

Pour un renouvellement de la jurisprudence de la Cour EDH relative à la liberté d'expression syndicale

Ou la liberté d'expression syndicale, fille de la liberté syndicale (1)

par Jean-François AKANDJI-KOMBÉ,
Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Caen (1 bis)

PLAN

- I. La liberté d'expression syndicale dans la jurisprudence : une liberté errante
 - A. Une problématique de protection plurielle
 - B. Une consistance jurisprudentielle erratique
- II. La liberté syndicale, ancrage potentialisateur
 - A. D'une protection restreinte hors la liberté syndicale...
 - B. ... à une protection renforcée sur le fondement de la liberté syndicale ?

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2) laisse assez peu de place au doute quant au fait que la liberté d'expression syndicale est bien protégée par la Convention européenne des droits de l'Homme (2 bis). Des observateurs parmi les plus affûtés de l'œuvre de la Cour avaient toutefois justement relevé, à l'occasion de l'arrêt *Aguillera Jimenez* (2 ter), combien le droit ainsi mis à jour fait encore figure de « *parent pauvre de la démocratie* » (3). Cette affaire concernait l'expression de salariés syndiqués, via la presse syndicale. La Cour avait décidé de se placer, pour l'examen des griefs des requérants, sur le terrain de l'article 10 de la Convention, et avait appliqué un contrôle standard, très en deçà des exigences fortes de sa jurisprudence lorsqu'est en cause la liberté d'expression des journalistes ou la liberté de la presse. La conclusion s'imposait alors d'elle-même : aux yeux de la Cour, les syndicats ne méritent pas d'accéder à la dignité de « chien de garde de la démocratie » à l'instar des journalistes.

Tout en partageant les conclusions de ces fins connaisseurs de la jurisprudence européenne sur le caractère timoré de la démarche de la Cour, il nous semble que celle-ci est le signe d'un défaut de perspective plus préoccupant encore. Elle est, pensons-nous, révélatrice d'une conception éthérée de la démocratie qui laisse hors de son règne la démocratie sociale. On peut le déplorer intellectuellement. Mais on doit surtout souligner ce qu'elle a de concrètement et humainement dramatique par les temps de crise économique et sociale que nous traversons. Parce qu'elle signifie que l'expression syndicale qui a depuis l'origine été tenue, un peu à la manière des libertés d'association et d'expression dans la société politique, comme un des moyens de garantie des droits (sociaux), se trouve abandonnée aux lourdes menaces qui pèsent sur elle, et les droits sociaux avec elle. Parce que pareille conception montre aussi qu'alors qu'on avait cru avoir avancé à cet égard, l'idée européenne de démocratie manque encore, au moins pour partie, de sa chair sociale.

(1) Le présent texte a été rédigé pour les Mélanges en l'honneur du Professeur Nikitas Aliprantis, dans lesquels il paraîtra sous peu. Les coordinateurs de ces Mélanges ont bien voulu donner leur accord à la présente publication. Qu'ils en soient remerciés.

(1 bis) L'auteur est par ailleurs codirecteur du Département Droit social de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne et coordinateur général du Réseau académique européen sur les droits sociaux.

(2) ci-après « Cour » ou « Cour EDH ».

(2 bis) ci-après « Convention » ou « CEDH ».

(2 ter) 8 déc. 2009.

(3) J.-P. Marguénaud et J. Mouly : « La liberté d'expression syndicale, parent pauvre de la démocratie », Recueil Dalloz 2010, p. 1456 ; add. B. Palli, Dr. Ouv. 2010 p.281.

L'orientation qui sera prise ici n'a pas à voir avec l'idée que l'on se fait de la liberté d'expression. Pas de prime abord. Elle serait plutôt la résultante d'une certaine compréhension de la liberté syndicale telle qu'elle est consacrée par l'article 11 de la Convention.

Il sera considéré ici que la liberté d'expression syndicale doit être regardée comme une des composantes de la liberté syndicale telle que garantie par cet article ; que ce lien se déduit nécessairement de ce que la première procède de la finalité que la Convention elle-même fixe à la seconde ; qu'en effet l'article 11 ne se borne pas à protéger le « *droit [de toute personne] de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats* », il assigne aussi à ce droit un but qui est la défense des intérêts des membres du syndicat et, au delà, des intérêts professionnels ; qu'à cet égard la liberté d'expression syndicale ne se présente pas différemment des autres

moyens d'action des syndicats, tels que la grève et la négociation collective, qui sont désormais reconnus par la Cour EDH et rattachés à l'article 11 ; et qu'enfin ce rattachement est nécessaire si l'on veut assurer à la liberté ici considérée une protection efficace, laquelle est hors de portée des dispositions conventionnelles relatives à la liberté d'expression (art. 10) et de réunion pacifique (article 11, première proposition), étant observé que ce niveau de protection déterminera en retour la valeur conférée à la liberté syndicale dans le processus d'édification de la société démocratique européenne.

