

## DROIT SOCIAL EUROPÉEN

Extraits de décisions sélectionnés et commentés par Michèle BONNECHÈRE,  
Professeuse à l'Université d'Evry - Val d'Essonne

**DIRECTIVE 2001/23 DU 12 MARS 2001 – Droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise – Modification substantielle des conditions de travail – Rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié – Responsabilité de l'employeur.**

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 27 novembre 2008  
J. - aff. C-396/07

"(...) 28. ...force est de rappeler que la directive 2001/23 tend à assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en leur permettant de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant (voir, notamment, arrêts du 10 février 1988, Tellerup, dit «Daddy's Dance Hall», 324/86, Rec. p. 739, point 9, et du 9 mars 2006, Werhof, C-499/04, Rec. p. I-2397, point 25).

29. Cet objectif est également poursuivi en aval par ladite directive, en ce qu'elle tient le cessionnaire pour responsable de la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail en cas de modification substantielle des conditions de travail liée au transfert d'entreprise, les conséquences de cette responsabilité étant régies par le droit national applicable. (...)

PAR CES MOTIFS, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit :

L'article 4, paragraphe 2, de la directive 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 transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, doit être interprété en ce sens que, dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat de travail ou de la

relation de travail dictée par la réunion des conditions d'application de cette disposition et indépendante d'un quelconque manquement du cessionnaire à ses obligations découlant de ladite directive, il n'oblige pas les États membres à garantir au travailleur un droit à une indemnité financière à la charge de ce cessionnaire dans des conditions identiques au droit dont un travailleur peut se prévaloir lorsque son employeur met illégalement fin à son contrat de travail ou à sa relation de travail. Cependant, la juridiction nationale est tenue, dans le cadre de ses compétences, de garantir que, à tout le moins, le cessionnaire supporte, en pareille hypothèse, les conséquences que le droit national applicable attache à la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail du fait de l'employeur, telles que le versement du salaire et des autres avantages correspondant, en vertu de ce droit, à la période de préavis que ledit employeur est tenu de respecter.

Il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier la situation en cause au principal eu égard à l'interprétation de la disposition de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/23 selon laquelle le maintien des conditions de travail convenues dans une convention collective qui expire à la date du transfert d'entreprise n'est pas garanti au-delà de cette date."

### Note.

Une salariée, Mme J., travaillait pour une entreprise de restauration exerçant son activité dans une entreprise de la métallurgie en Finlande, et se voyait appliquer la convention collective de la métallurgie. Son employeur ayant sous-traité son activité à une autre société, et l'opération s'étant réalisée le jour même où arrivait à échéance la convention de la métallurgie, le cessionnaire lui annonce qu'elle relèvera désormais de la convention collective de la restauration, ce qui signifie pour elle une sensible réduction de salaire. Mme J. résilie son contrat de travail et saisit le juge finlandais d'une demande d'indemnité compensatrice de préavis ainsi que notamment d'une indemnité pour licenciement illégal.

La Cour rappelle dans son arrêt que la directive (article 3 §3) n'oblige pas le nouvel employeur à maintenir les conditions prévues dans la convention collective au-delà de son expiration, et, contrairement à ce que lui avait proposé l'avocat général Colomer, n'invite pas le juge national à vérifier si « la synchronisation de la date dudit transfert et de celle de l'expiration de la convention est constitutive d'un comportement frauduleux ».

L'hypothèse sous-jacente à l'arrêt du 27 novembre 2008 est donc que les deux employeurs successifs se sont conformés aux prescriptions de la directive.

Par ailleurs, l'existence d'une modification substantielle des conditions de travail n'est pas ici discutée (outre la diminution de salaire, Mme J. invoquait des contraintes nouvelles de mobilité). La situation relevait donc de l'article 4 de la directive : « si le contrat de travail ou la relation de travail est résiliée du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur ». L'article 4 est clairement une règle imputant à l'employeur la responsabilité de la résiliation unilatérale du contrat de travail par le salarié. Mais la Cour devait

préciser si les conséquences sur le terrain indemnitaire relèvent purement et simplement de la législation nationale. Et il faut bien dire qu'elle le fait avec retenue, ne poussant pas trop loin l'interprétation téléologique et la recherche de l'effet utile de l'article 4. Au minimum, précise-t-elle, la juridiction nationale doit garantir au travailleur, à la charge du cessionnaire, le paiement des salaires et avantages et de l'indemnité de préavis, mais sans que la directive oblige les juges à lui faire supporter le paiement d'une indemnité pour licenciement illégal. Traduit en droit français, le licenciement n'est donc pas nécessairement sans cause réelle et sérieuse.

