisation de leur politique sociale »²¹⁷.

Le paysage s'assombrit quelque peu à partir de 1993, date de l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht. L'Union européenne entre dans une période libérale très forte due au contexte économique de la

212 O. DE SCHUTTER, « Chapitre 5, Le rôle de la Charte Sociale Européenne dans le développement du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 120-121.

213 Programme de travail de la Commission 1985, *Bull. Ce.*, Suppl. 4/85, § 56.

214 Préambule de l'Acte unique européen, et Acte final, avec vingt Déclarations, signés à Luxembourg le 17 février 1986 et à la Haye le 28 février 1986, approuvé par la loi du 7 août 1986, *M.B.*, 28 janvier 1987, p. 1164.

215 Conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs, C.J.C.E., 21 septembre 1999, (*Albany International BV*), C-67/96, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-5751.

216 J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 63

217 *Ibid.*, p. 63

mondialisation. La législation sociale apparaît comme une rigidité du marché, un obstacle à la création d'emplois et une entrave à la compétitivité. L'impulsion positive de l'évolution en matière sociale de Jacques Delors est abandonnée. Le principe de subsidiarité mis en place par le Traité de Maastricht implique que la Commission doit se justifier dès qu'elle veut agir en matière sociale ce qui a pour effet de rendre inutile la compétence de l'Union. Par ailleurs, les critères de convergence économique établis pour préparer les Etats membres à l'arrivée de l'euro finissent d'enterrer les ambitions de progrès dans le domaine social.

Pourtant, le Traité de Maastricht portait de beaux espoirs car les partenaires sociaux sont reconnus au niveau européen et ils obtiennent le droit d'être consultés²¹⁸, mais aussi celui de négocier entre eux des accords qui pourront par la suite être entérinés par le Conseil en tant que directive. Le dialogue social européen est né, à nouveau grâce au président de la Commission en fonction, Jacques Delors²¹⁹. Cette étape dans la construction de l'Europe sociale est assez importante car, chronologiquement parlant, il s'agit « de la plus ancienne référence au droit d'action collective »²²⁰.

Toutefois, déjà avant la mise en place du dialogue social européen, il existait des interlocuteurs sociaux, appelés « les partenaires sociaux ». Ceux-ci n'avaient cependant comme rôle que celui de représenter leurs affiliés nationaux. Jacques Delors, qui voit la nécessité d'avancer en matière sociale et qui dès son arrivée à la Commission fait inscrire « au programme du nouvel exécutif à la fois la réalisation du marché intérieur et le développement de sa « dimension sociale » »²²¹, parvient à faire insérer une nouvelle disposition dans le Traité. L'article 118B du Traité CEE dispose alors « La Commission s'efforce de développer le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles »²²². Fort de cette disposition, Jacques Delors « convoque les partenaires sociaux au prieuré de Val Duchesse, à Bruxelles, et leur enjoint... de se parler »²²³. Ces entretiens vont se répéter de nombreuses fois entre 1986 et 1991 et vont avoir un effet important : celui de déplacer le point de vue des partenaires sociaux de leurs intérêts nationaux vers un intérêt commun européen. « En ce sens, on peut dire qu'on a assisté au cours de la seconde moitié des années 1980 à une forme d'eupéanisation des centres de préoccupation des partenaires sociaux européens. Si ce déplacement est important, c'est parce que, sans lui, l'histoire du dialogue social au niveau de l'Union se serait probablement arrêtée là. Il est clair que, froidement considéré, le bilan des entretiens de Val Duchesse est à peu près nul sur le plan de la production normative – quelques avis ravalés au rang de communiqués de presse. Mais le déplacement des cadres cognitifs qui s'est effectué à l'occasion de ces rencontres répétées a rendu possible le franchissement du seuil de la juridicité. »²²⁴

C'est en 1991 que le dialogue social naît réellement, avec son entrée en tant qu'annexe dans le Traité de Maastricht pour onze pays sur les douze qui formaient alors la Communauté européenne, le Royaume-Uni refusant d'être lié par l'accord. « L'accord sur la politique sociale » fut adopté par les partenaires sociaux

218 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, C-326/47, *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, art. 145, ex-article 138 Traité CE.

219 D. DUMONT, « Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour », in *Les sources du droit revisitées*, (sous la dir. I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD., F. OST. et M. VAN DE KERCHOVE), vol. 1, Normes internationales et constitutionnelles, Limal-Bruxelles, Arthémis – Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2013, pp. 329-376.

220 F. DORSSEMONT, « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*. Foes are forever ! », in *European Union internal market and labour law : friends of foes ?*, (M. DE Vos eds.), Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2009, p. 56.

221 D. DUMONT, « Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour », *op. cit.*, p. 333.

222 Traité CE, art. 118b, inséré par l'article 22 de l'Acte unique européen.

223 D. DUMONT, « Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour », *op. cit.*, p. 334.

224 *Ibid.*, p. 334.

eux-mêmes, invités à se réunir avant l'ouverture du sommet de Maastricht pour définir « le futur encadrement de leurs rencontres »²²⁵.

Le système mis en place par le dialogue social européen est double. Premièrement, les partenaires sociaux acquièrent un rôle de consultation. Ils sont amenés à rendre des avis et des recommandations sur la politique sociale menée par la Commission. L'article 154 du TFUE précise que « 1. La Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau de l'Union et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties. 2. À cet effet, la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action de l'Union. 3. Si la Commission, après cette consultation, estime qu'une action de l'Union est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée. Les partenaires sociaux remettent à la Commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation ». Enfin, l'article termine en permettant aux partenaires sociaux d'informer la Commission « leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 155 »²²⁶. Le processus prévu à l'article 155 est le deuxième volet du dialogue social européen.

Ce deuxième volet concerne les négociations collectives entre les partenaires sociaux. Ici, le rôle des « partenaires sociaux à l'élaboration de la norme européenne va beaucoup plus loin que dans le volet précédent, puisqu'il ne s'agit plus uniquement de formuler de simples avis et recommandations, mais de négocier directement – au niveau interprofessionnel ou à l'échelle d'un secteur – le contenu même de la norme »²²⁷. L'initiative du projet d'accord appartient à la Commission. Celle-ci doit alors consulter les partenaires sociaux qui peuvent choisir de s'emparer du projet ou non. Si les partenaires s'emparent du projet, leur but est de parvenir à un accord collectif qu'ils implanteront eux-mêmes dans les Etats-membres ou qu'ils soumettront au Conseil afin que celui-ci coule l'accord en directive. Notons toutefois que « les partenaires sociaux peuvent aussi engager entre eux une négociation de manière parfaitement autonome et volontaire : ils sont libres de discuter, d'initiative, de tout ce sur quoi ils pourraient souhaiter négocier »²²⁸.

Malgré cette belle possibilité offerte aux partenaires sociaux, certains problèmes se poseront en pratique. En effet, les partenaires sociaux se mettent rarement d'accord, les divergences de culture et d'opinion étant souvent trop fortes. Le projet retourne alors à la Commission qui peut décider de s'emparer de la problématique, ce qu'elle ne fera que peu souvent. Le dialogue social européen, dans ses premières années d'existence, restera lettre morte.

SOUS-SECTION 4. Du traité d'Amsterdam à nos jours

En 1997, le Traité d'Amsterdam va apporter quelques réponses aux problèmes posés par le Traité de Maastricht. Tout d'abord, l'accord sur la politique sociale est incorporé dans le Traité grâce à la ratification de celui-ci par le Royaume-Uni²²⁹.

Un chapitre « emploi » est introduit dans le Traité car il devient légitime de discuter et travailler sur la

225 D. DUMONT, « Le dialogue social européen et ses instruments : du soft au hard law, et retour », *op. cit.*, p. 335.

226 TFUE, art. 154, 4.

227 D. DUMONT, « Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour », *op. cit.*, p. 342.

228 *Ibid.*, p. 342.

229 F. DORSSEMONT, « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*. Foes are forever ! », *op. cit.*, p. 56.

problématique de l'emploi. Auparavant, il était coupé court à toute discussion dans ce domaine à cause du principe de subsidiarité. Dorénavant, les institutions européennes et les partenaires sociaux peuvent avancer dans cette matière sans devoir systématiquement démontrer que leur volonté est conforme à la clause de subsidiarité. Avec ce chapitre consacré à l'emploi, une nouvelle méthode de gouvernance voit le jour dans le Traité, il s'agit de la *soft law*. Des objectifs communs sont fixés en matière de chômage, de protection des travailleurs intérimaires, d'égalités entre les travailleurs masculins et féminins, ... Le but est que les Etats membres convergent ensemble vers ces objectifs.

Par ailleurs, le dialogue social européen va vivre ses belles années à la fin du millénaire. En effet, durant cette période, plusieurs accords collectifs des partenaires ont été adoptés, huit en tout. Ils sont appelés accords-cadres ou accords-autonomes selon leur méthode de mise en oeuvre, Quatre ont été coulés en directive suivant la voie de l'homologation législative et quatre furent mis en oeuvre de manière autonome par les partenaires sociaux dans leurs Etats respectifs. En 1995, les partenaires sociaux parviennent à un accord sur le congé parental qui sera coulé en directive. Cet accord reste à ce jour le plus grand succès du dialogue social européen. S'ensuit un accord-cadre sur le travail à temps partiel (1997) et un accord-cadre sur le travail à durée déterminée (1999). Le quatrième et dernier accord qui sera homologué par une directive est adopté plus tard, en 2009, et n'est que la refonte de l'accord de 1995 sur le congé parental.

A partir de l'an 2000, le dispositif du dialogue social européen a continué d'exister mais les normes qu'il a créées furent beaucoup moins conséquentes et ne furent plus confirmées par une directive. Ce sont les quatre accords qui ont été mis en oeuvre de façon autonome dans les Etats membres. Ils concernent le télétravail (2002), le stress lié au travail (2004), le harcèlement et la violence au travail (2007) et les marchés du travail inclusifs (2010).²³⁰.

« L'usage de ces deux voies alternatives ne s'est pas du tout fait au même moment, ni dans le même contexte institutionnel et politique. En termes de force normative, les résultats respectifs du recours à l'une et l'autre possibilité s'en ressentent fortement. »²³¹

Aujourd'hui, les accords émanant du dialogue social européen se font rares, voire inexistants. La politique sociale est menée par la Commission et le Conseil et sa mise en oeuvre est contrôlée par la Cour de justice de l'Union européenne et par les Cours et Tribunaux des Etats membres. La première des récentes avancées de l'Union en ce qui concerne les droits sociaux fut l'insertion de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le Traité de Lisbonne. Celle-ci, faisant dorénavant partie du Traité, est devenue contraignante. D'autre part, la volonté d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est affirmée haut et fort par son inscription dans un article du Traité sur l'Union européenne. Ces deux points seront examinés plus amplement dans la section qui suit.

230 D. DUMONT, « Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour », *op. cit.*, pp. 355-356..

231 *Ibid.*, p. 350.

Section 2. Compétences de l'Union européenne en matière de droits sociaux / Les instruments juridiques en matière sociale

SOUS-SECTION 1. Le Traité sur l'Union européenne et le renvoi aux instruments du Conseil de l'Europe

L'article 2 du Traité sur l'Union européenne énonce les valeurs et les objectifs de l'UE. « Une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement »²³² sont deux de ses objectifs. Le progrès en matière sociale est inscrit dans le Traité, concrétisant l'idée que la politique sociale n'est plus résiduaire mais est aussi importante que les politiques économiques de l'Union²³³.

D'autre part, l'article 6 du TUE dispose que « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités »²³⁴. Cet article a son importance en ce qui concerne les relations entre l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, nous reviendrons ci-dessous sur cette adhésion.

L'article 6 continue par ces mots : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux »²³⁵. Les principes généraux de l'Union européenne constituent une source de droit qui doit être respectée par les institutions et les États membres, en ce compris la Cour de justice. En inscrivant cette reconnaissance de la Conv. eur. D. H. dans son Traité, l'Union européenne entend donner une réelle protection pour les droits que la Convention consacre. Il s'agit d'un message fort et d'une reconnaissance heureuse dans le contexte de pluralisme juridique créé par ces différentes organisations internationales. Sur papier, la volonté est de parvenir à une harmonisation entre les différents instruments juridiques européens en matière de droits fondamentaux.

Une reconnaissance expresse et inscrite dans le Traité n'a pas eu lieu pour la Charte sociale européenne. Toutefois, tout n'est pas perdu en ce qui concerne la liberté syndicale et ses accessoires. En effet, ces libertés sont depuis l'arrêt *Demir et Baykara* expressément protégées par la Conv. eur. D. H. Par conséquent, l'Union européenne, en reconnaissant la Convention, consacre également lesdites libertés. Tout n'est pas résolu pour autant. Deux problèmes persistent. Le premier est le caractère symbolique et non contraignant de cette reconnaissance en ce que l'Union n'a toujours pas adhéré à proprement parler à la Convention. Le deuxième problème concerne tous les autres droits garantis par la Charte sociale européenne et non garantis par la Convention. Contrairement aux libertés syndicales, la reconnaissance de l'Union ne peut être étendue à ces autres droits.

²³² Traité sur l'Union européenne (version consolidée), C-326/13, *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012. art. 2.2.

²³³ C. BARNARD, « Internal market V. Labour market : a brief history », *op. cit.*, p. 38.

²³⁴ TUE, art. 6, § 2.

²³⁵ TUE, article 6, § 3.

SOUS-SECTION 2. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

« L'Union européenne dispose, non d'une compétence générale, mais des compétences particulières que lui attribuent les traités ; [...]. Elle possède, sur certaines questions, une compétence exclusive. Tel n'est pas le cas pour la politique sociale, où elle partage ses attributions avec les Etats membres »²³⁶.

L'article 151 du TFUE donne à l'Union le cadre normatif pour légiférer en matière sociale. L'article commence par affirmer la conscience par l'Union et ses Etats membres des droits fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Ensuite, il cite les objectifs sociaux. Il s'agit de « la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions »²³⁷.

Les articles suivants continuent à définir les compétences de l'Union et les différentes obligations des Etats membres en matière sociale. L'article 152 reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux. Il établit également un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi²³⁸. L'article 153 liste une série de matières²³⁹ dans lesquelles l'Union soutient et complète l'action des Etats membres. Il s'agit dans ce cas-là de compétences partagées. L'Union, en vertu du principe de subsidiarité, ne peut alors intervenir que lorsque son action sera plus bénéfique et cohérente que les actions individualisées des Etats membres. Le dernier paragraphe de l'article 153 énumère les matières expressément exclues de la compétence de l'Union. En aucun cas, l'Union ne peut légiférer sur ces matières. Les Etats membres sont seuls compétents et gardent leur entière souveraineté dans les domaines visés. Sont exclus du champ d'application *ratione materiae de l'UE* : la rémunération, le droit d'association, le droit de grève et le droit de lock-out. Ces droits sont régis par les législations nationales ce qui explique « les grandes différences de traitement politique et juridique existant entre les pays européens »²⁴⁰.