La jurisprudence européenne n'abonde précisément pas en ce sens. A regarder la liberté d'expression syndicale au prisme des fondements qui lui sont assignés par le juge, elle ferait plutôt figure de liberté en errance (I). Et à considérer la portée qui lui est attribuée sur ces bases, on ne peut s'empêcher de penser qu'il en irait différemment, et mieux, sur le terrain de l'article 11 de la Convention (II).

I. La liberté d'expression syndicale dans la jurisprudence : une liberté errante

Ce qui frappe d'emblée à l'observation de la jurisprudence de la Cour EDH, c'est la diversité des perspectives dans lesquelles se trouve abordée la liberté d'expression syndicale. Parfois elle est rattachée, il est vrai, à la liberté syndicale, dimension particulière de la liberté d'association (art. 11). Mais c'est à la liberté d'expression (art. 10) et/ou à la liberté de réunion (art. 11) qu'elle est principalement associée.

Le choix de tel fondement juridique plutôt que tel autre, on s'en doute, n'est pas neutre. Il donne nécessairement au droit en cause une certaine coloration et en fixe un certain contour. Pour les connaître, le mieux est encore de se reporter aux espèces jugées par la Cour.

A. Une problématique de protection plurielle

Article 10 – Liberté d'expression.

C'est d'abord de la protection due à la liberté d'expression que la liberté d'expression syndicale tire sa fortune conventionnelle.

Dans les affaires *Aguilera Jimenez et a. c. Espagne* (4) et *Papaioanopol c. Roumanie* (5), c'est au regard du seul article 10 que la Cour, suivant en cela les requérants, a décidé d'examiner les griefs. Dans la première espèce les requérants, membres de la commission exécutive d'un syndicat, avaient été licenciés pour faute grave à raison de propos « *rudes et grossiers* » tenus dans des articles relatifs à une procédure contentieuse opposant ledit syndicat à l'employeur, publiés dans le journal du syndicat et exposés dans l'entreprise sur le tableau d'affichage de cette organisation. Dans la seconde, c'est un journaliste, par ailleurs leader syndical dans l'enseignement, condamné au paiement de dommages et intérêts au directeur du Lycée où il enseignait pour atteinte à la réputation et à la dignité de celui-ci, qui contestait cette décision. L'atteinte procédait, selon les juges internes, d'un article publié par l'intéressé dans son journal dénonçant les méthodes « *dictatoriales* » de la direction de l'établissement.

Dans les affaires *Palomo Sanchez et autres c. l'Espagne* (6), d'une part, et *Vellutini et Michel c.*

(4) prec.

(5) 16 juin 2010.

(6) 12 sept. 2011, Dr. Ouv. 2012 p.380 n. V. Lacoste-Mary.

France (7), d'autre part, c'est encore sur le terrain de l'article 10, mais lu cette fois-ci à la lumière de l'article 11, que la juridiction européenne a choisi de se placer. Dans l'affaire *Palomo Sanchez* les requérants contestaient la décision par laquelle ils avaient été licenciés pour faute grave et la confirmation judiciaire de celle-ci. Il s'agissait de salariés qui, après des démêlés judiciaires répétés avec leur employeur pour des motifs liés à leur statut au travail, conflits dans lesquels des responsables de leur syndicat initial avaient témoigné contre eux, avaient fondé leur propre syndicat et engagé une procédure judiciaire contre leur licenciement. La faute grave consistait en l'occurrence en la publication d'une caricature, « vulgaire » et « de mauvais goût » diront les juges dissidents dans cette affaire, représentant notamment le directeur des ressources humaines de l'entreprise et « informant » d'un jugement qui leur était favorable. Le contexte de l'affaire *Vellutini* est, quant à lui, celui de fonctionnaires municipaux condamnés pour diffamation. Agissant en leur qualité de dirigeants du syndicat de la police municipale, ceux-ci avaient pris fait et cause pour un collègue dans un litige qui l'opposait à son employeur, maire de la commune, à propos du décompte de ses heures supplémentaires, et ils avaient, par le moyen d'un tract distribué à la population, dénoncé l'acharnement de ce maire sur ladite collègue. C'est ce que les juges internes avaient sanctionné.

Article 11 – Liberté de réunion. Les affaires dans lesquelles la problématique de la liberté de réunion a été préférée à celle de la liberté syndicale concernent toutes des manifestations.