Encore faudra-t-il articuler ce minimum d'exigences découlant de la directive 2001/23 ainsi interprétée avec les solutions nationales plus favorables (réservées par l'article 8 de la norme communautaire). Selon une jurisprudence bien établie, la modification du contrat de travail poursuivie par l'employeur malgré le refus du salarié autorise le travailleur à prendre acte de la rupture, qui s'analyse en un licenciement nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse. L'harmonisation partielle des législations nationales en cas de transfert d'entreprise ne remet pas en cause cet état du droit positif, la Cour de justice ayant défini le minimum commun.

**DIRECTIVE 2001/23 DU 12 MARS 2001 – Droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise – La directive n'exige pas le maintien du contrat de bail commercial conclu par le cédant concernant les locaux dans lesquels l'activité de l'entreprise transférée est exercée.**

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 16 octobre 2008

K. et V. - aff. C-313/07

"(...) 43. Certes, ainsi qu'il a été dit au point 36 du présent arrêt, la directive 2001/23 vise à protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise, en particulier pour assurer le maintien de leurs droits. Or, leurs relations de travail pourraient être menacées dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal. Faute de transfert automatique du contrat de bail, il existe en effet un risque que le cessionnaire d'entreprise soit tenu de quitter les lieux, de cesser ses activités et donc de résilier les contrats de travail des travailleurs concernés.

44. Toutefois, la nécessité d'atteindre cet objectif de protection des travailleurs ne saurait aller jusqu'à remettre en cause le libellé univoque de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23 et porter atteinte aux droits de tiers extérieurs à l'opération de transfert d'entreprise, en leur

imposant une obligation de subir un transfert automatique du contrat de bail qui n'est pas clairement prévue par cette directive. (...)

PAR CES MOTIFS, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit :

L'article 3, paragraphe 1, de la directive 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 transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, n'exige pas, en cas de transfert d'entreprise, le maintien du contrat de bail d'un local commercial conclu par le cédant de l'entreprise avec un tiers bien que la résiliation dudit contrat risque d'entraîner l'extinction des contrats de travail transférés au cessionnaire."

**Note.**

A la suite de la mise en liquidation d'une entreprise commerciale espagnole, Red Elite de Electrodomesticos, spécialisée dans la vente d'électroménager, une partie de ses magasins a été cédée à la société Electro Calvet. Les propriétaires des locaux commerciaux dans lesquels s'exerçait l'activité de l'un de ces magasins qu'ils avaient loués à Red Elite ont introduit une demande d'expulsion pour transfert de bail non autorisé.

Le juge de Barcelone saisi a décidé d'interroger la Cour de justice : la directive 2001/23 peut-elle être interprétée comme protégeant non seulement les contrats de travail, mais aussi d'autres contrats affectant directement et immédiatement le maintien de premiers ?

La lettre de la directive (article 3 §1) n'allait pas dans le sens d'une réponse positive : « *les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire* ». Et la Cour de justice s'en tient à cet énoncé.

L'on pouvait se demander si la finalité maintes fois affirmée de la directive (protéger l'emploi des travailleurs) ne pouvait pas conduire à élargir le champ de la dérogation à l'effet relatif des contrats, dans la mesure où sans la poursuite du contrat de bail, celle des contrats de travail risquait d'être mise en échec. Mais les juges de Luxembourg ne sont pas allés jusque-là.

L'affaire était entendue pour l'avocat général, qui n'a pas jugé utile de présenter des conclusions. Ainsi, l'on constate qu'au bout d'un demi-siècle de marché commun, et plus de trente ans après l'adoption de la directive censée protéger les salariés en cas de changement d'employeur, l'effectivité d'une norme d'harmonisation des législations sociales butte sur l'autonomie du droit commercial et du droit des contrats.