Conséquence de cette exclusion, l'Union européenne ne peut légiférer en ce qui concerne le droit d'association au sens large (en ce compris donc le droit d'association syndical et ses accessoires), ainsi que les droits de grève et de lock-out, les pratiques en ces matières sont propres à chaque Etat²⁴¹. Toutefois, l'Union ne s'est pas totalement détachée de ces droits. A défaut de compétence, l'Union leur accorde une importance les reconnaissant dans différents instruments comme dans sa Charte des droits fondamentaux. D'autre part, lorsqu'elle est saisie, la Cour de justice de l'Union européenne peut se prononcer sur la conformité ou non des dispositions nationales relatives à ces différents droits avec le droit de l'Union. Par ce biais, une jurisprudence s'est formée en matière de droit d'association et de droit de grève. La Cour, dans les arrêts *Viking* et *Laval*, suivant l'analyse extensive dédiée à cette problématique dans l'opinion de l'Avocat Général Mengozzi, a refusé de se déclarer incompétente malgré l'exclusion contenue dans l'article 153²⁴².

236 J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., p. 39.

237 TFUE, art. 151, 1.

238 TFUE, art. 152.

239 TFUE, art. 153, § 2.

240 J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., p. 39.

241 F. DORSSEMONT, « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*, Foes are forever ! », op.cit., p. 56.

242 F. DORSSEMONT, « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*, Foes are forever ! », op. cit., p. 57.

SOUS-SECTION 3. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), d'abord proclamée à Nice en décembre 2000, ensuite officiellement adoptée dans sa version définitive par la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil de l'UE le 12 décembre 2007, a acquis une force juridique contraignante avec son intégration dans le Traité de Lisbonne.

Cette Charte qui s'inspire à la fois de la Conv. eur. D. H. et de la CSE est née de l'intention des dirigeants des Etats membres de l'Union de consacrer les droits politiques, civils, sociaux, économiques et culturels dans un instrument juridique unique et propre à l'Union.

La Charte est composée de sept titres, chacun dédié à une valeur chère de l'Union, à savoir la dignité, les libertés, l'égalité, la solidarité, la citoyenneté et la justice, le dernier chapitre étant consacré à quelques dispositions générales. Sous chacune de ces valeurs se retrouvent des droits fondamentaux. Le droit de réunion et la liberté d'association font partie du deuxième titre « Libertés ». L'article 12 de la Charte est exprimé comme suit : « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts »²⁴³. L'exclusion du droit d'association des compétences de l'Union européenne en matière sociale ne l'empêche pas de déclarer cette liberté comme une valeur et un droit fondamental. Le même procédé est utilisé pour le droit de négociation et d'action collectives, en ce compris le droit de grève. En effet, ces différents droits sont consacrés par la CDFUE en son article 28 : « Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève ».

Dans un rapport adressé aux autres institutions de l'Union, la Commission déclare que « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'adresse en premier lieu aux institutions de l'Union. Elle complète les systèmes nationaux et ne les remplace pas. Les États membres sont soumis à leur propre système constitutionnel et aux droits fondamentaux qui y sont définis. L'article 51 de la Charte dispose qu'ils doivent uniquement prendre celle-ci en considération lorsque leurs mesures nationales mettent en œuvre le droit de l'Union »²⁴⁴. Par ailleurs, un Office de l'Union précise que « La signification et le champ d'application de tout droit qui correspond aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme doivent être conformes à ceux définis par celle-ci »²⁴⁵. Cette affirmation règle la question de l'interprétation des droits consacrés par la CDFUE en se référant explicitement à la Conv. eur. D. H. Ce renvoi est logique et positif dans le cadre de notre problématique. En effet, il est sain pour leur protection que l'interprétation des droits fondamentaux soit identique d'une institution à l'autre, d'autant plus lorsque les Etats membres de ces institutions sont en partie les mêmes, ce qui est le cas en l'espèce.

Comme tout autre document législatif de l'Union européenne, la Charte est interprétée par la Cour de

²⁴³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, C-326/339, *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012.

²⁴⁴ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapport 2013 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 14 avril 2014, COM(2014) 224 Final, 52014DC0224, Bruxelles, p. 2.

²⁴⁵ Office des publications de l'Union européenne, 17 avril 2014, *Chartes des droits fondamentaux*, Summary code : 13.01.02.00 , Code répertoire : 01.10.00.00.

Justice de l'UE. Les juges nationaux, de plus en plus conscients de l'applicabilité de la Charte dans le cadre de litiges nationaux, font appel à la Cour à propos de questions sur son interprétation et son application²⁴⁶. A ce niveau-là, la Charte est un grand succès. En effet, elle est « mentionnée à ce jour dans plus de trois cents arrêts des juges de Luxembourg »²⁴⁷. Cependant, la Cour n'arrive pas à trouver une direction claire et précise dans sa jurisprudence relative aux droits sociaux. « Alternant interprétations frileuses et décisions audacieuses, la Cour hésite, atermoie, peine à gérer le compromis entre conservateurs et progressistes dont la Charte est issue. Il en résulte une impression de grande confusion que la Cour devrait s'efforcer de dissiper si elle espère voir un jour son travail compris et reconnu par le Comité européen des droits sociaux »²⁴⁸. Plus encore, dans certains arrêts, notamment dans les affaires bien connues Viking et Laval, la Cour de Justice de l'UE semble oublier le caractère fondamental des droits sociaux, leur donnant sa propre interprétation, s'écartant de cette façon de celle de la Cour eur. D. H. et par conséquent de la CDFUE.

Section 3. Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière sociale

Décrire et analyser la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en ce qui concerne les droits sociaux n'est pas possible sans exposer sa jurisprudence et sa position par rapport aux libertés économiques si chères à l'Union européenne. En effet, les quatre libertés de mouvement consacrées par l'Union européenne ont toujours été accompagnées de différentes préoccupations par rapport aux droits sociaux, tant par rapport aux individuels des travailleurs qu'à leurs droits collectifs. Le droit du travail dans son ensemble a toujours vu l'établissement d'un marché unique comme une menace sur les droits des travailleurs. Reconnaître ces droits s'avérerait donc nécessaire pour la mise en place d'une Europe à la fois économique et sociale. Il n'est pas rare que les droits sociaux soient opposés aux libertés économiques. En effet, ces deux pôles importants constituent la base du monde économique. Pour schématiser la forte interaction qui existe entre eux, nous dirons ceci : sans travailleurs, les entreprises ne peuvent fonctionner, et sans les entreprises, les travailleurs n'ont pas d'emploi, ils ne peuvent donc subvenir à leurs besoins et à ceux de leur famille. Les travailleurs ont besoin des entreprises et inversement. Il s'agit toujours d'une question d'équilibre. L'équilibre entre la juste et correcte protection apportée aux droits sociaux tout en laissant les libertés économiques s'épanouir dans le marché commun européen. En outre, les entreprises ont besoin du pouvoir d'achat des ménages.

Afin de décrire au mieux la jurisprudence de la CJUE en matière sociale, nous la mettrons en relation avec sa jurisprudence en matière de libertés économiques. Pour ce faire, nous ne pouvons faire l'impasse sur deux arrêt-phares de la Cour, les arrêts Viking et Laval. Ils feront l'objet de la sous-section 1. La sous-section 2 sera dédiée aux critiques de cet arrêt et à l'analyse d'une possible réconciliation des droits sociaux et des libertés économiques²⁴⁹. Enfin, dans une troisième et dernière sous-section, nous ferons le point sur la position actuelle de la Cour en matière de droits sociaux, notamment grâce à l'étude de la normativité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

246 Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapport 2013 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 14 avril 2014, COM(2014) 224 Final, 52014DC0224, Bruxelles, p. 2.

247 A. BAILEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *TSR RDS*, 2014/3, p. 289.

248 A. BAILEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *op. cit.*, p. 289.

249 A. BÜCKER, W. WARNECK, *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

SOUS-SECTION 1. Les arrêts Viking et Laval, enseignements de la Cour de justice

Il n'est nullement nécessaire de rappeler les faits de ces deux affaires qui ont fait couler tant d'encre depuis 2007, nous ne reviendrons donc que très brièvement sur ceux-ci. Les développements qui suivent seront centrés sur la résolution donnée par la Cour de justice à ces litiges et sur les enseignements tirés des décisions.

§ 1. Un bref rappel des faits

L'Union européenne via la Cour de Justice s'est positionnée face au diptyque libertés économiques et droits sociaux dans ses deux très connus arrêts de 2007, l'arrêt Viking et l'arrêt Laval. Ces arrêts concernaient respectivement la liberté d'établissement et la libre prestation de services, tous deux en conflit avec le droit à l'action collective. Ces arrêts s'inscrivent dans une plus vaste jurisprudence, parfois dénommée le « Quatuor Laval », qu'ils forment avec les arrêts *Rüffert* et *Commission c. Luxembourg*. Toutefois, ces arrêts concernant le détachement des travailleurs et non le droit à l'action collective, nous y feront seulement allusion sans entrer dans les détails de la cause.

L'arrêt *International Transport Workers' Federation et crts c. Viking Line ABP et crts* concernait le changement de pavillon d'un navire finlandais soit en Estonie, soit en Norvège, « afin de pouvoir conclure une nouvelle convention collective avec un syndicat établi dans l'un de ces États »²⁵⁰, ce qui permettrait à l'entreprise Viking d'employer des travailleurs ressortissant d'un de ces pays pour des salaires moins élevés.

Laval un Partneri Ltd. était une entreprise lettone qui avait envoyé des travailleurs lettons pour travailler en Suède sur des chantiers de construction. Les travailleurs lettons étaient dès lors payés en dessous du salaire minimum suédois – mais pas letton – convenu dans une convention collective.

Dans les deux cas, les syndicats ont soit menacé de mener (Viking) ou réellement mené (Laval) des actions collectives pour manifester contre ces mesures portées par les entreprises qu'ils trouvaient contraires au droit à la négociation collective dont sont issus les accords collectifs.²⁵¹

§ 2. Un vent d'espoir pour les droits sociaux

En lisant les décisions rendues dans les deux affaires citées ci-dessus, celles-ci nous « apparaissent dans un premier temps, très protectrices du droit de négociation collective »²⁵². En effet, la Cour de justice va consacrer, pour la première fois dans sa jurisprudence, le droit à l'action collective en tant que droit fondamental, comme un principe général du droit communautaire²⁵³. La Cour énonce que « le droit de mener une action collective doit être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect »²⁵⁴. Cette formulation très forte et très

250 C.J.U.E, 11 décembre 2007, (*International Transport Workers's Federation Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*), C-438/05, <http://www.curia.europa.eu>, § 9.

251 C. BARNARD., « Internal market V. Labour market : a brief history », *op. cit.*, p. 36.

252 C. NIVARD, *Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires*, Rev. Trim. dr. h., 2008, p. 1193.

253 F. DORSSEMENT, « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*. Foes are forever ! », *op. cit.*, pp. 62 et 88-89.

254 C.J.U.E, 11 décembre 2007, (*International Transport Workers's Federation Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*), C-438/05, <http://www.curia.europa.eu>, §44 ; C.J.U.E, 18 décembre 2007, (*Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*), C-341/05, <http://www.curia.europa.eu>, §91.

engagée envers un droit social est inédite et montre de prime abord une nette avancée dans la jurisprudence de la Cour en faveur des droits sociaux.

La Cour, en fondant son raisonnement, se réfère à différents instruments juridiques pertinents en matière de droits sociaux. D'une part, elle se réfère explicitement à la Charte des droits fondamentaux de Nice ; d'autre part, elle déclare s'être inspirée de la Charte sociale européenne pour consacrer le droit à l'action collective²⁵⁵. Ce faisant, elle montre qu'elle reconnaît l'existence et l'importance de la Charte sociale européenne. La jurisprudence de la Cour en matière de droits fondamentaux s'inspire depuis longtemps et ouvertement de la Convention européenne des droits de l'homme. La Charte sociale européenne, traitant des droits sociaux, est longtemps restée dans l'ombre, reléguée au deuxième plan, étant le texte reprenant les droits dites de deuxième génération. Plus encore, la Cour de justice déclare s'inspirer expressément de la Convention n°87 de l'OIT, à savoir la Convention concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical.²⁵⁶

L'importance de ces déclarations n'est pas minime. Bien que dans la suite de son raisonnement, la Cour va quelque peu atténuer la protection apportée au droit à l'action collective, le fait qu'elle reconnaisse l'existence d'autres normes consacrant ledit droit montre qu'elle a conscience qu'une protection minimale doit être accordée. Les déclarations de la Cour démontrent qu'on assiste à « une convergence des instruments juridiques dans le sens du droit de mener des actions collectives »²⁵⁷.

§ 3. Les enseignements de la Cour, une nouvelle jurisprudence en matière sociale

La Cour se trouve face à un conflit qui n'est pas nouveau, celui entre les législations nationales concernant les conditions de travail et la législation européenne concernant les libertés de circulation.

Sur la question de sa compétence dans l'affaire *Viking*, la Cour va rejeter les arguments des parties défenderesses qui soutenaient que les actions collectives ne sont pas une compétence de l'Union. « La Cour de l'UE a jugé qu'une telle action collective n'était pas exclue du champ d'application de l'article 49 TFUE (ex 43 CE) sur le droit d'établissement. La Cour a également établi que l'article 49 TFUE permet d'attribuer à une entreprise privée des droits opposables à un syndicat. »²⁵⁸ La Cour rappelle que même dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence de la Communauté, les Etats membres sont tenus de respecter le droit communautaire²⁵⁹ :

À cet égard, il suffit de rappeler que, s'il est vrai que, dans les domaines ne relevant pas de la compétence de la Communauté, les Etats membres restent, en principe, libres de fixer les conditions d'existence des droits en cause et les modalités d'exercice de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, lesdits Etats sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire.

255 F. DORSSEMONT, « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*, Foes are forever ! », *op. cit.*, p. 89.

256 C. NIVARD, *Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires*, *op. cit.*, p. 1195.

257 *Ibid.*, p. 1195.

258 J. MALMBERG, « Les répercussions des arrêts de la CJE dans les affaires *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et *Luxembourg* sur la pratique de la Convention collective et l'efficacité de l'action sociale », *Direction générale des politiques internes, Département thématique, Politiques économiques et scientifiques*, Bruxelles, Parlement européen, 2010, p. 7.

259 C.J.U.E, 11 décembre 2007, (*International Transport Workers's Federation Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*), C-438/05, <http://www.curia.europa.eu>, § 40.

Pareil raisonnement va être également tenu dans l'affaire *Laval*²⁶⁰.