L'affaire *Karaçay c. Turquie* (8) est caractéristique de la démarche suivie par la Cour dans ce type d'affaires. Elle concernait un agent de l'administration membre d'un syndicat qui, pour avoir participé à des actions, dont une manifestation organisée par son syndicat pour la défense des revendications salariales des fonctionnaires, s'était vu infliger une sanction disciplinaire consistant en un avertissement. Devant la Cour il invoqua l'article 11 en se prévalant de sa liberté syndicale. La Cour accepta certes d'examiner le grief sous l'angle de cet article et sembla même, dans un premier temps, se placer sur le terrain de la liberté syndicale. Mais elle devait rapidement le quitter pour examiner l'affaire essentiellement sous l'angle de la liberté de réunion. En effet elle a estimé, en s'appuyant sur l'arrêt *Ezelin c. France* (9) qu'en se joignant à la manifestation, « le requérant usa de sa

liberté de réunion pacifique » (§ 36), de sorte que le contrôle de proportionnalité auquel il y a lieu de procéder en l'espèce doit être réalisé « eu égard à la place éminente de la liberté de réunion pacifique » (§ 37).

C'est le même raisonnement que tint ensuite la Cour dans l'affaire *Urcan c. Turquie* (10). Des enseignantes syndicalistes, qui avaient participé à des journées nationales de grève pour la défense des conditions de travail des enseignants de la fonction publique, avaient été condamnées à une peine d'emprisonnement et au versement d'une amende pénale pour abandon collectif de leur poste de travail. La Cour, alors même que les requérantes soutenaient que ces sanctions avaient été prises en violation de leur liberté syndicale, n'examina l'affaire que du seul point de vue de la liberté de réunion.

L'affaire *Barraco c. France* (11) est encore du même ordre. Trois camionneurs qui participaient, sur l'autoroute, à une « opération escargot » avaient fait l'objet de poursuites pénales qui débouchèrent sur une condamnation en application du code de la route. Or l'opération en question participait d'une journée nationale revendicative à laquelle avait appelé l'intersyndicale des transports routiers et avait fait l'objet d'un préavis déposé par ladite intersyndicale. Aussi M. Baracco, saisissant la Cour européenne, avait-il jugé opportun de fonder sa requête sur les articles 10 et 11 CEDH pris séparément ou ensemble. Or, la Cour prendra le parti de se fonder sur l'article 11 seul, sans référence à la liberté syndicale. Les griefs du requérant furent alors examinés exclusivement sous l'angle de la liberté de réunion, la juridiction européenne estimant que « s'agissant d'une manifestation sous la forme de rassemblement et de défilé, la liberté de pensée et la liberté d'expression s'effacent derrière la liberté de réunion pacifique » (§ 26 de l'arrêt).

Article 11 – Liberté syndicale. Il existe tout de même quelques affaires, récentes, dans lesquelles la liberté d'expression syndicale est rattachée à la liberté syndicale.

C'est le cas de l'affaire *Sisman et autres c. Turquie* (12) où des fonctionnaires du ministère des Finances qui, en leur qualité de membres du conseil d'administration d'un syndicat, s'étaient aventurés à coller hors des panneaux réservés aux informations syndicales des affiches invitant à une manifestation

(7) 6 oct. 2011, Dr. Ouv. 2012 p.382 n. V. Lacoste-Mary.

(8) 27 juin 2007.

(9) 26 avr. 1991.

(10) 17 juil. 2008.

(11) 5 juin 2009.

(12) 27 sept. 2011.

le 1er mai, s'étaient vus infliger des sanctions disciplinaires.

C'est le cas encore, de manière plus significative eu égard à la motivation de l'arrêt, dans l'affaire *Syndicat de la police de la République slovaque et autres c. Slovaquie* (13). Des responsables de ce syndicat, à la suite d'une manifestation organisée par celui-ci en protestation contre des mesures touchant à la protection sociale des policiers, et au cours de laquelle il était appelé à la démission du gouvernement, avaient fait l'objet de mesures de mutation et de rétrogradation de la part du ministre de l'Intérieur. Celui-ci leur reprochait d'avoir organisé une manifestation politique et, ce faisant, d'avoir manqué à la déontologie de leur corps. Devant la Cour, les requérants alléguaient de la violation des articles 10 et 11 de la Convention. Le juge européen décida d'examiner l'affaire sous l'angle de la seule liberté syndicale, estimant non seulement que les opinions et la liberté d'expression telles qu'elles sont protégées par l'article 10 figurent parmi les objectifs de la liberté de réunion et d'association consacrées par l'article 11, mais aussi et surtout que, eu égard aux effets des mesures et menaces ministérielles sur la position et les activités des syndicats, l'article 11 doit, en tant que *lex specialis*, être privilégié, en étant néanmoins interprété à la lumière de l'article 10 (14).