**DIRECTIVE 2003/88 du 4 NOVEMBRE 2003** concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail – Droit aux congés annuels payés – Articulation avec le congé pour maladie.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 20 janvier 2009

SH. et S. et a. - aff. jtes C-350/06 et C-520/06

"(...) 22. Selon une jurisprudence constante, le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JO L 307, p. 18), elle-même (voir arrêts du 26 juin 2001, *Bectu*, C-173/99, Rec. p. I-4881, point 43 ; du 18 mars 2004, *Merino Gómez*, C-342/01, Rec. p. I-2605, point 29, ainsi que du 16 mars 2006, *Robinson-Steele e.a.*, C-131/04 et C-257/04, Rec. p. I-2531, point 48).

23. Le travailleur doit normalement pouvoir bénéficier d'un repos effectif, dans un souci de protection efficace de sa sécurité et de sa santé, puisque ce n'est que dans le cas où il est mis fin à la relation de travail que l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88 permet que le droit au congé annuel payé soit remplacé par une compensation financière (voir, en ce sens, arrêts précités *Bectu*, point 44, et *Merino Gómez*, point 30).

24. L'article 7 de la directive 2003/88 ne figure pas, en outre, parmi les dispositions auxquelles celle-ci permet expressément de déroger.

25. Il est constant que la finalité du droit au congé annuel payé est de permettre au travailleur de se reposer et de disposer d'une période de détente et de loisirs. Cette finalité diffère en cela de celle du droit au congé de maladie. Ce dernier est accordé au travailleur afin qu'il puisse se rétablir d'une maladie. (...)

PAR CES MOTIFS, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

1) L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à des dispositions ou à des pratiques nationales selon lesquelles un travailleur en congé de maladie n'est pas en droit de prendre un congé annuel payé durant une période incluse dans un congé de maladie.

2) L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que le droit au congé annuel payé s'éteint à l'expiration de la période de référence et/ou d'une période de report fixée par le droit national même lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant tout ou partie de la période de référence et que son incapacité de travail a perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail, raison pour laquelle il n'a pas pu exercer son droit au congé annuel payé.

3) L'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que, lors de la fin de la relation de travail, aucune indemnité financière de congé annuel payé non pris n'est payée au travailleur qui a été en congé de maladie durant tout ou partie de la période de référence et/ou d'une période de report, raison pour laquelle il n'a pas pu exercer son droit au congé annuel payé. Pour le calcul de ladite indemnité financière, la rémunération ordinaire du travailleur, qui est celle qui doit être maintenue pendant la période de repos correspondant au congé annuel payé, est également déterminante."

**Note.**

L'on savait depuis l'arrêt *Bectu* du 26 juin 2001 que le droit aux congés payés correspond à un principe du droit social revêtant une importance particulière, l'ensemble des règles imposant un repos minimal des travailleurs devant être considéré, compte tenu de la finalité de la directive, comme des règles de droit social d'une importance particulière. La directive 93/104 du 23 novembre 1993, à laquelle a succédé la directive 2003/88, a été prise comme une directive spécifique dans le prolongement de la directive cadre 89/391 du 12 juin 1989 sur la protection de la santé et de la sécurité au travail. Ce fondement de la réglementation des temps de travail et de repos en droit communautaire est un des apports les plus remarquables de ce droit, toujours menacé d'affaiblissement.

Dans les affaires *SH. et S.*, des salariés absents de leur travail pour maladie pendant un certain temps n'avaient pas pu prendre leurs congés payés. Se posait aussi la question de l'interdiction faite au salarié par plusieurs législations nationales de prendre ses congés payés au cours d'un congé maladie

Sur ce dernier point, la Cour de justice ne dégage pas de règle de la Directive : les conditions d'exercice du droit à congé payé relèvent, selon l'article 7 §1 de la norme communautaire de la compétence des Etats membres. Cela est incontestable, mais il est tout de même étonnant que la Cour de justice, après avoir souligné que la finalité du droit au congé payé et celle du droit au congé maladie différent, n'en tire pas de conséquence quant à l'encadrement de l'exercice du premier. La circonstance, soulignée par l'arrêt (point 27), que le droit au congé maladie (contrairement au congé de maternité) n'est pas régi par le droit communautaire ne suffit pas à justifier la liberté laissée par la Cour aux Etats d'interdire ou d'autoriser la mise en œuvre du droit au congé annuel pendant un congé maladie. Le fondement de la directive 2003/88 ne peut que renforcer l'idée qu'un congé de

maladie ne saurait tenir lieu de congé payé et remettre en cause le critère chronologique s'en tenant à la cause de suspension survenue la première (1) !