La Cour va ensuite établir dans les affaires *Laval*²⁶¹ et *Viking*²⁶² que les actions collectives menées constituent une restriction respectivement à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement. Après avoir établi l'existence de tels manquements aux libertés économiques consacrées par le Traité, la question sera de savoir si les actions collectives mises en cause peuvent être justifiées au regard du test de proportionnalité.

Dans les deux cas, la Cour a commencé en reconnaissant la nécessité de réconcilier deux objectifs en compétition, à savoir l'accomplissement du marché interne et la politique sociale²⁶³. En effet, la Cour a déclaré que : « La Communauté ayant dès lors non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, notamment, ainsi qu'il ressort de l'article 136, premier alinéa, CE, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social »²⁶⁴.

Par la suite elle va reconnaître « qu'il y a lieu d'observer que le droit de mener une action collective qui a pour but la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité (voir, en ce sens, arrêt Schmidberger, précité, point 74) et que la protection des travailleurs figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général déjà reconnues par la Cour »²⁶⁵.

Mais la Cour de conclure, et c'est là où se situe l'enseignement phare de l'arrêt, que les actions collectives ne peuvent être justifiées que si elles ont pour objectif la protection des emplois et des conditions de travail des membres d'un syndicat. « Au lieu d'établir une hiérarchie clairement définie entre les principes, la Cour a décidé que le conflit nécessitait d'être interprété »²⁶⁶ sur la base de son test de proportionnalité, c'est à dire de la mise en balance desdits principes. Si, et seulement si ces emplois et conditions de travail « sont véritablement compromis ou sérieusement menacés, il lui [la juridiction de renvoi] incomberait encore de vérifier si l'action collective engagée par ce syndicat est apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier »²⁶⁷.

En d'autres termes, la Cour renverse le sens du test de proportionnalité. Ce n'est plus le droit fondamental, en l'espèce le droit de mener une action collective, qui peut faire l'objet de restrictions pour

260 C.J.C.E, 18 décembre 2007, (*Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*), C-341/05, <http://www.curia.europa.eu>, §§ 42-50.

261 C.J.C.E, 18 décembre 2007, (*Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*), C-341/05, <http://www.curia.europa.eu>, § 99.

262 C.J.U.E, 11 décembre 2007, (*International Transport Workers's Federation Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*), C-438/05, <http://www.curia.europa.eu>, § 88.

263 C. BARNARD., « Internal market V. Labour market : a brief history », *op. cit.*, p. 38.

264 C.J.U.E, 11 décembre 2007, (*International Transport Workers's Federation Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*), C-438/05, <http://www.curia.europa.eu>, § 44.

265 C.J.U.E, 11 décembre 2007, (*International Transport Workers's Federation Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*), C-438/05, <http://www.curia.europa.eu>, § 77.

266 F. DORSSEMONT, « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*, Foes are forever ! », *op. cit.*, p. 77.

267 C.J.U.E, 11 décembre 2007, (*International Transport Workers's Federation Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*), C-438/05, <http://www.curia.europa.eu>, § 84.

autant que celles-ci soient nécessaires et pertinentes par rapport à l'objectif légitime qu'elles poursuivent, mais le droit fondamental lui-même qui est soumis à ces conditions de nécessité, légitimité et pertinence. En d'autres mots, le droit de mener des actions collectives peut être limité par du droit national et du droit communautaire, en particulier par les règles sur la liberté de circulation²⁶⁸.

§ 4. La critique de ces arrêts

Longtemps, la Cour de justice a prudemment évité de reconnaître le droit de grève²⁶⁹, probablement afin de ne pas se prononcer sur le conflit entre le droit de mener une action collective et les libertés économiques inscrites dans le traité²⁷⁰.

Mais « l'arrêt Viking [...] touche à la cohabitation difficile, d'une part, de l'anticipation, sur la base des traditions nationales et des instruments internationaux, de l'application obligatoire de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et, d'autre part, de l'atténuation de la portée de cette disposition par la soumission de cette dernière aux libertés économiques communautaires. Aux termes dudit article 28 sur le droit de négociation et d'actions collectives, les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève. »²⁷¹

Le « clash » entre le droit de mener une action collective et les libertés de circulation (que ce soit la libre prestation des services, la liberté d'établissement ou la libre circulation des biens) n'est pas un problème nouveau pour la Cour. En effet, dans d'autres affaires telles que celle des *Fraises espagnoles*²⁷² ou celle de *Schmidberger*²⁷³, la Cour avait déjà été confrontée à un conflit de ce genre. Cependant, notamment dans l'affaire *Schmidberger*, au lieu d'établir une hiérarchie clairement définie entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux concernés, la Cour a préféré évaluer si une juste balance des droits en présence avait été effectuée par le gouvernement autrichien qui avait autorisé l'action collective²⁷⁴.

Suite aux décisions rendues dans les affaires *Viking* et *Laval*, la doctrine a réagi de manière très violente et a tout de suite condamné cette nouvelle jurisprudence qui, selon elle, porte gravement atteinte aux droits des syndicats.²⁷⁵

La Cour de justice a clairement démontré que des actions collectives menées par des syndicats pouvaient, dans certaines circonstances, être condamnées pour violation des libertés de service et d'établissement reconnues par les articles 49 et 56 du TUE²⁷⁶. La décision rendue dans l'arrêt *Viking* et le test de proportionnalité utilisé par la Cour introduisent des restrictions au droit à l'action collective,

268 C. BARNARD., « Internal market V. Labour market : a brief history », *op. cit.*, p. 41.

269 F. DORSSEMONT, « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*, Foes are forever ! », *op. cit.*, p. 61.

270 C. BARNARD., « Internal market V. Labour market : a brief history », *op. cit.*, p. 26.

271 J.-F. Leclercq, Note sur l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne rendu en Grande Chambre le 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et crts c. Viking Line ABP et crts*, p. 17.

272 C.J.U.E., 9 décembre 1997, (Commission c. République de France), C-265/95, <http://www.curia.europa.eu>.

273 C.J.U.E., 12 juin 2003, (Eugen Schmidberger c. République d'Autriche), C-112/00, <http://www.curia.europa.eu>.

274 F. DORSSEMONT, « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*, Foes are forever ! », *op. cit.*, p. 66.

275 C. BARNARD., « Internal market V. Labour market : a brief history », *op. cit.*, p. 42.

276 J. MALMBERG, « Trade union liability for 'EU-unlawful' collective action », *European Labour Law Journal*, Vol. 3, 2012, n°1, p. 5.

restrictions qui sont incompatibles avec les standards internationaux en droit du travail. Le Comité européen des droits sociaux a affirmé que le test de proportionnalité était incompatible avec l'article 6 de la Charte sociale européenne. Le CEDS craint que les juges entravent l'autonomie des syndicats dans l'appréciation de leurs intérêts. Les syndicats devraient rester maître quant à la définition à donner à leurs intérêts et quant aux moyens, notamment l'action collective, à utiliser pour assurer leur défense²⁷⁷.

« Ces restrictions posées par la Cour au droit de mener des actions collectives pourtant consacré dans différentes législations nationales sont sans précédent. Elles constituent un nouveau défi pour les syndicats, les Cours et Tribunaux nationaux et les Etats membres désireux de sauvegarder les droits fondamentaux des travailleurs. »²⁷⁸ Le risque est que les juges nationaux se sentent forcés d'appliquer le test de proportionnalité, pourtant contraire aux dispositions de la Convention n°87 de l'OIT et de la Charte sociale européenne, lorsqu'ils seront confrontés à un conflit entre le droit de mener une action collective et une liberté économique reconnue dans le Traité. « Il serait alors essentiel que les syndicats déposent une plainte collective devant le Comité sur la liberté d'association et le CEDS ou a tout le moins présenter leurs observations dans les rapports nationaux pendant la procédure de supervision »²⁷⁹. Meilleure encore sera la situation où l'Union européenne adhérerait effectivement à la Conv. eur. D. H. Une plainte pourrait être déposée contre l'Union européenne devant la Cour eur. D. H. qui pourrait alors examiner la compatibilité des restrictions au droit à l'action collective avec l'article 11, § 2²⁸⁰.

SOUS-SECTION 2. La position actuelle de la Cour de justice relative aux droits sociaux et la normativité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

La question de la normativité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne demande une réponse d'autant plus urgente au vu du contexte actuel relatif aux droits sociaux. La Charte est l'instrument de l'Union en matière de droits sociaux et son intégration dans le Traité a soulevé quelques espoirs pour les droits sociaux dans cette période de trouble suivant les arrêts *Viking* et *Laval*. La CDFUE était considérée comme ayant le potentiel de renouveler la place et l'importance des droits du travail au sein de l'Union européenne²⁸¹. Son interprétation dont découle directement son applicabilité au sein des Etats membres appartient à la Cour de justice européenne. Celle-ci s'étant prononcé de manière ferme et autoritaire par rapport aux droits de négociation et d'action collectives dans les arrêts précédemment étudiés, quelle place réserve-t-elle encore à cette Charte qui, entre autres, consacre ces droits? Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 avec le Traité de Lisbonne, quel chemin la Charte a-t-elle parcouru et quelle protection offre-t-elle concrètement aux citoyens européens ? Face au Comité européen des droits sociaux qui rejette la présomption de compatibilité des normes nationales dérivant de la législation ou jurisprudence européenne et à la demande d'adhésion de l'Union à la Conv. eur. D. H. par le Conseil de l'Europe, la pression mise sur l'Union européenne est forte et celle-ci se doit de réagir. L'adoption de la Charte était de prime abord une bonne nouvelle. Les droits qu'elle consacre sont pour majeure partie communs à ceux si chers au Conseil de l'Europe et l'interprétation qui leur est donnée est celle établie par la jurisprudence de la

277 F. DORSSEMONT, « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*, Foes are forever ! », *op. cit.*, p. 101.

278 *Ibid.*, p. 101.

279 *Ibid.*, p. 103.

280 *Ibid.*, p. 103.

281 B. BERCUSSON, I. OMARJEE, « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne ? », *Revue de droit du travail*, N°2, 2008, p. 74.

Cour eur. D. H. Nous étions enfin en route vers une harmonisation des droits sociaux et nous avons presque assisté à la transformation de la situation de pluralisme normatif et jurisprudentiel antagoniste en un pluralisme complémentaire. Mais, le choix de la Cour de conditionner l'exercice des droits sociaux au respect des libertés économiques et la position peu claire de la Cour en ce qui concerne la CDFUE réduisent quelque peu nos espoirs. Toutefois, tout n'est sûrement pas perdu. L'avenir est là pour que ce souhait d'harmonisation et de cohérence devienne réalité, pour une meilleure protection des droits sociaux.

Dans son analyse de la jurisprudence de la Cour relative à la CDFUE, Antoine Bailleux met en avant l'existence non pas de deux mais de trois catégories de droits inscrits dans la Charte. Il se sépare de la double classification « droits fondamentaux versus principes fondamentaux » énoncée par la Charte elle-même dans son article 51, résultat d'un compromis « entre ceux qui souhaitaient voir figurer des droits économiques et sociaux dans la Charte et ceux qui craignaient qu'une telle consécration fasse naître de nouvelles obligations positives à charge des États et accroisse encore les compétences du législateur et du juge de l'Union européenne »²⁸². Ces trois catégories sont les droits subjectifs, les droits fondamentaux et les principes fondamentaux. Cette différenciation s'impose à l'auteur après une lecture périlleuse de la jurisprudence de la CJUE qui navigue en eaux troubles. Toutefois, cette classification ne le satisfera pas et son travail propose de poser un nouveau regard sur les droits de la Charte en élaborant une nouvelle hiérarchisation selon l'intensité de leur normativité²⁸³.

Le critère qui permet à A. Bailleux de définir un droit en tant que droit subjectif, droit fondamental ou liberté fondamentale est celui de son opposabilité. En effet, au fil de sa jurisprudence, la CJUE accorde une opposabilité plus ou moins grande à chacun des droits inscrits dans la Charte²⁸⁴. Cette opposabilité est double, une disposition dispose soit de l'effet vertical et de l'effet horizontal, soit du seul effet vertical.

Les droits subjectifs sont les droits fondamentaux qui au regard de la jurisprudence de la Cour jouissent à la fois d'une opposabilité verticale et horizontale. Un citoyen peut donc se prévaloir de ce droit dans ses rapports avec les autorités publiques et dans ses rapports avec d'autres particuliers. Peu de droits de la Charte ont reçu cette qualification. Il s'agit d'une part de « certaines des libertés de circulation inscrites dans les traités [...], la liberté d'établissement, la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services »²⁸⁵, et d'autre part du principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Force est de constater toutefois que l'opposabilité tant horizontale que verticale dont ces droits bénéficient ne leur a pas été donnée par la Charte. En effet, la CJUE a reconnu leur a reconnu ce double effet dans l'affaire *Walrave et Koch*²⁸⁶ du 12 décembre 1974 en ce qui concerne les libertés économiques et dans l'arrêt *Defrenne II*²⁸⁷ du 8 avril 1976 en ce qui concerne l'égalité de rémunération²⁸⁸. Selon la Cour, ces droits « se suffisent à eux-mêmes pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel »²⁸⁹.

282 C. LADENBURGER, « Fundamental Rights and Citizenship of the Union », in *Genèse et destinées de la Constitution européenne*, (sous la dir. de G. AMATO et al.), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 331-334 ; cité par A. BAILEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *op. cit.*, p. 290.

283 Pour plus de détails sur cette nouvelle classification des droits de la CDFUE, cf A. BAILEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *op. cit.*, pp. 282-308.

284 Opposabilité étant entendu en l'espèce par A. BAILEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *op. cit.*, p. 289, comme : « l'aptitude d'une norme de droit objectif à être invoquée par un particulier devant un organe juridictionnel et, le cas échéant, à servir de fondement autonome à la décision rendue par cet organe ».

285 A. BAILEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *op. cit.*, p. 291.

286 C.J.C.E., 12 décembre 1974, (Walrave et Koch), C-36/74, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1405.

287 C.J.C.E., 8 avril 1976, (Defrenne c. Sabena), C-43/75, *Rec. C.J.C.E.*, p. 455.

288 A. BAILEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *op. cit.*, p. 291.

289 *Ibid.*, p. 295.

Les droits fondamentaux « jouissent incontestablement d'un effet direct vertical »²⁹⁰. En cela, ils se différencient des principes fondamentaux, dernière étape de la pyramide. Cette catégorie rassemble les droits assez essentiels pour être dotés d'un effet direct vertical mais qui n'ont pas encore atteint le statut suprême aux yeux de la CJUE pour être considérés comme subjectifs afin de disposer également de l'effet direct horizontal. Il s'agit d'une espèce de catégorie résiduaire où l'on retrouve entre autres les libertés de réunion et d'association, le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, les droits de négociation et d'action collectives et le droit de grève.