Force est de noter que de ce tour d'horizon des perspectives de protection concrète de la liberté d'expression syndicale, il ressort un dessin plutôt incertain et fractionné des contours de celle-ci et de son contenu.

B. Une consistance jurisprudentielle erratique

La jurisprudence est, il est vrai erratique, quant à la consistance même de la liberté d'expression syndicale. Il est toutefois possible de la ramener, pour mieux en saisir les lignes de force, à deux propositions.

L'expression syndicale protégée par la Convention semble se rattacher essentiellement aux moyens d'action sociale du syndicat.

C'est ce qui ressort du rapprochement des arrêts précédemment examinés d'avec ceux qui se rapportent à la liberté syndicale à proprement parler.

Ce qui frappe dans les premiers, c'est qu'il n'y est pas question d'expression syndicale et, encore moins, de liberté d'expression syndicale, sauf dans une opinion dissidente (celle des juges Tulkens, David Thor Björgvinsson, Jociene, Popovic et Vucinic) sous l'arrêt *Palomo Sanchez*. La Cour considère pour sa part, dans la même affaire, que ce qui est en cause, c'est la « liberté d'expression des salariés » ou encore la liberté d'expression « dans le cadre de la relation de travail » (§§ 75-76). Dans l'affaire *Vellutini* (§ 44), c'est de « droit à la liberté d'expression (des requérants) en leur qualité de représentants syndicaux » qu'il s'agit, selon la juridiction européenne, et dans l'affaire *Urcan*, du « droit d'exprimer ses vues à travers [la liberté de réunion] » (§ 32).

Cette prudence de la Cour tranche d'avec la franche assurance que reflète, du point de vue qui intéresse ici, la jurisprudence relative au droit de négociation collective et au droit de grève. Dès ses premiers arrêts, et alors même que, comme on sait, le juge européen se refusait encore à voir dans ces droits des composantes de la liberté syndicale, il apparaît clairement qu'elle les considérait néanmoins comme des moyens d'expression des syndicats. C'est ainsi que, dans l'affaire *Syndicat national de la police belge c. Belgique* (15), elle jugea que l'article 11 de la Convention confère « aux membres d'un syndicat le droit à ce qu'il soit entendu », ce qui implique que celui-ci puisse agir, notamment à travers des mécanismes de consultation. C'est ce que sont venus confirmer avec éclat les arrêts les plus récents, dont l'arrêt *Wilson, national union of journalists et a c. Royaume-Uni* (16). La Cour y décrit le lien qui rattache le droit d'action collective, dont le droit de grève, à la liberté syndicale dans des termes particulièrement éloquentes. « Il est », estime-t-elle, « de l'essence du droit des salariés d'adhérer à un syndicat pour la protection de leurs intérêts qu'ils soient libres de demander ou de permettre à leur syndicat de communiquer des revendications à leur employeur ou d'entreprendre en leur nom des actions pour protéger leurs intérêts ». Autrement dit, il est de l'essence même de la liberté syndicale que le syndicat ait le « droit de chercher à persuader l'employeur d'écouter ce qu'il avait à dire au nom de ses membres » (§ 44).

Il suit de ce qui précède que l'expression syndicale

(13) 25 sept. 2012.

(14) §§ 51 et 52 de l'arrêt : « [The Court] reiterates that the protection of opinions and the freedom to express them, as secured by Article 10, is one of the objectives of freedom of association as enshrined in Article 11. The thrust of the applicants' complaints relates to the effect which the Minister's statements had on the position and activities of the first applicant as the trade union of the police force, and the

other applicants as its representatives or members. In these circumstances, the Court considers that Article 11 takes precedence as the *lex specialis* for the freedom of association and it will deal with the case principally under this provision, whilst interpreting it in the light of Article 10 ».

(15) 27 oct. 1975.

(16) 2 juill. 2002.

est, dans la jurisprudence actuelle, limitée à l'expression du syndicat, tandis que celle des membres du syndicat paraît relever d'un autre ordre. Et encore devrait-on préciser, dans la ligne de la jurisprudence *Wilson*, d'une part, et *Demir et Baykara* (17) d'autre part, que toute expression des syndicats n'est pas protégée par l'article 11 de la Convention, mais seulement celles tenues pour essentielles par la Cour.