Par contre, sur l'éventuelle extinction du droit à congé payé lorsqu'un travailleur se trouve, en raison d'un congé maladie pendant la période de référence, dans l'impossibilité d'exercer son droit à congé, la Cour juge que la directive encadre strictement la compétence des Etats membres. Une législation nationale ne saurait ni exclure la naissance du droit aux congés payés ni en prévoir l'extinction au motif qu'un salarié s'est trouvé en congé maladie pendant la totalité ou une partie de la période de référence, car l'article 7 §1 de la directive confère directement un droit social d'une importance particulière à tout travailleur.

Restait la question du calcul de l'indemnité de congés payés, garantie par la directive (art. 7 §2) lorsque la prise effective du congé payé est impossible, en cas de rupture du contrat de travail : la « *rémunération ordinaire doit également être déterminante* » pour le calcul de ladite indemnité de congé annuel non pris à la fin de la relation de travail.

Il est intéressant de s'interroger sur les répercussions en France de la jurisprudence communautaire en matière de congés payés : elles ne sont pas négligeables, sur ces questions très concrètes. La Chambre sociale de la Cour de cassation vient de confirmer, le 25 mars 2009 (2) ce qu'elle avait dit plus tôt à propos de l'articulation entre les absences pour accident du travail ou maladie professionnelle et les congés payés, étendant son raisonnement aux absences pour maladie : « *eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le Code du travail ou une convention collective en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail ou, en cas de rupture, être indemnisés au titre de l'article L. 223-14, devenu L. 3141-26 du Code du travail* ».

Cette intrusion du droit communautaire dans la mise en œuvre du droit aux congés payés s'est également manifestée dans la définition légale du temps de travail ouvrant droit à un congé. Certes, le droit français n'allait pas jusqu'à subordonner le droit à congé au travail ininterrompu durant treize semaines auprès du même employeur, comme le faisait la législation britannique déclarée non conforme par les juges communautaires dans l'arrêt *Bectu*, mais le temps minimum était tout de même de un mois de travail effectif (ou d'un « temps équivalent »), et la Chambre sociale n'y voyait pas de contradiction avec la directive 93/104 (3). Pourtant, la loi du 20 août 2008 est venue réduire à dix jours le temps de travail ouvrant droit à congés (4).

(1) Et l'on sait que la jurisprudence française a longtemps fait dépendre les droits du salarié de l'antériorité de la maladie par rapport aux congés : le salarié qui tombe malade pendant ses congés ne peut exiger de prendre ultérieurement ses congés, dont pourtant il n'a pas bénéficié puisqu'il se trouvait en arrêt pour maladie (Soc. 4 déc. 1996, *Col*, *Grands arrêts du droit du travail*, 4<sup>ème</sup> ed., n° 82). Les arrêts évoqués à propos de la non-extinction du droit aux congés montrent une évolution.

(2) Soc. 25 mars 2009, n° 07-43767, après Soc. 27 sept. 2007, B.C.V n° 147 et Soc. 24 février 2009, n° 07-44488, Dr. Ouv. 2009 p. 229 n. E. Richard.

(3) Soc. 7 mars 2007, B.C.V n° 40, cité par L. Driguez, Europe, mars 2009, commentaire 128.

(4) Nouvel article L. 3141-3 du Code du travail.

## CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, ARTICLE 11 – Droit de fonder des syndicats – Droit de mener des négociations collectives et de conclure des conventions collectives – Violation.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Grande Chambre, 12 novembre 2008

D. et B. c/ Turquie

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 34503/97) dirigée contre la République de Turquie et dont deux ressortissants de cet Etat (« les requérants »), M. D. et Mme Vicdan B., celle-ci en sa qualité de présidente du syndicat *Tüm Bel Sen* (...).

Les requérants alléguaient qu'au mépris de l'article 11 de la Convention, pris isolément ou combiné avec son article 14, les instances nationales leur avaient dénié, d'une part, le droit de fonder des syndicats, et, d'autre part, le droit de mener des

négociations collectives et de conclure des conventions collectives.

(...) il y a lieu de rappeler que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, auxquelles il y a lieu d'intégrer l'évolution du droit international, de façon à refléter le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme, lequel implique une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Autrement dit, les

limitations apportées aux droits doivent être interprétées restrictivement, d'une manière qui assure une protection concrète et effective des droits de l'homme (voir, mutatis mutandis, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 100, CEDH 2003-II ; *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 101, CEDH 1999-V). (...)