Enfin, au bas de l'échelle se trouvent les principes fondamentaux qui ne disposent d'aucune opposabilité. Quelle est leur utilité dans ce cas ? Telle est bien la question qu'A. Bailleux se pose en étudiant la jurisprudence de la Cour en la matière. La CJUE, après avoir longtemps évité de se prononcer sur le régime juridique applicable à ces principes, nous livre quelques indices dans l'arrêt *Glatzel*²⁹¹ du 22 mai 2014. « Ils ne sont invocables à l'encontre des mesures qui les mettent en œuvre (au sens le plus large du terme) que pour autant qu'ils aient été « concrétisés » par un acte de droit dérivé ou une mesure nationale »²⁹².

La question qui nous intéresse dans le cadre de la problématique abordée en l'espèce est de savoir dans quelle catégorie se retrouve le droit à l'action collective. Suite au quatuor Laval, « la Cour a reconnu le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, comme un droit fondamental qui fait partie intégrante des principes généraux de la loi de l'Union, dont la Cour garantit le respect »²⁹³. En terme d'effectivité du droit de mener une action collective, la formulation de la CJUE n'est pas des plus claires. En effet, est-ce un droit fondamental disposant de cet fait de l'effet direct vertical ou d'un principe fondamental et ne disposerait alors d'aucune opposabilité. Il serait préférable de considérer que le droit à l'action collective est un droit fondamental dont les citoyens peuvent se prévaloir directement devant les cours et tribunaux de leur Etat, interprétation que rencontre notamment la Cour eur. D. H. et la législation de l'OIT.

Section 4. Interaction avec d'autres organisations internationales en matière sociale

L'Union européenne constitue « un ordre juridique original »²⁹⁴. Selon les mots de la Cour de justice elle-même, « La Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants »²⁹⁵. « Elle a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres et qui s'impose à leurs juridictions »²⁹⁶.

Comme nous avons pu le constater, la présence d'autres organisations internationales remplissant également des missions en matière sociale peut poser certains problèmes de cohérence par rapport à la protection accordée aux droits sociaux.

290 *Ibid*, p 297.

291 C.J.U.E, 22 mai 2014, (Glatzel), C-356/12, non encore publiée au Recueil, cité par A. BAILLEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *op. cit.*, pp. 298.

292 A. BAILLEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *op. cit.*, p. 307.

293 J. MALMBERG, « Les répercussions des arrêts de la CJE dans les affaires Viking, Laval, Rüffert et Luxembourg sur la pratique de la Convention collective et l'efficacité de l'action sociale », *Direction générale des politiques internes, Département thématique, Politiques économiques et scientifiques*, Bruxelles, Parlement européen, 2010, p. 9.

294 P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 6.

295 C.J.U.E., 5 février 1963, (Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise), 22-62, *Rec. C.J.C.E.*, p. 7.

296 CJCE, 15 juillet 1964, (Costa c. E.N.E.L.), 6-64, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1149.

Avant d'étudier les relations à ce sujet entre l'Union européenne et les deux autres organisations internationales qui nous intéressent dans ce travail, il convient d'aborder ce qu'on pourrait appeler « la force supérieure des normes de droit social communautaire »²⁹⁷. Sous les mots « force supérieure », nous ne proclamons pas l'existence d'une hiérarchie entre les normes émanant des différents ordres juridiques, mais nous voulons souligner la singularité de l'Union européenne qui est « un ordre juridique d'un type nouveau, s'intégrant au système juridique des Etats membres »²⁹⁸. Les normes que l'Union adopte disposent de ce fait de quelques particularités qui renforcent sa normativité. Ces particularités sont au nombre de deux. D'une part, « le droit social communautaire ne concerne pas les seules autorités publiques, il s'impose et s'intègre aux droit nationaux. [...] Les autres normes sociales internationales ou européennes ont normalement les Etats pour seuls destinataires »²⁹⁹. D'autre part, « l'Europe s'est dotée d'une Cour de justice, dont la fonction interprétative, ajoutée à sa fonction sanctionnatrice, constitue un important facteur d'intégration. Il n'y a pas de cour de justice de l'OIT. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle n'a pas compétence pour contrôler le respect des normes de droit social du Conseil de l'Europe qui ne ressortissent pas aux droits de l'homme et libertés fondamentales »³⁰⁰.

Sous-section 1. Relation avec le Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne sont avant tout deux organisations qui se ressemblent car elles rassemblent leurs membres autour de valeurs identiques telles que les droits de l'homme, la paix, la démocratie et l'état de droit.

Il existe des liens entre le droit de l'Union européenne et la Conv. eur. D. H. depuis de nombreuses années à la fois au niveau législatif et au niveau judiciaire. Le législateur européen et la Cour de justice de l'Union européenne ont pris de longue date l'habitude de se référer à la Convention lorsque le droit en cause est un droit consacré par ladite Convention³⁰¹.

En 2007, les deux institutions inscriront dans un mémorandum d'accord leurs objectifs et leur vision de l'avenir de leurs relations. Ce mémorandum commence en rappelant leurs valeurs communes. « Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, désireux de réaliser une plus grande unité entre les Etats d'Europe par le respect des valeurs partagées de démocratie pluraliste, de prééminence du droit et des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que par une coopération paneuropéenne, promouvant ainsi la stabilité démocratique et de la sécurité auxquelles aspirent les sociétés et les citoyens de notre continent »³⁰². Ce premier paragraphe du préambule du mémorandum est intéressant en ce qu'il démontre que les dirigeants de ces deux organisations internationales ont conscience de la situation pluraliste dans laquelle l'Europe se trouve. Avoir conscience de telle situation est un premier pas vers la mise en place d'une coopération qui prend en compte toutes les dimensions qu'une telle situation de pluralisme juridique suppose. Nous reviendrons sur les objectifs énoncés dans ce mémorandum dans lors des propositions d'hypothèse de résolution du conflit, dans la conclusion de ce travail.

297 P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., p. 6.

298 P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., p. 7.

299 *Ibid.*, p. 7.

300 *Ibid.*, p. 7.

301 *Ibid.*, pp. 7-8.

302 Mémorandum d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, <http://www.coe.int>, 2007, 1.

C'est en 1975 que pour la première fois, la Cour de justice des Communautés européennes mentionna expressément certaines dispositions de la Convention européenne D. H.³⁰³ Cette petite révolution implique à tout le moins la reconnaissance de son existence et de sa pertinence en ce qui concerne les droits fondamentaux.

En 1979, dans l'affaire Hauer contre Rheinland-Pfalz, la Cour déclara que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect ; qu'en assurant la sauvegarde de ces droits elle est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres [...] ; et que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »³⁰⁴. La Cour continue en mentionnant La Conv. eur. D. H. comme faisant partie de ces instruments internationaux, lui reconnaissant une importance toute particulière³⁰⁵.

Cette jurisprudence a été réitérée de nombreuses fois par la Cour de Justice durant les décennies qui suivirent³⁰⁶. Dans un arrêt de 1991, la Cour de justice, au delà du simple rappel de sa jurisprudence constante, fait un pas de plus en déclarant que « des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme garantis par la Convention ne sauraient être admises dans la Communauté »³⁰⁷.

Toutefois, depuis, les arrêts *Laval* et *Viking* viennent quelque peu jeter le trouble dans les relations entre les deux instances internationales. La Cour eur. D. H. a répondu différemment à la question de l'articulation entre les libertés économiques et les droits sociaux. La CJUE considère que les actions collectives peuvent consister en des restrictions aux libertés économiques et doivent dès lors pouvoir se justifier selon le test de proportionnalité. La Cour eur. D. H., quant à elle, pose la question dans l'autre sens et « une interférence dans la liberté d'association au sens de l'article 11 se justifierait si elle était prévue par la loi, poursuivie par un ou plusieurs objectifs légitimes et nécessaire dans une société démocratique pour la réalisation de ces objectifs. »³⁰⁸

La réponse aurait pu être simple en ce qu'elle est contenue dans le Traité de Lisbonne lui-même. En effet, celui-ci requiert que l'Union adhère à la Convention européenne des droits de l'homme. Le Traité de Lisbonne n'a même plus besoin d'être amendé comme le proposait en son temps Brian Bercusson, puisque la disposition a été adoptée dans le Traité. Ce sont donc les États membres eux-mêmes qui ont les cartes en mains à l'heure actuelle pour pousser à l'adhésion effective et non plus symbolique de l'Union à la Conv. eur. D. H.³⁰⁹

En ce qui concerne la Charte sociale européenne, les perspectives sont moins réjouissantes. Premièrement, aucune promesse ou même d'intention d'adhésion de l'UE à la CSE, comme c'est le cas,

303 C.J.C.E., 28 octobre 1975, (Rutili c. Ministre de l'Intérieur), C-36/75, *Rec. C.J.C.E.*, 1975, p. 1120, § 32.

304 C.J.C.E., 13 décembre 1979 (Hauer c. Land Rheinland-Pfalz), C-44/79, *Rec. C.J.C.E.*, 1979, I, p. 3727, § 15.

305 C.J.C.E., 13 décembre 1979 (Hauer c. Land Rheinland-Pfalz), C-44/79, *Rec. C.J.C.E.*, 1979, I, p. 3727, § 15.

306 Voir, par exemple, C.J.C.E., 10 juillet 1984, (Regina c. Kent Kirk), C-63/83, *Rec. C.J.C.E.*, 1984, I, p. 2689 ; C.J.C.E., 15 mai 1986, (Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary), C-222/84, *Rec. C.J.C.E.*, 1986, I, p. 1651 ; C.J.C.E., 18 mai 1989, (Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne), C-249/86, *Rec. C.J.C.E.*, 1989, I, p. 1263 ; C.J.C.E., 6 novembre 2003, (Bodil Lindqvist), C-101/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, I, p. 12791.

307 C.J.C.E., 18 juin 1991, (Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contre Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres), C-260/89, *Rec. C.J.U.E.*, 1991, p. I-2925, § 41.

308 J. MALMBERG, « Les répercussions des arrêts de la CJE dans les affaires Viking, Laval, Rüffert et Luxembourg sur la pratique de la Convention collective et l'efficacité de l'action sociale », *op. cit.*, p. 13.

309 F. DORSSEMONT, « How the European Court of Human Rights gave us *Enerji* to cope with *Laval* and *Viking* » in *Before and After the Economic Crisis, What Implications for the 'European Social Model' ?*, (M.-A. MOREAU ed.), Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2011, pp. 220.

nous venons de le rappeler, pour la Conv. eur. D. H., n'a été formulée. Deuxièmement, la jurisprudence *Laval – Viking* n'a pas été bien reçue par le Comité européen des droits sociaux. Dans sa décision du 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède et Confédération générales des cadres, fonctionnaires et employés c. Suède*, le CEDS va dans le sens contraire que ce que la CJUE a décidé en 2008 et fait prévaloir les droits d'action et de négociation collectives sur les libertés économiques. Pour J.-F. Akandji-Kombé, il ne s'agit pas d'une décision accidentelle du CEDS mais bien d'une « prise de position déterminée et stratégique sur les valeurs de l'Europe, et l'affirmation d'une autre conception de l'Europe sociale »³¹⁰. Mais elle a rappelé aux Etats membres que toute disposition adoptée par le législateur national doit être conforme à la Charte. Il ne peut être dérogé à ce principe même si une disposition est la réponse d'une norme européenne ou de la jurisprudence de la CJUE. Le Comité n'a donc pas condamné de façon directe la jurisprudence de la CJUE car il n'est pas compétent pour le faire, mais contrôle l'action législative de ses membres et déclare que les impulsions communautaires n'a pas pour effet de libérer les Etats membres de leurs obligations vis-à-vis de la Charte.

« [L]a circonstance que les dispositions [nationales] (...) s'inspirent d'une directive de l'Union européenne ne les soustrait pas à l'empire de la Charte (...). A ce sujet, le Comité confirme qu'il ne lui appartient ni d'apprécier la conformité des situations nationales avec une directive de l'Union européenne ni d'apprécier la conformité d'une telle directive à la Charte. Cependant, lorsque les Etats membres de l'Union européenne décident de mesures contraignantes qu'ils s'appliquent à eux-mêmes par le moyen d'une directive qui influence la manière dont ils mettent en œuvre les droits énoncés dans la Charte, il leur appartient, tant lors de l'élaboration dudit texte que de sa transposition dans leur droit interne, de tenir compte des engagements qu'ils ont souscrits par la ratification de la Charte sociale européenne. [...] Le Comité considère que le même principe vaut, mutatis mutandis, pour les dispositions nationales fondées sur des décisions préjudicielles rendues par la CJUE sur la base de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à l'image de celle prononcée dans l'affaire *Laval* [...] »³¹¹.

Ces divergences de positions entre la CSE et le droit communautaire par rapport aux droits sociaux sont certes malheureuses mais ne surprennent « guère si l'on se réfère à leur histoire respective »³¹², mettant en lumière deux perspectives très différentes. En effet, « l'objectif central de la Charte sociale est la protection de l'individu et de ses libertés, alors que celui des textes communautaires est un compromis entre le maintien d'une activité économique optimale – objectif central – et un protection mesurée de l'individu – objectif subordonné »³¹³. Malgré la condamnation – indirecte – des arrêt *Viking* et *Laval* par le CEDS, « il est évident que les normes communautaires ont un impact très supérieur, actuellement, aux normes de la Charte sociale, compte tenu des systèmes différents de contrôle en place dans l'Union européenne et au Conseil de l'Europe »³¹⁴. Il n'est évidemment pas question de remettre en cause ses mérites, qui sont nombreux ; mais le Comité a un grand défaut, celui du manque d'effectivité de sa Charte. Son action actuelle se cantonne donc à contrôler les législations nationales de ses Etats membres sur base des rapports rendus

310 J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, La décision « anti-Laval & Viking du Comité européen des droits sociaux », Commentaire sur son blog personnel, <http://jfakiblog.com>.

311 C.E.D.S., Décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, Réclamation n° 85/2012, § 72.

312 C. SACHS-DURAND, « Comparaison de la Charte Sociale Européenne et des règles sociales de l'Union européenne », in *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, Défis à l'échelle mondiale*, (sous la dir. de N. ALIPRANTIS), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 254.

313 *Ibid.*, p. 254.

314 *Ibid.*, p. 265.

par ceux-ci ou des plaintes déposées par les organisations d'employeurs, de travailleurs ou non-gouvernementales.

Sous-section 2. Relation avec l'Organisation Internationale du Travail

Les relations entre l'Union européenne et l'OIT à propos du conflit entre les libertés économiques de l'Union européenne et les droits à l'action et à la négociation collective seront développées ci-dessous lorsque nous aborderons l'origine, les objectifs et le rôle l'OIT en matière du droit du travail.