Les décisions rendues dans les affaires *Sisman et Syndicat de police de la République slovaque*, ci-dessus évoquées, viennent confirmer cette ligne de partage. En effet, le choix d'examiner les ingérences dans la liberté de membres des syndicats concernés au regard de l'article 11 pris sous l'angle de la liberté syndicale y est justifié principalement par l'impact des mesures disciplinaires litigieuses sur le syndicat lui-même, plus précisément par l'atteinte jugée importante portée, via ses dirigeants, à sa capacité d'action.

La liberté d'expression syndicale est définie essentiellement en rapport avec le contexte d'exercice.

La liberté d'expression syndicale se réduit-elle alors à la protection de l'expression syndicale au sens indiqué ci-dessus ? Autrement dit, se limite-t-elle à la garantie du droit de négociation collective et du droit de grève en tant qu'éléments essentiels de la liberté syndicale ? On peut en douter.

Même du point de vue de la Cour, le renvoi à des bases juridiques conventionnelles autres que l'article 11 dans sa deuxième branche ne signifie pas nécessairement répudiation de l'idée qu'il puisse exister dans le champ de la Convention un droit à la liberté d'expression syndicale. Cela est d'ailleurs si vrai qu'on voit apparaître de plus en plus dans les arrêts rendus sur les questions précédemment évoquées une référence appuyée aux travaux de l'OIT sur la liberté syndicale et, spécialement, à la Recommandation du

BIT n° 143 du 23 juin 1971, qui définit précisément l'expression syndicale. Tel est le cas par exemple dans l'affaire *Palomo Sanchez* où, pourtant, la Cour préfère à la notion de « liberté d'expression syndicale » celle de « liberté d'expression des salariés » comme on l'a déjà vu. C'est donc que l'idée constitutive de la liberté d'expression syndicale est bien présente mais qu'il lui est donné des références différentes.

On a vu que ces références étaient pour l'essentiel la liberté d'expression et la liberté de réunion. Mais ce sur quoi il importe d'insister est que, partant, la liberté d'expression syndicale se définit, aux yeux de la Cour européenne, essentiellement par rapport au contexte dans lequel elle est revendiquée. Sa portée s'en trouve, du coup, élargie. Les modalités de cet exercice peuvent prendre une des formes traditionnelles visées par la Recommandation n° 143 du BIT, à savoir la distribution et l'affichage de bulletins d'information, de brochures, de publications et autres documents du syndicat au sein de l'entreprise. Mais elles peuvent aussi consister en une information du public, par le moyen de tout support, sur les revendications professionnelles portées par le syndicat. On ajoutera que cette expression n'est pas l'apanage du seul syndicat. Celle de ses membres agissant en lien avec lui (dans le cadre d'une manifestation publique ou d'une grève par exemple) y participe.

D'un certain point de vue, cette conception est bienvenue. D'abord parce qu'elle est sans doute le reflet le plus approchant de la réalité de l'expression syndicale. Ensuite parce qu'elle prend en compte le lien dans l'action entre les syndicats et leurs membres et, par conséquent, la dimension autant individuelle que collective de la liberté syndicale.

Mais on ne peut en même temps se masquer que cette vision « généreuse » de la liberté a aussi un coût négatif sur le terrain de la protection.

II. La liberté syndicale, ancrage potentialisateur

Les mêmes raisons qui ont rendu cette approche ample possible – à savoir le recours aux libertés d'expression et de réunion – expliquent aussi que la liberté d'expression syndicale bénéficie de la protection la plus réduite dans le système conventionnel. On incline à penser qu'il ne pourrait en aller autrement qu'en lui faisant réintégrer son

socle logique : la liberté syndicale.

A. D'une protection restreinte hors la liberté syndicale...

Le caractère minimaliste de la protection déployée par le juge européen tient ici principalement à deux ordres de considérations.

(17) 12 nov. 2008, Dr. Ouv. 2009 p.352 n. M. Bonnechère.

Une protection restreinte fondée sur le caractère prétendument privé des intérêts professionnels.

On pourrait trouver surprenant que le rattachement de la liberté d'expression syndicale à la liberté d'expression et à la liberté de réunion puisse conduire à une protection relâchée, tant le statut de ces deux dernières est éminent dans le système de la CEDH et que le régime de leur protection est, corrélativement, rigoureux. C'est, en effet, une vérité jurisprudentielle qui n'a plus besoin d'être explicitée, que les libertés en question constituent des piliers, ou pour reprendre les mots de la Cour, des « fondements essentiels » de la société démocratique européenne, ce qui a pour conséquence que la marge d'intervention des Etats – et des sujets de droit dont ils répondent – dans leur exercice est, en principe, des plus réduites.