2. A la lumière de ces développements, la Cour estime que sa jurisprudence selon laquelle le droit de négocier et de conclure des conventions collectives ne constitue pas un élément inhérent à l'article 11 (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, précité, § 39 ; *Schmidt et Dahlström*, précité, § 34) doit être revue, de manière à tenir compte de l'évolution perceptible en la matière tant en droit international que dans les systèmes juridiques nationaux. Certes, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité du droit et de l'égalité devant la loi, que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents ; toutefois, l'abandon par elle d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration (*Vilho Eskelinen et autres*, § 56, précité).

3. En conséquence, la Cour estime, eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des Etats contractants en la matière, que le droit de mener des négociations collectives avec

l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs. Comme les autres travailleurs, les fonctionnaires, mis à part des cas très particuliers, doivent en bénéficier, sans préjudice toutefois des effets des « restrictions légitimes » pouvant devoir être imposées aux « membres de l'administration de l'Etat » au sens de l'article 11 § 2, dont dépendant les requérants en l'espèce ne font pas partie (paragraphe 108 ci-dessus).

PAR CES MOTIFS, la Cour, à l'unanimité,

1. Joint au fond les exceptions préliminaires du Gouvernement et les rejette ;

2. Dit qu'il y a eu violation de l'article 11 de la Convention à raison de l'ingérence dont les requérants, fonctionnaires municipaux, ont été victimes dans l'exercice de leur droit de fonder des syndicats ;

3. Dit qu'il y a eu violation de l'article 11 de la Convention à raison de l'annulation rétroactive de la convention collective conclue par le syndicat *Tüm Bel Sen* à l'issue de négociations collectives avec l'administration.

## Note.

La Cour européenne des droits de l'Homme consacre l'interprétation intertextuelle des normes relatives aux droits sociaux fondamentaux. L'affaire *D. et B. contre Turquie* avait déjà donné lieu à un arrêt remarqué de la Cour EDH, rendu le 21 novembre 2006 par la Chambre de la seconde section, dans lequel était notamment affirmée l'existence d'un lien organique entre la liberté syndicale et la liberté de conclure des conventions collectives, et qui avait conclu à une violation de l'article 11 de la Convention EDH par la Turquie. La Grande Chambre de la Cour EDH, le 12 novembre 2008, a non seulement poursuivi et approfondi le rattachement du droit de mener des négociations collectives à l'article 11, mais surtout consacré une démarche d'interprétation fondée sur l'interdépendance des instruments de protection des droits fondamentaux.

### 1. L'article 11 de la Convention EDH garantit le droit à la négociation collective.

L'affaire était celle d'une remise en cause rétroactive d'une convention collective par une commune. Le syndicat *Tüm Bel Sen*, créé en 1990 par des fonctionnaires communaux turcs avait conclu pour deux ans une convention collective sur toutes les questions de conditions de travail avec la ville de Gaziantep. La municipalité n'ayant pas respecté certains engagements, le syndicat entama une action devant les tribunaux civils et obtint gain de cause en première instance. Mais la Cour de cassation turque jugea en 1994 que les syndicats de fonctionnaires ne pouvaient pas conclure de conventions collectives. Le tribunal de première instance ne s'étant pas incliné, et ayant ajouté dans un jugement de 1995 que les lacunes de la loi nationale sur la création des syndicats et la possibilité de conclure des conventions collectives, devaient être comblées à la lumière des normes internationales telles que les conventions de l'Organisation Internationale du Travail, un nouvel arrêt de la Cour de cassation de Turquie, toutes chambres civiles réunies, vint anéantir le second jugement, relevant même qu'à l'époque de sa création, l'existence du syndicat n'était pas conforme à la loi turque, modifiée ultérieurement, ce qui remettait même en cause sa possibilité d'agir en justice.

« Le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder avec d'autres des syndicats... énoncé à l'article 11 », constate la grande Chambre dans son arrêt du 12 novembre 2008. Bien qu'elle ait annoncé elle-même qu'elle allait revoir sa propre jurisprudence, découlant des arrêts du 6 février 1976 *Syndicat suédois des conducteurs de locomotive* et *Schmidt et Dahlström c. Suède*, l'énoncé de l'arrêt *D. et B. c/Turquie* est plus un aboutissement qu'un revirement (1). Cet énoncé n'est d'ailleurs pas en lui même révolutionnaire, si l'on considère les nombreuses sources internationales, européennes et nationales traitant du droit de négociation collective.