Chapitre 3. L'Organisation Internationale du Travail

Section 1. L'OIT, un organe des Nations Unies

Sous-section 1. Les origines et objectifs de l'OIT

La plus ancienne organisation internationale en matière de droit du travail est l'Organisation Internationale du Travail. « L'idée de contribuer à la réalisation de la justice sociale par l'adoption d'une législation internationale du travail a été à la base de [sa] création [...] en 1919 »³¹⁵. Même si en ses débuts, elle a concentré son action dans quarante-cinq pays d'Europe et d'Amérique du Nord, sa vocation est à caractère universel. Le développement économique issu de la révolution industrielle fut la cause d'une souffrance humaine extrême pour les travailleurs créant des maux telles l'injustice, la misère et des privations. Suite à cela, la volonté d'une législation progressiste dans le domaine du travail et en matière sociale émergea peu à peu.³¹⁶ Ce sont « les arguments d'ordre humanitaire, politique et économique mis en avant en faveur de l'instauration de normes internationales du travail qui ont finalement conduit à la création de l'OIT »³¹⁷. Entre janvier et avril de l'année 1919, la Constitution de l'OIT fut rédigée par la Commission de la législation internationale du travail, elle-même constituée par le Traité de Versailles.

L'OIT a cette particularité d'être une organisation tripartite. Ses organes exécutifs sont composés de représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs travaillant ensemble à l'accomplissement de leurs objectifs communs.³¹⁸

Pendant les vingt premières années de son existence, l'OIT « se consacra essentiellement à élaborer des normes internationales du travail et à veiller à leur application. Ainsi, entre 1919 et 1939, elle adopta soixante-sept conventions et soixante-six recommandations, principalement en ce qui concerne les conditions de travail »³¹⁹. Dès 1926, l'OIT se dote d'un organe dédié au contrôle de l'application des normes dans les Etats membres, la Commission d'experts, constituée de juristes indépendants.

La fin de la Deuxième Guerre mondiale marque un tournant dans le domaine de compétences de l'OIT. Les conventions adoptées à partir de ce moment-là porteront essentiellement sur les droits de l'homme. L'OIT consacre le droit pour les travailleurs et les employeurs de s'associer de façon libre et indépendante et un comité spécialisé pour la liberté syndicale est créé.

Entre-temps devenue la première agence spécialisée des Nations Unies, l'OIT a continué d'évoluer. Son action n'est plus réservée aux seuls pays industrialisés mais bien à l'ensemble des Etats du monde. Elle compte aujourd'hui cent quatre-vingt-cinq Etats membres. L'organisation définit elle-même ses objectifs comme ceux « d'établir les normes internationales du travail, de promouvoir les droits au travail, de favoriser la création d'emplois décents, d'améliorer la protection sociale et renforcer du dialogue sur les questions

315 L. PICARD, « Des droits sociaux universels ? Le rôle de l'Organisation internationale du travail dans la mise en oeuvre des droits sociaux » in *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, Défis à l'échelle mondiale*, (sous la dir. de N. ALIPRANTIS), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 143.

316 A.-V. MICHAUX, « Chapitre 5 – Hiérarchie des sources », in *Éléments de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 105-106.

317 L'OIT : ses origines, son fonctionnement, son action, <http://www.ilo.org>, p. 4.

318 G. RAIMONDI, A. TREBILCOCK, « Sous-section 2 – OIT, § 1. Cadre constitutionnel », in *Le droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 241.

319 L'OIT : ses origines, son fonctionnement, son action, <http://www.ilo.org>, p. 5.

liées au travail »³²⁰. Depuis sa création, elle a adopté plus de cent quatre-vingts conventions ayant trait au droit du travail. La plupart ont été adoptées et ratifiées par la Belgique. « Elles sont peu connues des praticiens du droit social belge, notamment parce qu'elles définissent des conditions minimales de protection du travailleur qui sont, la plupart du temps, déjà garanties par le droit interne belge »³²¹.

Guy Rider, le Directeur général du Bureau international du travail depuis octobre 2012, met l'accent sur le droit au travail décent. « La mondialisation a réduit le pouvoir réglementaire des Etats, créant des incertitudes sur leur capacité et celle de leurs instruments juridiques à protéger adéquatement la femme et l'homme au travail. Elle a affaibli par ricochet l'OIT constituée par ces protagonistes mêmes. [...] Bien plus, le foisonnement des normes sociales élaborées par de nombreuses organisation internationales ou régionales, par de grandes firmes multinationales ou par d'autres institutions publiques ou privées a remis en question le système normatif de l'OIT. »³²² Quelle est la place aujourd'hui de l'OIT, de ses conventions, de ses instances et de ses organes de contrôle ? C'est la question que nous poserons dans ce dernier chapitre. Enfin, nous positionnerons cette institution par rapport au Conseil de l'Europe et à l'Union européenne.

SOUS-SECTION 2. Les conventions n°87 et 98 relatives aux libertés syndicales

« Les conventions et recommandations de l'OIT soulignent l'importance des libertés individuelles et collectives des travailleurs comme des employeurs, ainsi que leurs relations harmonieuses pour la bonne gestion des entreprises. Nous sommes en présence de droits fondamentaux. »³²³ De manière générale, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 consacre le droit d'association syndicale et de ses accessoires³²⁴. « Cette disposition reprend l'essentiel des normes contenues dans la Convention n°87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical adoptée en 1948 et ajoute une référence expresse au droit de grève »³²⁵.

« Les relations de travail, dans leur dimension collective, constituent naturellement un thème majeur d'analyse, de réflexion et de discussions à l'OIT, institution tripartite, et dans le droit international du travail »³²⁶. L'OIT a adopté deux normes générales sur la liberté syndicale et la négociation collective, la Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949. La première se concentre sur les relations entre les employeurs ou travailleurs et de leurs organisations avec les autorités publiques alors que la deuxième pose le cadre normatif des relations entre les travailleurs et les employeurs à travers leurs associations respectives.

Certes, l'application des conventions de l'OIT rencontre parfois certaines difficultés dues à des facteurs socio-économiques et culturels dans certains Etats, mais « l'Organisation peut toutefois se prévaloir de succès certains dans la mise en oeuvre des normes internationales du travail »³²⁷ et plus spécialement dans

320 Organisation Internationale du Travail, Dépliant d'informations sur l'OIT, 1^{er} juin 2015, <http://www.ilo.org>.

321 A.-V. MICHAUX., « Chapitre 5 – Hiérarchie des sources », in *Eléments de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 106.

322 J.-M. SERVAIS, « Les normes de l'OIT au XXI^{ème} siècle : légitimité, effectivité », *TSR RDS*, 2012, p. 107.

323 J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 81.

324 Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New-York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

325 J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, op. cit., p. 82

326 *Ibid.*, p. 83

327 J.-M. SERVAIS, « Les normes de l'OIT au XXI^{ème} siècle : légitimité, effectivité », op. cit., p. 119.

le domaine des droits sociaux. « Grâce au comité de la liberté syndicale (voir supra), des syndicalistes – nombreux –, des dirigeants employeurs, arrêtés sommairement, ont été libérés ou, s'ils étaient poursuivis pour des activités non syndicales, jugés dans des conditions dignes de ce nom ; grâce à lui des travailleurs licenciés par représailles, en raison de leurs activités syndicales, ont été réintégrés dans leurs postes de travail, des législations peu compatibles avec les principes de la liberté syndicale ont été amendées ; à cause de lui, plus profondément, le dialogue souvent a pu reprendre entre les autorités gouvernementales et ces secteurs essentiels de la vie publique que sont les associations patronales et syndicales »³²⁸.

Sous-section 3. Les différents organes de contrôle

L'OIT comporte différents organes de contrôle qui disposent chacun de leurs spécificités. Outre leur mission de contrôle de l'application des normes dans les Etats membres, ces organes sont également ceux qui, à côté du secrétariat de l'organisation de l'OIT, interprètent ces normes et indiquent le sens qu'ils donnent à ces normes. De ce fait, « leurs conclusions ont fini par constituer une espèce de jurisprudence, ou plus exactement un recueil de recommandations à la disposition des Etats qui cherchent à introduire dans leur droit et leur pratique un instrument donné »³²⁹.

Il existe deux catégories de mécanismes de contrôle. Le mécanisme régulier qui consiste en l'envoi par les Etats membres de rapports périodiques d'une part et les procédures particulières qui incluent un système de réclamations et de plaintes d'autre part.

Ces différents organes sont soit des organes représentatifs tripartites, soit composés « d'experts indépendants, personnalités éminentes choisies pour leur autorité particulière et leur impartialité »³³⁰. Ce sont des organes de contrôle, ce ne sont pas des juridictions. Les recommandations qu'ils rendent ne disposent donc pas de la force exécutoire. Les conclusions rendues par les organes ne sont pas des arrêts, « les commentaires, aussi critiques soient-ils, sont formulés comme des incitations à l'action ainsi que des appels au dialogue, non comme des condamnations »³³¹. Là gît une faiblesse du système de l'OIT, son incapacité à sanctionner les Etats violateurs de ses conventions.

Pour contrer cette lacune, les organes tripartites disposent de relais, associations nationales d'employeurs et de syndicats, « qui peuvent aider à faire comprendre et accepter les recommandations adoptées »³³². « La discussion internationale et la publicité donnée aux conclusions des organes de supervision sont des facteurs importants pour inciter le gouvernement concerné à assurer le plein respect des conventions considérées ou des principes pertinents de liberté syndicale »³³³.

328 J.-M. SERVAIS, « Les normes de l'OIT au XXI^{ème} siècle : légitimité, effectivité », *op. cit.*, p. 119.

329 J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, *op. cit.*, p. 52.

330 J.-M. SERVAIS, « Les normes de l'OIT au XXI^{ème} siècle : légitimité, effectivité », *op. cit.*, p. 121.

331 *Ibid.*, p. 121.

332 *Ibid.*, p. 121.

333 *Ibid.*, p. 116.

§ 1. La procédure de rapport

1. Commission d'experts pour l'application des normes et des recommandations

« La procédure de contrôle régulier est fondée sur les articles 19 et 22 de la Constitution de l'OIT »³³⁴. Chaque année, les Etats doivent rendre un rapport qui va être examiné par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail. Cette Commission est composée de vingt-deux « personnalités indépendantes ayant pour fonction l'examen de la conformité de la législation et de la pratique nationales des Etats membres de l'OIT »³³⁵. Le rôle de cette commission est de lire les rapports et analyser les commentaires des Etats sur les observations faites par cette même Commission l'année précédente. *In fine*, l'objectif est celui de la correcte application des conventions et recommandations de l'OIT dans le monde. Au fur et à mesure de son travail, la Commission analyse la situation de chaque Etat par rapport aux Conventions et le respect de ceux-ci vis-à-vis de celles-ci. En cas de non-respect d'un article de la Convention par la législation nationale, une observation de la Commission est faite à l'Etat et celui-ci est prié de modifier sa législation nationale pour se mettre en règle. L'Etat a alors deux solutions, soit il convient que sa législation nationale ne respecte pas ses engagements vis-à-vis de l'OIT et il modifie celle-ci, soit il considère que ses normes respectent les conventions et il défend sa position dans le rapport suivant.

Le droit n'est pas une science exacte, les notions de droit peuvent être discutées et il n'est pas rare de voir les Etats s'aventurer sur le terrain de l'argumentation et défendre leur législation nationale car il est souvent plus facile pour un Etat de la défendre pour la conserver que de modifier un système mis en place.

Toutefois, les Etats ne peuvent se permettre de formuler des promesses en l'air. En effet, la commission procède à un travail suivi et méticuleux et analyse l'évolution de ses observations dans l'Etat en cause. Il ne s'agit donc pas de dire que l'on va modifier telle ou telle législation, il s'agit de le faire. Pour aider les Etats à se mettre en règle par rapport à ses normes, l'OIT fournit un support. En effet, le Bureau international du travail donne à qui en a besoin une assistance technique. Il s'agit également par là, d'une manière pour l'OIT de s'assurer que la législation va bel et bien être modifiée et d'avoir un contrôle direct sur le terrain³³⁶.

« La Commission prie le gouvernement d'indiquer dans son prochain rapport toutes les mesures concrètes prises ou envisagées, à la lumière de la décision suscitée du tribunal administratif de Düsseldorf, pour veiller à ce que tous les fonctionnaires qui n'exercent pas des fonctions d'autorité au nom de l'Etat puissent recourir à la grève pour défendre leurs intérêts économiques, sociaux et professionnels »³³⁷. Cette formulation de phrase, cette tournure d'obligation est très subtile car en réalité, ce que demande la Commission d'experts à l'Etat concerné n'est pas tant le changement de législation nationale pour que celle-ci soit en règle avec les conventions de l'organisation internationale du travail, que l'inscription de ces transformations législatives dans son prochain rapport. Le choix de se mettre en ordre par rapport aux

334 L. PICARD, « Des droits sociaux universels ? Le rôle de l'Organisation internationale du travail dans la mise en oeuvre des droits sociaux » *op. cit.*, p. 147.

335 A.-M. LA ROSA, *L'OIT, la liberté syndicale et le droit international*, Revue belge de droit international, Bruxelles, Bruylant, 2000/1, p. 9.

336 Bureau international du Travail, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III (Partie A), Bulgarie*, Conférence internationale du Travail, 101^e session, Genève, 2012, p. 92.

337 Bureau international du Travail, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III (Partie A), Allemagne*, Conférence internationale du Travail, 101^e session, Genève, 2012, p. 54 - 55.

conventions de l'OIT n'existe pas, il s'agit d'une obligation pour l'Etat de s'exécuter. Toutefois, en lisant le texte, l'impression nous est donnée que le gouvernement garde le pouvoir.

L'examen ainsi procédé par le Comité d'experts est préliminaire. Il s'agit d'une évaluation de la conformité des obligations par les Etats membres. « Les commentaires prennent la forme de demandes d'explications adressées directement aux gouvernements concernés, ou en cas de discordances graves ou persistantes, d'observations réunies dans un document rendu public et communiqué à la Conférence internationale du Travail »³³⁸.

2. La Commission tripartite de l'application des conventions et recommandations de la Conférence internationale du travail

Chaque année, une Commission tripartite pour l'application des conventions et recommandations est instaurée par la Conférence internationale du travail. Cette Commission est chargée d'examiner « a) les mesures prises par les Membres afin de donner effet aux dispositions des conventions auxquelles ils sont parties, ainsi que les informations fournies par les Membres concernant les résultats des inspections; b) les informations et rapports concernant les conventions et recommandations, communiqués par les Membres conformément à l'article 19 de la Constitution, à l'exception des informations demandées au titre du paragraphe 5 e) de cet article dont l'examen est assuré d'une autre manière, arrêtée par le Conseil d'administration; c) les mesures prises par les Membres en vertu de l'article 35 de la Constitution »³³⁹. La Conférence a la possibilité d'établir une liste sur laquelle elle demande que les discussions soit focalisées. Un débat entre les gouvernements, les associations syndicales ou d'employeurs et le Comité peut s'en suivre, de manière écrite ou orale. Après avoir examiné la liste proposée par la Conférence et une fois les débats clos, le Comité doit présenter un rapport à la Conférence en séance plénière³⁴⁰.