Le fait est cependant que cette construction jurisprudentielle n'est pas d'application générale. Une des principales clés de protection réside dans le degré de participation de l'expression considérée au débat démocratique, débat nécessairement public dans le raisonnement de la juridiction européenne. C'est, ainsi, à raison de ce qu'ils sont censés concourir au premier chef à ce débat que la presse, les journalistes et, plus récemment, les associations de protection de l'environnement sont qualifiés de « chiens de garde de la démocratie » et que leur expression est, dans une importante mesure, sanctuarisée. C'est pour la même raison que les limites de « l'expression politique » sont, dans la jurisprudence européenne, plus larges que pour d'autres formes d'expression, s'accommodant même d'injures dès lors que celles-ci participent bien au débat public.

Là réside la première difficulté pour l'expression syndicale. Plus exactement, son statut mineur procédera alors de ce que, pour la Cour, elle ne sera réputée participer au débat public qu'exceptionnellement. C'est ainsi que, s'agissant de propos s'inscrivant dans le cadre d'un conflit de travail entre un syndicat et ses représentants, d'une part, et l'employeur, d'autre part, le juge européen, tout en admettant que « *les membres d'un syndicat peuvent, et doivent, faire valoir devant l'employeur leurs revendications tendant à améliorer la situation des travailleurs au sein de leur entreprise* », a néanmoins estimé que le contenu des articles rédigés par le syndicat sur ce conflit et le comportement de certains salariés « *ne s'insérerait pas dans le cadre d'un quelconque débat public concernant des points d'intérêt général* »,

mais se rapportait « *à des questions propres* » à cette entreprise (18).

Une protection restreinte justifiée par le fait que le débat professionnel est un débat d'intérêt général sans être, pour autant, un débat public.

Cette ligne jurisprudentielle semble désormais abandonnée, et c'est heureux. Elle n'était pas exempte de contradictions. En effet, au regard de certains arrêts il pouvait sembler suffire que l'employeur soit une personne publique pour que la Cour conclue en sens inverse. Ainsi fit-elle, par exemple, dans l'affaire *Vellutini*, où elle jugea que « *la mise en cause par les représentants d'un syndicat du rôle d'un élu en sa qualité d'employeur (...) répondent à l'intérêt légitime du public pour la gestion des collectivités publiques et le fonctionnement des services qui leur sont rattachés* » (§ 36). Certes, cette dernière appréciation ne manque pas de justification raisonnable dans la jurisprudence de la Cour. On retiendra en particulier celle selon laquelle les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un fonctionnaire ou d'un élu que d'un simple particulier (19). Mais on perçoit sans peine ce que cette différence de solution peut avoir de restrictif pour la liberté d'expression syndicale du salarié d'une entreprise privée. Plus encore, elle est de nature à créer, sans justification convaincante, des différences entre salariés de droit privé suivant que l'employeur est une personne publique ou une personne privée.

Dorénavant et selon la nouvelle jurisprudence amorcée avec l'arrêt *Palomo Sanchez*, il semble qu'une publication émanant d'un syndicat, intervenant dans le cadre d'un conflit de travail et visant à revendiquer des droits procède d'un débat qui n'est pas purement privé et doit être considéré comme touchant à « *une question d'intérêt général pour les travailleurs* » de l'entreprise (§ 72).

Cette jurisprudence déplace à l'évidence la ligne de partage entre liberté d'expression syndicale dans un cadre public et dans le cadre d'une institution privée. Mais elle ne la supprime pas. La Cour l'affirme d'ailleurs sans détour dans la même affaire : « *certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail* » (§ 76) ; entendons par là la relation de travail entre un employeur privé et ses salariés.

Et c'est ici qu'intervient le second facteur limitatif du contrôle qui peut être exercé sur les mesures s'analysant en une ingérence dans l'exercice de ladite

(18) arrêt *Aguillera Jimenez*, § 32, souligné par nous.

(19) v. aussi arrêt *Papaianopol*, § 34.

liberté, ou, pour l'exprimer autrement, le second facteur de tolérance des atteintes à la liberté d'expression syndicale. C'est que la balance des intérêts, qui commande l'issue du contrôle de la proportionnalité de l'ingérence commise, n'est pas la même. Lorsque les propos et écrits litigieux contribuent à un débat public, les limites de la critique admissible sont plus larges et « *il est permis à [leur auteur] de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est à dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos* » ; celui-ci peut même recourir à une certaine dose d'invective débordant sur le plan personnel. « *Ce sont là* », estime la Cour, « *les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique* » (20). En revanche, le salarié d'une entreprise privée ou le syndicat établi dans une telle entreprise verra sa liberté d'expression strictement cantonnée par les droits et prérogatives de l'employeur. Le juge européen va même jusqu'à reconnaître expressément à ce dernier une large marge d'appréciation dans la détermination de la sanction des manquements du salarié (21), et n'estime pas nécessaire de soumettre l'ingérence commise par lui à l'exigence de l'existence d'un besoin social impérieux qui est pourtant, selon une jurisprudence constante, la mesure du caractère nécessaire ou non de la restriction de la liberté d'expression dans une société démocratique.