(1) Cf. déjà l'arrêt *Gustafsson c/ Suède* du 25 avril 1996, JCP 1997.I.4000, comm. F. Sudre ; et bien sûr l'arrêt de chambre du 25 avril 2006, req. 34503/97.

Mais l'apport considérable de l'arrêt se trouve dans la démarche des juges. Le gouvernement turc soutenait, par référence à la Convention de Vienne sur le droit des traités internationaux, qu'il n'était pas possible de lui opposer les articles 5 (droit syndical) et 6 (droit de négociation collective) de la Charte sociale européenne, non ratifiée par la Turquie. La Grande Chambre rejette l'objection, et développe une théorie de l'interprétation de la Convention EDH.

## **2. Instrument de défense des droits de l'Homme, la Convention EDH doit être interprétée à la lumière des autres textes et instruments internationaux.**

Le « fondement » de la démarche est explicite : la Cour doit interpréter la Convention et l'appliquer « *d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives* » (§66), et elle n'a « *jamais considéré les dispositions de la Convention comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient* » (§67). De plus, la Cour de Strasbourg « *s'est toujours référée au caractère vivant de la Convention à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle et... de l'évolution de normes de droit national et international* » (§68).

Le contenu de l'approche est clair : sont visées et citées les dispositions des conventions de l'OIT (conventions 87 sur la liberté syndicale, 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 151 sur le droit d'organisation dans la fonction publique), mais aussi les Pactes sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques et sociaux, du 16 décembre 1966, ainsi que la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Contrairement à ce qu'il en est pour les conventions de l'OIT, la Charte sociale européenne n'a pas été ratifiée (« pas encore ») par la Turquie. Quant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union, sans valeur contraignante évidente pour les Etats membres de l'Union, elle pouvait paraître peu pertinente dans ce dossier, concernant un Etat simplement associé à l'Union.

L'on savait, depuis les arrêts *Marckx contre Belgique* du 13 juin 1979, et *Airey contre Irlande* du 9 octobre 1979, que la Convention EDH protège des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs, et qu'elle doit « *se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui* ». Ce que des auteurs avertis ont qualifié d'interprétation évolutive (2) a correspondu au développement de techniques d'interprétation permettant l'intégration des droits sociaux dans le système de protection de la CEDH : interprétation large de la notion de droits et obligations de caractère civil, notions autonomes enrichissant les concepts (3).

L'arrêt *D. et B.* ne relève pas seulement de cette interprétation « évolutive ». La lecture de l'article 11 à la lumière des conventions de l'OIT, puis de la Charte sociale européenne pourtant non ratifiée par la Turquie, puis de la Charte des droits sociaux fondamentaux de l'Union européenne implique l'admission d'une interaction normative, et la recherche d'une « *fertilisation croisée entre les divers instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme* », selon l'expression de J.-F. Flauss (4). Il y a bien sûr la « synergie » volontiers évoquée par la doctrine des sources européennes : celles du Conseil de l'Europe (charte sociale, convention EDH) entre elles, mais aussi ces dernières et les sources communautaires. Mais il y a surtout en filigrane dans l'arrêt de la Grande Chambre la possible émergence d'un droit commun, puisant également ses fondements dans les normes de l'OIT et les Pactes des Nations unies. S'agissant des droits sociaux fondamentaux, cette perspective est la seule qui puisse donner une première consistance à l'idée que la libéralisation du commerce international n'est pas incompatible avec la justice sociale.

**Michèle Bonnechère**

(2) J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 2<sup>ème</sup> ed. 2002 ; A. Carillon, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Bruylant 2006, spéc. p. 473 s. ; J.P. Marguénaud et J. Mouly, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH 12 novembre 2008, D. et B. c/ Turquie) », D. 2009.739.

(3) V. F. Sudre, « La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », RTDE 2001, p. 467.

(4) J.F. Flauss, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », Les petites affiches 2001, p. 148 ; M. Bonnechère "Droits fondamentaux : vers un droit commun pour l'Europe ?", Sem. soc. Lamy 2004, n<sup>os</sup> 11787 à 118, "La production des Cours européennes en droit social", Dr. Ouv. 2008 p. 545 s.