§ 2. La procédure de plainte

La procédure de plainte est régie par les articles 24 et 25 de la Constitution. Toute organisation de travailleurs ou d'employeurs, un Etat ou un délégué à la Conférence internationale du travail peut déposer une réclamation ou une plainte contre un Etat qui ne respecterait pas ses obligations découlant d'une Convention qu'il a ratifiée devant le Conseil d'administration du BIT. Celui-ci, si la réclamation est recevable, désigne parmi ses membres un Comité *ad hoc* qui sera chargé d'examiner la réclamation, « d'inviter le gouvernement mis en cause à répondre aux accusations et de faire rapport au Conseil »³⁴¹. Si cette première analyse ne satisfait pas l'ensemble du Conseil, celui-ci peut saisir la Commission d'enquête, composée « de personnalités éminentes choisies pour leur indépendance d'esprit »³⁴². Le recours à cette instance est prévu mais rarement utilisé.

La Commission d'enquête établit un rapport dans lequel elle prescrit à l'Etat mis en cause de se conformer à ses obligations. « Si un pays membre ne se conforme pas dans le délai prescrit aux recommandations d'une Commission d'enquête [...], le conseil d'administration peut recommander à la

338 J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, op. cit., p. 259.

339 Règlement de la Conférence internationale du Travail de l'OIT, art. 7, 1.

340 Règlement de la Conférence internationale du Travail de l'OIT, art. 7, 2.

341 J.-M. SERVAIS, « Les normes de l'OIT au XXI^{ème} siècle : légitimité, effectivité », op. cit., p. 117.

342 *Ibid.*, p. 117.

Conférence telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution de ces recommandations »³⁴³.

§ 3. La procédure spéciale de plainte en violation de la liberté syndicale

Il y a diverses procédures particulières que nous nous contenterons de signaler afin de nous concentrer sur la plus importante et la plus intéressante dans le cadre de notre problématique, à savoir la procédure de plaintes en violation de la liberté syndicale. Les autres procédures sont celles accomplies par la Commission de vérification des pouvoirs et les enquêtes et études menés par le Bureau international du travail.

Véritable cheval de bataille de l'OIT durant les années suivant la Deuxième Guerre mondiale, la liberté syndicale fut l'objet d'une protection supplémentaire à celles apportées par les mécanismes de contrôles réguliers. En effet, vu sa composition tripartite, l'OIT accorde une importance particulière à la liberté d'association des employeurs et des travailleurs. En 1950, une procédure spéciale, en accord avec les Nations unies, est créée pour venir « compléter – et non remplacer – les mécanismes du contrôle général »³⁴⁴, il s'agit de la procédure menée par l'instance du Comité de la liberté syndicale. Organe tripartite, son rôle est de faire rapport au Conseil d'administration de l'OIT sur les affaires concernant la liberté syndicale qui lui sont soumises. Le plus souvent, les plaintes émanent d'associations syndicales, mais les Etats et les associations d'employeurs peuvent également saisir ce Comité. La procédure à suivre devant le Comité de la liberté syndicale dispose de ses particularités. La première, pour le moins rare en droit international, « la ratification de l'Etat mis en cause de telle ou telle convention en matière de liberté syndicale n'est pas requise »³⁴⁵ pour permettre à une association de saisir le Comité³⁴⁶. « Le rôle du Comité consiste à promouvoir, avec l'aide de toutes les parties intéressées, le respect effectif, en droit et dans la pratique, des principes contenus dans les instruments pertinents de l'OIT »³⁴⁷.

Section 2. Relations avec d'autres organisations internationales en matière sociale

« Les deux principales constructions européennes de la seconde moitié du XX^e siècle, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, partagent avec l'OIT un certain nombre de valeurs, notamment celles relatives aux rôles du droit dans la régulation de la société ». Toutefois, leurs positions quant aux droits sociaux ne sont pas toujours identiques. Leurs organes de contrôle et la force contraignante de leurs instruments varient d'une institution à l'autre.

Dans les années 1990, l'OIT a senti un ralentissement des ratifications par les Etats membres de ses conventions et une baisse de l'effectivité de ses normes par rapport, notamment, au droit communautaire. Elle a donc adopté un instrument rarement utilisé dans son histoire, celui de la Déclaration. « En juin 1998, la Conférence internationale du Travail a adopté la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, par laquelle elle a réaffirmé l'engagement des Etats membres de l'organisation de respecter, promouvoir et réaliser de manière universelle les principes concernant les quatre classes de droits fondamentaux au travail. Il s'agit des droits auxquels il a été fait allusion en parlant des «conventions

343 J.-M. SERVAIS, « Les normes de l'OIT au XXI^{ème} siècle : légitimité, effectivité », *op. cit.*, p. 117.

344 J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, *op. cit.*, p. 262.

345 *Ibid.*, p. 262.

346 N. VALTICOS, « Les méthodes de protection internationale de la liberté syndicale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1975, vol. 1, p. 95.

347 J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, *op. cit.*, p. 262.

fondamentales», droits dont la protection est déjà contenue, *in nuce*, dans la Constitution de l'OIT. »³⁴⁸ Cette déclaration vise à combler le manque d'effectivité des normes de l'OIT en rappelant aux Etats membres leur obligation de respecter les principes fondamentaux que celle-ci énonce. Le fait pour un Etat de ne pas avoir ratifié une convention ne l'exonère pas de son obligation d'en tenir compte. La déclaration « clarifie que les droits qu'elle énonce ont un caractère universel et s'appliquent de ce fait à tous les États membres, quel que soit leur niveau de développement économique »³⁴⁹.

Quel est l'état des relations entre l'OIT et le Conseil de l'Europe, l'OIT et l'Union européenne ? L'OIT, sur base de sa Déclaration de 1998, a-t-elle pu retrouver une plus grande effectivité de ses normes ? Les sous-sections suivantes tenteront de proposer une analyse (non-exhaustive) des relations entre ces différentes institutions.

Sous-section 1. Le Conseil de l'Europe

Depuis de nombreuses années, le Conseil de l'Europe et l'Organisation Internationale du Travail entretiennent des relations étroites basées sur la reconnaissance réciproque de leurs normes. « Les normes internationales du travail ont également servi de source d'inspiration lors de la rédaction des instruments adoptés par le Conseil de l'Europe. Les dispositions de la Charte sociale européenne sont fondées dans une grande mesure sur les instruments pertinents de l'OIT »³⁵⁰.

A plusieurs reprises, « la Cour eur. D. H. a fait appel aux normes de l'OIT et aux commentaires de ses organes de contrôle »³⁵¹ pour interpréter les droits sociaux qu'elle défend. Par exemple, dans son arrêt *Demir et Baykara contre Turquie*, la Cour se réfère au droit de l'OIT pour définir le droit syndical, les fonctionnaires et le droit à la négociation collective³⁵².

Les relations entre ces deux institutions ne sont pas de nature conflictuelle. Leurs objectifs et ligne de conduite se ressemblent fortement même si les moyens et la mise en oeuvre sont différents. Certes l'OIT est-elle une organisation à caractère universel alors que le Conseil de l'Europe se concentre sur la région européenne, mais, la Conv. eur. D. H. et la CSE ne sont pas les instruments d'adaptation des normes de l'OIT sur le continent européen. La même volonté de la protection des droits sociaux fondamentaux rapproche les normes de l'OIT et la Charte sociale européenne. Leur sensibilité commune et leur réaction similaire face à la jurisprudence *Viking – Laval* nous permettent de catégoriser ces deux institutions en tant que défenseurs des droits sociaux face aux libertés économiques.

Sous-section 2. L'Union européenne

Les relations entre l'Union européenne et l'Organisation Internationale du Travail ont débuté en 1958 lors de la signature du premier accord de coopération entre l'OIT et la CEE. Cet accord reflétait les valeurs partagées, les principes et objectifs communs. Cependant, les avancées sont restées timides pendant de longues années. Au cours des quinze dernières années, leur partenariat et leur volonté de travailler

348 G. RAIMONDI, A. TREBILCOCK, « Sous-section 2 – OIT, § 1. Cadre constitutionnel », *op. cit.*, p. 257.

349 *Ibid.*, p. 257.

350 L. PICARD, « Des droits sociaux universels ? Le rôle de l'Organisation internationale du travail dans la mise en oeuvre des droits sociaux » *op. cit.*, p. 156.

351 J.-M. SERVAIS, « Les normes de l'OIT au XXI^{ème} siècle : légitimité, effectivité », *op. cit.*, p. 120.

352 Cour eur. D. H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, <http://www.echr.coe.int>, §§ 37-43.

ensemble se sont intensifiés. Le 14 mai 2001, l'OIT et la Commission européenne ont renouvelé leur cadre formel de coopération. De nouvelles politiques et de nouveaux objectifs communs furent introduits dans l'accord de partenariat comme le commerce et le développement ou encore l'élargissement de l'Union. Bien que l'Union européenne ne soit pas un membre autonome de l'OIT, tous les Etats membres de l'Union – à l'exception des trois pays baltes « pour des raisons liées à leur histoire de 1940 à 1989 »³⁵³ – font également partie de l'OIT. La coopération entre ces deux instances est donc souhaitable et les progrès de cette dernière décennie sont les bienvenus.

L'OIT et l'Union partagent des valeurs telles que la justice sociale ou le souhait de combiner progrès social et progrès économique. La stratégie de l'Europe 2020 ou *The Agenda for Change of the European policy on development and cooperation* reflètent l'importance de la création d'emplois décents, de la protection sociale, du dialogue social et des droits au travail pour une croissance saine et un développement durable.³⁵⁴

Les 10 et 11 avril 2014, la 11^e réunion de haut niveau entre le BIT et la Commission européenne depuis le renouvellement de l'accord de 2001 a eu lieu à Genève. Il ressort des conclusions de cette réunion que les représentants à la fois de l'OIT et de l'UE ont hautement apprécié les discussions ouvertes et constructives, ce qui démontre l'engagement et la volonté des deux organisations de travailler ensemble sur des sujets de préoccupations et intérêts communs.³⁵⁵ Ces conclusions énoncent les lignes directrices de la coopération entre les deux organisations et fixent les objectifs communs en différentes matières. D'une manière plus générale d'abord, le BIT et la Commission européenne veulent consolider leur coordination pour promouvoir la justice sociale, le travail décent et les standards de travail internationaux ; renforcer les contributions dans les initiatives de l'autre, mettre l'accent sur la recherche et intensifier les échanges en ce qui concerne le dialogue social, l'investissement et la protection sociale ; et régulièrement informer l'autre à propos de l'implémentation du droit international au sein des Etats membres³⁵⁶.

Même si de manière générale, la volonté des deux institutions de coopérer entre elles est présente, leurs positions quant à l'articulation entre les droits sociaux et libertés économiques divergent. Nonobstant le fait que le droit à l'action collective ne se retrouve pas dans les Conventions dédiées aux libertés syndicales – Conventions N°s 87 et 98, le Comité de la liberté syndicale considéra très tôt, dès 1952, le droit à la grève comme un aspect essentiel du droit d'association³⁵⁷. D'autre part, dans un rapport de 2010, la Commission d'experts de l'OIT pour l'application des des conventions et des recommandations a eu l'occasion de se prononcer sur la jurisprudence *Laval* et *Viking* de la CJUE. Sans condamner directement la position de la CJUE car la tâche de la Commission « n'est pas de juger de l'exactitude de la jurisprudence de la Cour de l'UE », celle-ci déclare toutefois sa crainte des conséquences néfastes de ces décisions sur le droit à l'action collective.

353 L. PICARD, « Des droits sociaux universels ? Le rôle de l'Organisation internationale du travail dans la mise en oeuvre des droits sociaux » *op. cit.*, p. 155.

354 L. ANDOR, A. PIESBALGS, « Foreword by the european commissioner for employment, social affairs and inclusion and the european commissioner for development », in *The ILO and the EU, partners for decent work and social justice, Impact of then years of cooperations*, Belgium, Publications of the International Labour Organization, 2012, p. 5.

355 International Labour Office, Joint Conclusions of the 11th High Level Meeting between the International Labour Office and the European Commission, of the 10 and 11 April of 2014, <http://www.ilo.org>, p. 1.

356 International Labour Office, Joint Conclusions of the 11th High Level Meeting between the International Labour Office and the European Commission of the 10 and 11 April of 2014, <http://www.ilo.org>, p. 2.

357 F. DORSSEMONT, « How the European Court of Human Rights gave us *Enerji* to cope with *Laval* and *Viking* », *op. cit.*, p. 221.

La menace omniprésente d'une action en dommages-intérêts comportant le risque de mener le syndicat dans une situation d'insolvabilité, éventualité aujourd'hui fort plausible, compte tenu de la jurisprudence *Viking* et *Laval* de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), crée une situation dans laquelle l'exercice des droits établis par la convention devient impossible. [...] La commission estime que de telles affaires risquent de devenir plus fréquentes dans le contexte actuel de la mondialisation, [...], et considère que la doctrine qui s'articule autour de ces jugements de la CJCE est de nature à avoir un effet restrictif important sur l'exercice du droit de grève dans la pratique, d'une manière contraire à la convention.³⁵⁸

La Commission, en examinant les répercussions des décisions *Laval* et *Viking* au niveau national, considère qu'elles sont de nature à priver les travailleurs des droits de liberté syndicale prévus par la Convention n°87. Sur ce point, l'OIT est en opposition avec l'Union européenne. La Commission travaille de manière similaire au Comité européen des droits sociaux. Elle ne condamne pas directement la jurisprudence de la CJUE mais analyse les conséquences des décisions rendues sur les législations nationales. Ce qui importe avant tout, ce sont que les Etats membres se conforment aux conventions. Si tel n'est plus le cas du fait d'un arrêt de la CJUE, l'OIT condamne cet Etat et lui demande de modifier sa législation. Elle ne va pas entrer en relation avec la Cour de justice de l'Union et lui prier de revenir sur sa décision. Lorsque telle situation se présente – un Etat se conforme aux décisions de la CJUE et est condamné par la suite par l'OIT –, la question du pluralisme juridique antagoniste se pose à nouveau. Les réponses à ce problème sont peu nombreuses. Soit l'Etat se conforme aux injonctions d'une des deux institutions, et, par définition, viole les injonctions de l'autre, soit la modification doit émaner des institutions elles-même qui devront bien, un jour où l'autre, finir par s'entendre sur une position commune quant à l'équilibre entre les droits à l'action collective et les libertés de circulation, ou à tout le moins sur un compromis.

358 Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations (2010), ilollex, n° 06210GBR087.