B. ...à une protection renforcée sur le fondement de la liberté syndicale ?

Cette jurisprudence a été fortement critiquée. Elle le méritait. On ne peut que souscrire aux arguments avancés, tant par la doctrine que par certains juges. C'est néanmoins une voie quelque peu différente, impliquée au demeurant par les critiques, qui sera proposée pour sortir de ce qui apparaît comme une impasse préjudiciable non seulement aux droits sociaux, mais aux droits fondamentaux dans leur ensemble.

Une jurisprudence incohérente reposant sur des raisonnements biaisés.

L'incohérence de cette jurisprudence a été suffisamment pointée pour qu'il ne soit pas nécessaire de revenir dans le détail sur les critiques formulées. Qu'il suffise ici de rappeler qu'elle a pour résultat préoccupant que la liberté d'expression syndicale apparaît comme mineure par rapport à la liberté d'expression artistique, et que les syndicats ne peuvent prétendre au statut de « chiens de garde » de la démocratie alors que les associations et groupements

de défense de l'environnement sont élevés à ce rang.

La démarche en œuvre dans cette jurisprudence ne peut être totalement abstraite du raisonnement général de la juridiction européenne qui, dès lors qu'il s'agit de liberté d'expression syndicale, s'emploie à une reconstruction de contexte aboutissant à éliminer pour l'essentiel le facteur syndical. De ce travers, c'est encore des juges européens qui rendent le mieux compte.

Ainsi, à propos de l'arrêt *Sisman* (22), le juge Sajo relève-t-il que la Cour, pour conclure à la violation de l'article 11 de la Convention pris sous l'angle de la liberté syndicale, a du évacuer la dimension d'expression syndicale, pourtant importante dans une affaire concernant l'affichage syndical, et ce au profit des droits syndicaux. C'est, souligne-t-il, dans son opinion séparée, « *comme si les messages syndicaux étaient délibérément poussés dans un coin et mis en quarantaine sous le couvert de mesures positives prises par l'Etat pour la défense des droits syndicaux* ».

Ainsi encore, dans l'affaire *Palomo Sanchez* (23) où ce que reprochent les juges dissidents à la Cour est d'avoir évacué la dimension syndicale de sa motivation. En fin de compte, convaincant indiscutablement plus que l'arrêt de la Cour, la substantielle opinion contraire des juges Tulkens, David Thor Bjorgvinsson, Jociene, Popovic et Vucinic, qui argumente sur la nécessité de prendre en compte le contexte spécifique de la relation de travail, l'existence d'un conflit professionnel, la circonstance que la partie salariée dans ce conflit est représentée par un syndicat, que la sanction de licenciement pour faute grave infligée à ses membres, la plus grave parmi celles prévues par la loi, est susceptible de porter atteinte au droit à une vie privée au sens de la convention en ce qu'elle prive les intéressés de moyens de subsistance (24) et qu'elle est, par ailleurs et en tant que telle, susceptible, faute de possibilités d'un contrôle rigoureux de son caractère justifié, de dissuader les syndicalistes de remplir leur rôle de défense des intérêts des salariés.

La question s'impose dès lors : est-il possible de prendre en compte pleinement pareil contexte sans se placer clairement sur le terrain de la liberté syndicale ?

Une sortie d'impasse possible.

La réponse à la question qui précède nous paraît devoir être franchement négative. Il ne s'agit pas de suggérer que l'article 10 et l'article 11 dans sa branche liberté de réunion doivent être délaissés. Il est en effet

(20) *Vellutini*, § 39.

(21) *Palomo Sanchez*, § 75.

(22) *supra*.

(23) *supra*.

(24) v. par ex. l'arrêt *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, 27 juill. 2004.

conforme à la réalité de l'exercice des libertés en cause de considérer, comme le fait la Cour dans ses décisions sur les questions envisagées ici, que la liberté syndicale entretient avec ces deux autres libertés des liens étroits.