TITRE III. HYPOTHÈSES DE RÉCONCILIATION ET CONCLUSION

Le premier objectif de cet article était d'émettre des hypothèses de résolution du conflit entre les droits à l'action et à la négociation collectives et les libertés d'établissement et de prestation de services de l'Union européenne. Au delà du simple cadre théorique, ce conflit a un réel impact sur les législations nationales des Etats membres des différentes institutions et dès lors sur les citoyens. Au fil des pages, nous avons pu constater que le conflit droits sociaux c. libertés économiques se cristallisait en un conflit entre l'Organisation internationale du Travail et le Conseil de l'Europe d'un côté et l'Union européenne d'un autre, même si les attaques ne sont pas directes et si les condamnations passent par les injonctions de chacune des institutions à leurs Etats membres. Nul n'est plus besoin de rappeler ici que le fait que ces Etats soient en partie les mêmes est le noeud de tout ce problème, de cette situation que nous avons définie comme une situation de pluralisme juridique antagoniste.

Voici dès lors quelques propositions de résolutions, hypothèses réalisables en théorie mais dont la mise en oeuvre en pratique dépendra davantage de la volonté des institutions concernées et de leurs dispositions à trouver un compromis. Car la solution parfaite n'existe pas, sinon, il y a lieu de l'espérer, elle aurait déjà été trouvée et appliquée. Mais les idées reçues en la matière doivent être démontées. Les droits sociaux sont trop souvent présentés comme constituant une entrave au marché intérieur. A l'inverse, les libertés économiques sont trop souvent perçues comme incompatibles avec la liberté syndicale. L'idée est alors de dépasser ces schémas trop longtemps appliqués et d'accepter de nouvelles tentatives qui peut-être échoueront ou seront l'ébauche d'une meilleure cohabitation.

1. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme

Depuis la ratification du Traité de Lisbonne, le Traité sur l'Union européenne dispose que l'Union doit adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme. Le Traité de Lisbonne est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et, à ce jour, l'Union n'a toujours pas adhéré à la Conv. eur. D. H. Les raisons de cette attente ne sont pas clairement déclarées. Peut-être est-ce dû à la différence de l'obligation de l'affirmation entre les versions française et anglaise. L'article 6 du texte français dispose que « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », ce qui laisse peu de place au doute. Toutefois, la version anglaise est formulée comme suit : « The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. » La nuance peut paraître faible mais elle est réelle. Sans pour autant nous lancer dans un cours de conjugaison anglaise, il convient de signaler que l'emploi du « shall » marque la détermination, la promesse ou la volonté de faire quelque chose. Mais détermination et promesse ne sont pas encore synonyme d'action. Cela représente bien la réalité actuelle. La volonté de l'Union est peut-être d'adhérer à la Convention eur. D. H., mais cette adhésion n'a pas encore eu lieu. Or, il s'agit d'une des hypothèses de résolution que nous proposons. En effet, si l'Union européenne adhère à la Conv. eur. D. H., comme en dispose le TUE, cette adhésion aura lieu par décision législative. La Cour de Justice de l'Union européenne dont le rôle est d'interpréter et de faire respecter le droit de l'Union européenne n'aura d'autre choix que de prendre en compte ce nouvel instrument lorsqu'elle statuera à l'avenir. Dans cette logique, la CJUE devra revenir sur sa jurisprudence *Viking* et *Laval* pour proposer une jurisprudence conforme aux dispositions de la Conv. eur. D.H.

2. La transformation du Comité européen des droits sociaux

Deuxième hypothèse que nous développerons dans ces lignes est celle proposée par A. M. Swiatkowski³⁵⁹. Celui-ci relève que dans l'état actuel des choses, les décisions rendues par Comité européen des droits sociaux manque d'effectivité et de pouvoir contraignant. Les décisions rendues par le CEDS ne sont pas contraignantes pour les Etats, rien ne les oblige à les respecter. Cela fait du Comité un simple organe qui présente sa position sur les aspects techniques en matière de droit social. D'autre part, le CEDS est submergé de travail entre ses différentes missions – créateur de normes en matière de droits sociaux, superviseur des rapports rendus par les Etats membres et juge des réclamations collectives qui lui sont soumises –, il serait sain de le décharger. Pour parvenir à cela, Swiatkowski propose que les rapports annuels des Etats sur leur législation nationale se fassent plus rares et que le CEDS puisse se concentrer sur la procédure de réclamation collective. Pour cela, il faudrait qu'un plus grand nombre d'Etats ratifient le Protocole additionnel instaurant ce système de réclamation collective de sorte que toutes les organisations d'employeurs, de travailleurs ou non-gouvernementales ressortissantes des Etats membres du Conseil de l'Europe soient habilitées à déposer une réclamation devant le Comité. Celui-ci en serait transformé. Il passerait du statut de simple organe superviseur chargé du respect des provisions de la Charte à celui de réel corps judiciaire, avec toutes les conséquences que cela aurait sur son influence sur la scène européenne, par rapport à sa force contraignante et cela entraînerait le respect effectif de ses décisions.

3. Nouvelle législation communautaire.

Dans son article sur le conflit entre la CJUE et le CEDS, Marco Rocca émet l'idée d'une solution législative émanant du législateur européen. Telle solution permettrait d'avoir un cadre défini que la Cour de justice de Luxembourg ne pourrait ignorer ou enfreindre. Encore faut-il que le législateur européen aille dans le sens soutenu par l'OIT et le Conseil de l'Europe, à savoir qu'il rétablisse la correcte balance entre les droits sociaux et les libertés de circulation. En effet, si le trio Commission – Conseil – Parlement valide la jurisprudence *Laval – Viking* de la CJUE, la situation serait pire que celle que nous connaissons aujourd'hui puisque la décision serait coulée dans une loi.

Cependant, telle solution semble s'être évaporée depuis l'échec du projet «Monti II». L'initiative de la Commission a été stoppée par une série de Parlements nationaux qui, en vertu du principe de subsidiarité, ont refusé le texte du projet Monti II qui utilisait le test de proportionnalité pour résoudre le conflit entre les libertés fondamentales du marché intérieur et le droit fondamental de mener des actions collectives.³⁶⁰ Le texte abandonné était formulé comme suit :

Le fait que le statut des droits fondamentaux et celui de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services soient généralement placés sur un pied d'égalité implique que ces libertés sont susceptibles d'être restreintes pour protéger les droits fondamentaux, mais aussi que l'exercice de ces libertés peut justifier une restriction à l'exercice effectif des droits fondamentaux.

Afin que les syndicats puissent exercer efficacement leurs droits collectifs sans que cet exercice soit entravé dans la pratique, [...] il convient de rappeler que, [...], une action collective est présumée ne pas

359 A. M. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the council of Europe*, op. cit., p.p. 399-400.

360 M. ROCCA, « A clash of kings: The European Committee of Social Rights on the 'Lex Laval' ... and on the EU framework for the posting of workers », op. cit., p 231.

constituer une violation de la liberté d'établissement ou de la libre prestation des services. Cela ne préjuge pas de la conformité de l'action collective aux législations et aux pratiques nationales.³⁶¹

4. Méthode d'interprétation conforme aux standards internationaux.

Quatrième hypothèse, celle proposée par Filip Dorssemont dans la continuité du travail de Brian Bercusson. Cete hypothèse se base sur l'arrêt de la Cour eur. D. H. plusieurs fois cité dans cet article, *Demir et Baykara c. Turquie* et « sa révolution judiciaire »³⁶². La clé de cette révolution est la méthode utilisée par la Cour, méthode qui avait été en son temps proposée par B. Bercusson à la CJUE, méthode d'interprétation conforme aux standards en droit international du travail³⁶³. La CJUE n'a pas encore franchi le pas. Peut-être finira-t-elle par le faire sous l'impulsion de la Cour eur. D. H. et, à son image, re-balancer son articulation entre les droits sociaux et les libertés économiques.

Cette solution suppose un changement de jurisprudence de la part de la CJUE, un retour sur ses décisions du *Quatuor Laval*. C'est donc la juridiction qui est à l'origine du problème qui dispose des cartes pour le résoudre. Dans l'état actuel des choses, il n'y a pas d'indice qui laisserait à penser que la Cour a l'intention de revenir sur sa jurisprudence, mais tout reste possible, les revirements de jurisprudence font partie de la vie d'une juridiction.

5. Transformation d'une situation de pluralisme antagoniste à un pluralisme complémentaire

Si nous reprenons notre analyse de départ du pluralisme juridique *in abstracto* et que nous l'appliquons *in concreto* à la problématique abordée dans cet article, nous pouvons qualifier d'antagoniste et d'intégrée la situation actuelle de conflit entre les libertés d'établissement et de prestation de service et le droit de mener une action collective. Antagoniste car les mécanismes juridiques – à savoir la jurisprudence *Laval – Viking* et la Charte sociale européenne et les Conventions n° 87 et 98 de l'OIT – s'opposent entre eux, d'où la naissance du conflit. Intégré d'autre part puisque les points de rencontre entre les deux situations juridiques sont nombreux. Les objets des mécanismes sont les mêmes, les sujets sont également semblables (à tout le moins en partie), ainsi que le champ d'application territorial.

Pour parvenir à une situation de pluralisme complémentaire, la solution serait peut-être de recommencer au début et de reprendre les négociations, non plus entre les différents Etats qui ont créé les organisations internationales mais entre ces organisations elle-mêmes. L'objectif de ces éventuelles nouvelles négociations serait de définir un cadre précis et surtout identique dans les matières visées. Ce cadre comprendrait la définition et les notions d'interprétation des différents droits sociaux et des libertés économiques et des règles permettant de les articuler entre eux. Telle proposition suppose la volonté dans le chef des négociateurs de parvenir à une solution et d'accepter de faire des compromis sur leurs positions respectives.

Le mémorandum entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe pourrait servir d'exemple ou de base pour ces négociations. L'objectif de ce document était celui de la coopération et, pour y parvenir, les priorités sont énoncées : droits de l'homme et libertés fondamentales, prééminence du droit, coopération juridique et

361 Proposition de Règlement de Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, Bruxelles, le 21.3.2012 COM(2012) 130 final 2012/0064 (APP), p. 13.

362 F. DORSEMONT, « How the European Court of Human Rights gave us *Enerji* to cope with *Laval* and *Viking* », *op. cit.*, pp. 220.

363 *Ibid.*, p. 220.

réponses aux nouveaux défis, démocratie et bonne gouvernance, stabilité démocratique, dialogue interculturel et diversité culturelle, éducation, jeunesse et promotion des contacts humains et enfin, cohésion sociale. Chacun de ces objectifs est ensuite développé, créant de cette manière une feuille de route claire et précise. Le texte termine en décrivant les modalités qui rendront cette coopération effective. Malheureusement, il fut signé le 23 mars 2007 par les représentants de l'Union européenne et le 11 mai 2007 par ceux du Conseil de l'Europe, à savoir quelques mois avant la jurisprudence *Viking-Laval*. Les espoirs que pouvait contenir ce mémorandum pour les droits sociaux sont donc quelque peu brisés par ces décisions. Toutefois, rien n'empêche le Conseil de l'Europe et l'Union européenne d'adopter un nouveau mémorandum et d'assumer ce pluralisme juridique à la base duquel ils se trouvent.

L'évolution de la situation actuelle vers celle d'un pluralisme négocié pourrait entraîner « la coexistence plus ou moins pacifiques des ordres juridiques »³⁶⁴ sans qu'il ne soit nécessaire de mettre en place une hiérarchie entre ces différentes institutions.

Que ce soit via l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme et même à la Charte sociale européenne, via une réponse du législateur européen, via des négociations entre les différentes institutions, l'espoir de résolution reste le même, celle d'un système cohérent entre ces différents instruments émanant de diverses acteurs sur la scène internationale en matière de droits sociaux.

³⁶⁴ J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowanville, Yvon Blais, 1998, p. 243, cité par J. VANDERLINDEN, « A la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 284.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

Monographies

- BELLEY J.-G., *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowanville, Yvon Blais, 1998.
- BERCUSSON B., *Labour law and Social Europe*, Brussels, European Trade Union Institute, 2009.
- BERRAMDANE A., ROSSETTO J., *Droit de l'Union européenne, Institutions et ordre juridique*, 2^e ed., L.G.D.J., Paris, Lextenso éditions, 2013.
- BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, G. Giappichelli, 1960.
- BÜCKER A., WARNECK W., *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, Baden-Baden, Nomos, 2011.
- CARTOU L., CLERGERIE J.-L., GRUBER A., RAMBAUD P., *L'Union européenne*, 5^e ed., Paris, Dalloz, 2004.
- GUINCHARD S., VINCENT J., *Procédure civile*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2003.
- HOOKE M. B., *Legal Pluralism : an Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon, 1975.
- KLABBERS J., *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- NIVARD C., *La justiciabilité des droits sociaux*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- RODIÈRE P., *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J., Paris, Lextenso Editions, 2008.
- SALMON J., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- SERVAIS J.-M., *Normes internationales du travail*, Paris, L.G.D.J., 2004.
- SERVAIS J.-M., *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- SWIATKOWSKI A. M., *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2007.
- THOUVENIN J.-M., TREBILCOCK A., *Le droit international social: Droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- VANDERLINDEN J., *Les pluralismes juridiques*, Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2013.

Ouvrages collectifs

- AKANDJI-KOMBÉ J.-F., « Chapitre 4, L'applicabilité *ratione personae* de la Charte Sociale Européenne : ombres et lumières », in *The European Social Charter : A social constitution for Europe*, (sous la dir. de O. DE SCHUTTER), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 79-94.

BARNARD C., « Internal market V. Labour market : a brief history », in *European Union internal market and labour law : friends of foes ?*, (M. DE VOS eds.), Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2009.

ANDOR L., PIESBALGS A., « Foreword by the european commissioner for employment, social affairs and inclusion and the european commissioner for development », in *The ILO and the EU, partners for decent work and social justice, Impact of then years of cooperations*, Belgium, Publications of the International Labour Organization, 2012, pp. 5-6.

DECAUX E., « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit ? », in *Le dialogues des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 217-232.

DE SCHUTTER O., « Chapitre 1, The two lives of the European Social Charter », in *The European Social Charter : A social constitution for Europe*, (sous la dir. de O. DE SCHUTTER), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 11-38.

DE SCHUTTER O., « Chapitre 5, Le rôle de la Charte Sociale Européenne dans le développement du droit de l'Union européenne », in *The European Social Charter : A social constitution for Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 95-146.

DORSEMONT F., « The right to take collective action v. Fundamental economic freedoms in the aftermath of *Laval* and *Viking*, Foes are forever ! », in *European Union internal market and labour law : friends of foes ?*, (M. DE VOS eds.), Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2009, p. 56.

DORSEMONT F., « How the European Court of Human Rights gave us *Enerji* to cope with *Laval* and *Viking* », in *Before and After the Economic Crisis, What Implications for the 'European Social Model' ?*, (M.-A. MOREAU ed.), Cheltenham, Northampton, Edward Edgard, 2011, pp. 217-235.