La proposition serait plutôt, pour les affaires mettant en cause la liberté d'expression syndicale, de raisonner à partir de la liberté syndicale tout en interprétant la disposition qui la protège à la lumière des autres dispositions dans les cas où cela s'impose. Outre qu'un tel changement de perspective est nécessaire, ainsi qu'observé précédemment, pour rendre compte d'un contexte qui est nécessairement spécifique, il serait aussi logique que tous les moyens de défense des intérêts des travailleurs par l'action syndicale participent d'une même problématique. Il serait d'ailleurs temps que l'expression syndicale soit reconnue, comme le droit de négociation collective et le droit de grève avant elle, en tant qu'élément essentiel de la liberté syndicale, eu égard au rôle moteur qui est le sien dans ce contexte. Il faut et il suffirait, pour cela, que la juridiction européenne tire les conséquences de l'affirmation de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (25) qu'elle a faite sienne, selon laquelle la liberté d'expression est « *une condition sine qua non pour le développement des syndicats* » (26).

Si on insiste tant sur la nécessité d'adopter pareille perspective, c'est aussi parce que celle-ci est susceptible plus que d'autres de conduire à un rééquilibrage compréhensible d'un contrôle européen qui donne toute sa place, et strictement sa place, à la liberté d'expression syndicale.

De l'inscription de la liberté en question dans la problématique de la liberté syndicale il devrait résulter avant tout un changement de l'ordre des valeurs et des intérêts. En effet, s'il est revenu à la jurisprudence, dans le silence de l'article 10 de la Convention, de définir les finalités en vue desquelles la liberté d'expression garantie par cet article doit bénéficier d'une protection exigeante, cette finalité est, s'agissant à la liberté syndicale, précisée par le texte même de l'article 11, à travers le membre de phrase « *pour la défense de ses intérêts* ». De cela il devrait logiquement être tiré deux conséquences principales. *Primo*, toute action du syndicat ou de ses membres poursuivant pareil but bénéficie d'une légitimité conventionnelle forte. *Secundo*, le degré de protection de l'expression des syndicats et/ou de leurs membres dépendra avant tout du point de savoir si l'élément revendiqué concourt à la finalité reconnue dans l'article 11 ou non. Autrement dit, suivant qu'un syndicat ou des salariés s'exprimeront

pour la défense des salariés ou pour des fins étrangères à cette défense, ils pourront jouir de la protection renforcée de l'article 11 ou bénéficier de la protection générale, accessible à tous, de l'article 10 ou de l'article 11 dans sa branche liberté de réunion.

Dans la première hypothèse – celle où l'expression vise à la protection des travailleurs – et par application mécanique de la jurisprudence de la Cour relative à la liberté syndicale, le contrôle des ingérences devrait alors répondre aux conditions rigoureuses du paragraphe 2 de l'article 11, en particulier sur le terrain de la nécessité, dans une société démocratique, des restrictions apportées à la liberté en cause.

Ce n'est là qu'une piste, guidée par la conviction qu'il en va de la liberté d'expression syndicale comme des droits d'action collective dont elle constitue, dans bien des hypothèses, le soutien et le prolongement nécessaires. Il reste encore à l'éprouver au laboratoire de la Convention et sa mise en œuvre impliquera, à n'en pas douter, de résoudre nombre de questions d'ordre technique qui ne sont pas abordées ici.

L'enjeu, il faut à nouveau y insister, est d'abord d'assurer une garantie sérieuse d'une liberté essentielle. De ce point de vue, on ne peut que s'associer au plaidoyer stimulant de la juge Power dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Aguillera Jimenez*. Reviennent aussi à l'esprit des mots du Comité européen des droits sociaux dans une de ses récentes décisions à propos de piquets de grève : « *si ce droit est lié uniquement au droit à la liberté de réunion et la liberté d'expression, il court le risque d'être limité plus facilement que s'il est garanti comme partie intégrante du droit à l'action collective* » (27).

Mais l'enjeu est aussi celui d'un déploiement de la liberté syndicale dans toute la dimension d'une finalité qui, parce qu'elle lui est assignée par le texte conventionnel, devrait servir de mesure de son effectivité. Cela est nécessaire si l'on veut maintenir la vitalité de cette idée qui est au fondement de la consécration internationale de la liberté syndicale comme liberté fondamentale, à savoir que les syndicats et les syndicalistes sont le cœur vivant de la démocratie sociale, qu'ils en sont, pour reprendre les mots si chers à la Cour, les « chiens de garde ». Ce serait aussi le moyen de réunir démocratie politique et démocratie sociale dans le creuset d'une « société démocratique européenne » dont l'avenir se joue indistinctement sur les deux terrains.

Jean-François Akandji-Kombé

(25) avis consultatif n° OC-5/85193.

(26) *Palomo Sanchez*, § 56.

(27) décision du 13 sept. 2011, *CES, CGSLB, CSC et FGTB c. Belgique*, Réclamation n° 59/2009.