DUMONT D., « Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour », in *Les sources du droit revisitées*, (sous la dir. de I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD., F. OST. et M. VAN DE KERCHOVE), vol. 1, Normes internationales et constitutionnelles, Limal-Bruxelles, Arthémis – Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2013, pp. 329-376.

EVJU S., « The European Social Charter », in *The Council of Europe and the Social Challenges of the XXIst Century*, (R. BLANPAIN ed.), Deventer, Kluwer Law International, 2001, pp. 19-32.

LADENBURGER C., « Fundamental Rights and Citizenship of the Union », in *Genèse et destinées de la Constitution européenne*, (sous la dir. de G. AMATO et al.), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 311-364.

LE ROY E., « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, (sous la dir. de A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, R. JANDA ET G. ROCHER), Montréal-Bruxelles, Thémis-Bruylant, 1998, pp. 29-44.

MACDONALD R. A., « Here, There ... and Everywhere – Theorizing Legal Pluralism, Theorizing Jacques Vanderlinden », in *Etudier et enseigner le droit – Hier, aujourd'hui et demain*, (sous la dir. de L. CASTONGUAY et N. KASIRER), Cowansville, Yvon Blais, 2006, pp. 381-413.

MICHAUX A.-V., « Chapitre 5 – Hiérarchie des sources », in *Eléments de droit du travail*, Bruxelles, Larcier,

2010, pp. 99-110.

OST F., VAN DE KERCHOVE M., « Chapitre 1. Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, (sous la dir. de L. De BOY., J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR), Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 13-38.

PICARD L., « Des droits sociaux universels ? Le rôle de l'Organisation internationale du travail dans la mise en oeuvre des droits sociaux », in *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, Défis à l'échelle mondiale*, (sous la dir. de N. ALIPRANTIS), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 143-157.

RAIMONDI G., TREBILCOCK A., « Sous-section 2 – OIT, § 1. Cadre constitutionnel », in *Le droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 240-286.

SACHS-DURAND C., « Comparaison de la Charte Sociale Européenne et des règles sociales de l'Union européenne », in *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, Défis à l'échelle mondiale*, (sous la dir. de N. ALIPRANTIS), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 253-265.

VANDERLINDEN J., MORÉTEAU O., « Théorie générale du droit et philosophie du droit », in *La convergence des systèmes juridiques au 21^e siècle, Rapports généraux du XVI^e Congrès International de droit comparé*, Bruxelles Bruylant, 2006, pp. 167-240.

VANDERLINDEN J., « A propos des effectivités et des pluralismes juridiques dans le contexte de droits économique », in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, (sous la dir. de L. De BOY., J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR), Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 39-73.

Périodiques

AUBERT-MONPEYSSEN T., « Une justiciabilité accrue de la Charte sociale européenne », *Journal de droit européen*, 2011, pp. 166-170.

BAILEUX A., « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *TSR RDS*, 2014/3, pp. 282-308.

BENOIT-ROHMER F., « A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005 : L'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *Rev. trim. dr. h.*, 64/2005, pp. 827-853.

BERCUSSON B., OMARJEE I., « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne ? », *Revue de droit du travail*, n°2, 2008, pp. 74-79.

BERLORGEY J.-M., « La Charte Sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation (1961-2011), le Comité européen des droits sociaux : esquisse d'un bilan », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, pp. 787-806.

CULLEN H., « The Collective Complaints System of the European Social Charter : Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights », *Human Rights Law Rev.*, 9 :1, 2009, pp. 61-93.

LA ROSA A.-M., « L'OIT, la liberté syndicale et le droit international », *Revue belge de droit international*, 2000/1, pp. 7-11.

- MACDONALD R. A., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *R.D.U.S.*, 2002-03, pp. 134-152.
- MALMBERG J., « Les répercussions des arrêts de la CJE dans les affaires Viking, Laval, Rüffert et Luxembourg sur la pratique de la Convention collective et l'efficacité de l'action sociale », *Direction générale des politiques internes, Département thématique, Politiques économiques et scientifiques*, Bruxelles, Parlement européen, 2010, pp.1-25.
- MALMBERG J., « Trade union liability for 'EU-unlawful' collective action », *European Labour Law Journal*, Vol. 3, 2012, n°1, pp. 5-18.
- MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J., « Le droit à la négociation collective, 'partie inséparable' de la liberté syndicale », *J.C.P.*, 2007, pp. 10038.
- MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J., « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *Rev. dr. tr.*, janvier 2008, pp. 16-21.
- MERRY S. E., « Legal pluralism », *Law & Society Review*, 1988, pp. 869-896.
- NIVARD C., « Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires », *Rev. Trim. Dr. H.*, 2008, p. 1191-1207.
- Office des publications de l'Union européenne, 17 avril 2014, *Chartes des droits fondamentaux*, Summary code : 13.01.02.00 , Code répertoire : 01.10.00.00.
- RENUCCI J.-F. et BRISAN C., « La Cour européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne : les liaisons dangereuses », *Recueil Dalloz*, n°6, 2007, pp. 410-412.
- RENUCCI J.-F., « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », *La Semaine Juridique*, Ed. G., n°11, 14 mars 2007, pp. 3-4
- ROCCA M., « A clash of kings: The European Committee of Social Rights on the 'Lex Laval' ... and on the EU framework for the posting of workers », *European Journal of Social Law*, 2013 - 3, pp. 217-232.
- SERVAIS J.-M., « Les normes de l'OIT au XXI^{ème} siècle : légitimité, effectivité, *TSR RDS*, 2012, pp. 103-131.
- STANGOS P., « Les rapports entre la Charte Sociale européenne et le droit de l'Union européenne, Le rôle singulier du comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence », *Cahiers de droit européen*, N- novembre 2013, n°2/2013, pp. 319-393.
- SUDRE F., « Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamation collective », *R.G.D.I.P.*, vol. 100, n°3, 1996, pp. 715-739.
- TAMANAH B. Z., « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, 2000, pp. 296-321.
- VALTICOS N., « Les méthodes de protection internationale de la liberté syndicale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 1, 1975, pp. 77-138.

VAN DROOGHENBROECK S., « Les frontières du droit et le temps juridique : La Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », *Rev. trim. dr. h.*, 2009/79, pp. 811-849.

Sites internet

J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, La décision « anti-Laval & Viking du Comité européen des droits sociaux », Commentaire sur son blog personnel, <http://jfakiblog.com>.

L'OIT : ses origines, son fonctionnement, son action, <http://www.ilo.org>.

Organisation Internationale du Travail, Dépliant d'informations sur l'OIT, 1^{er} juin 2015, <http://www.ilo.org>.

Site officiel du Conseil de l'Europe: <http://conventions.coe.int/>

Législation

Conseil de l'Europe

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

Charte Sociale Européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, approuvée par la loi du 11 juillet 1990, *M.B.*, 28 décembre 1990, p. 3312.

Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives adopté à Strasbourg le 9 novembre 1995, approuvé par le décret du 25 février 1999 du Conseil régional wallon, *M.B.*, 11 mars 1999, p. 28437.

Charte Sociale Européenne révisée signée à Strasbourg le 3 mai 1996, approuvée par le décret du 4 décembre 2003 du Conseil régional wallon, *M.B.*, 16 décembre 2003, p. 64622.

Règlement du Comité européen des droits sociaux du 29 mars 2004.

Union européenne

Traité instituant la Communauté économique européenne signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *M.B.*, 25 décembre 1957, p. 9180.

Acte unique européen, et Acte final, avec vingt Déclarations, signés à Luxembourg le 17 février 1986 et à la Haye le 28 février 1986, approuvé par la loi du 7 août 1986, *M.B.*, 28 janvier 1987, p. 1164.

Traité instituant une Constitution pour l'Europe, signé le 29 octobre 2004 (non en vigueur).

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne signé le 13 décembre 2007 à Lisbonne, approuvé par la loi du 19 juin 2008, *M.B.*, 19 février 2009, p. 15048, art. 6.

Traité sur l'Union européenne (version consolidée), C-326/13, *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, C-326/47, *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, C-326/339, *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012.

Dir. 77/187/CC du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissement, *J.O.*, L-61 du 5 mars 1977. Modifiée par la dir. 98/50/CE du Conseil (*J.O.*, L-201 du 17 juillet 1998, p. 88) et codifiée par la dir. 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissement ou de parties d'établissement (*J.O.*, L-082 du 22 mars 2001, p. 16).

Programme de travail de la Commission 1985, *Bull. Ce.*, Suppl. 4/85.

Organisation Internationale du Travail

Constitution de l'Organisation Internationale du Travail signée à Genève entre janvier et avril 1919.

Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical signée à San Francisco le 9 juillet 1948.

Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective signée à Genève le 1^{er} juillet 1949.

Règlement de la Conférence internationale du Travail de l'Organisation Internationale du Travail.

Autres instruments internationaux

Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels conclu le 16 décembre 1966.

The American Convention on Human Rights ("Pact of San José, Costa Rica"), November 22 1969.

Additional protocol to the American Convention on Human Rights in the area of economic, social and cultural rights, «Protocol of San Salvador », November 17, 1988

Jurisprudence

Conseil de l'Europe

Cour européenne des droits de l'homme

Cour eur. D. H., arrêt Golder c. Royaume-Uni du 21 février 1975, <http://www.echr.coe.int>.

Cour eur. D. H., arrêt Sigurdur A. Sigurjónson c. Islande du 30 juin 1993, <http://www.echr.coe.int>.

Cour eur. D. H., arrêt *Bosphorus Hava Yllari Turzim Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* du 30 juin 2005, <http://www.echr.coe.int>.

Cour eur. D. h., arrêt *Sørensen et Rasmussen c. Danemark* du 11 janvier 2006, *Recueil des arrêts et jugements*, 2006-I.

Cour eur. D. H., arrêt *Bartik c. Fédération de Russie* 21 décembre 2006, <http://www.echr.coe.int>.

Cour eur. D. H., arrêt *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (ASLEEF) c. Royaume-Uni* du 27 février 2007, <http://www.echr.coe.int>.

Cour eur. D. H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, <http://www.echr.coe.int>.

Cour eur. D. H., arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie* du 21 avril 2009, <http://www.echr.coe.int>.

Comité économique des droits sociaux

C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 4 novembre 2003, *Association internationale Autisme-Europe c. France*, Réclamation collective n°13/2002.

C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 7 septembre 2004, *Fédération Internationale des Ligues de Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, Réclamation collective n°14/2003.

C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 12 octobre 2004, *CFE-CGC c. France*, Réclamation collective n°16/2003.

C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 6 décembre 2006, *Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) c. Grèce*, Réclamation collective n° 30/2005.

C.E.D.S., Décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010, *Confédération générale du Travail (CGT) c. France*, Réclamation collective n°55/2009.

C.E.D.S., Décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, Réclamation collective n° 85/2012, § 73.

Autres organes

C.E.I., Conclusions I, Observation interprétative, article 5, p. 32,

Comm. eur. D. H., (*Cheall c. Royaume-Uni*), 13 mai 1985, *D.R.* 42, p.

Union européenne

Cour de justice de l'Union européenne

C.J.U.E., 5 février 1963, (*Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*), 22-62, *Rec. C.J.C.E.*, 1963, p. 7.

CJCE, 15 juillet 1964, (Costa c. E.N.E.L.), 6-64, *Rec. C.J.C.E.*, 1964, p. 1149.

C.J.C.E., 12 décembre 1974, (Walrave et Koch), C-36/74, *Rec. C.J.C.E.*, 1974 p. 1405.

C.J.C.E., 28 octobre 1975, (Rutili c. Ministre de l'Intérieur), C-36/75, *Rec. C.J.C.E.*, 1975, p. 1120.

C.J.C.E., 8 avril 1976, (Defrenne c. Sabena), C-43/75, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1993.

C.J.C.E., 13 décembre 1979, (Hauer c. Land Rheinland-Pfalz), C-44/79, *Rec. C.J.C.E.*, 1979, p. 3727.

C.J.C.E., 20 février 1979, (Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), C-120/78, *Rec. C.J.C.E.*, 1979, p. 649.

C.J.C.E., 14 juillet 1981, (Procédure relative à des amendes contre S. Oebel), C-155/80, *Rec. C.J.C.E.*, 1981, p. 1993.

C.J.C.E., 17 décembre 1981, (Webb), C-279/80, *Rec. C.J.C.E.*, 1981, p. 3305.

C.J.C.E., 10 juillet 1984, (Regina c. Kent Kirk), C-63/83, *Rec. C.J.C.E.*, 1984, I, p. 2689.

C.J.C.E., 15 mai 1986, (Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary), C-222/84, *Rec. C.J.C.E.*, 1986, I, p. 1651.

C.J.C.E., 29 septembre 1987, (F. R. Giménez Zaera), C-126/86, *Rec. C.J.C.E.* p. 3697.

C.J.C.E., 18 mai 1989, (Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne), C-249/86, *Rec. C.J.C.E.*, 1989, I, p. 1263.

C.J.C.E., 18 juin 1991, (Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contre Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres), C-260/89, *Rec. C.J.U.E.*, 1991, p. I-2925.

C.J.C.E., 9 décembre 1997, (Commission c. République de France), C-265/95, <http://www.curia.europa.eu>.

C.J.C.E., 12 juin 2003, (Eugen Schmidberger c. République d'Autriche), C-112/00, <http://www.curia.europa.eu>.

C.J.C.E., 6 novembre 2003, (Bodil Lindqvist), C-101/01, <http://www.curia.europa.eu>.

C.J.C.E., 11 décembre 2007, (International Transport Workers's Federation Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti), C-438/05, <http://www.curia.europa.eu>.

C.J.C.E., 18 décembre 2007, (Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet), C-341/05, <http://www.curia.europa.eu>.

C.J.U.E., 24 janvier 2013, (Stanleybet International Ltd c. Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon), C-186/11, <http://www.curia.europa.eu>.

C.J.U.E., 22 mai 2014, (Glatzel), C-356/12, pas encore publiée.

Conclusions générales

Conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs, C.J.C.E., 21 septembre 1999, Albany International BV, C-67/96, *J.O.U.E.*, p. I-5751.

Commission

Mémorandum d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, <http://www.coe.int>, 2007.

Proposition de Règlement de Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, Bruxelles, le 21.3.2012 COM(2012) 130 final 2012/0064 (APP), p. 13.

Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapport 2013 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 14 avril 2014, COM(2014) 224 Final, 52014DC0224, Bruxelles, p. 2.

Organisation Internationale du Travail

Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations (2010), ilolex, n° 06210GBR087.

Bureau international du Travail, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III (Partie A), Bulgarie*, Conférence internationale du Travail, 101^e session, Genève, 2012.

Bureau international du Travail, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III (Partie A), Allemagne*, Conférence internationale du Travail, 101^e session, Genève, 2012.

International Labour Office, Joint Conclusions of the 11th High Level Meeting between the International Labour Office and the European Commission, of the 10 and 11 April of 2014, <http://www.ilo.org>.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

