

Les arrêts *Viking* et *Laval* : et après ?

par *Sylvaine LAULOM*, Professeure à l'Université de Lyon,
Université Jean Monnet (Saint-Etienne), CERCRID CNRS UMR 5137

PLAN

I. Une condamnation des conséquences possibles de l'application des arrêts *Laval* et *Viking* au Royaume-Uni

II. Une évolution nécessaire de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ?

Rarement des arrêts de la Cour de justice européenne auront suscité autant de commentaires, critiques et débats que les arrêts *Viking* et *Laval* (1), non seulement en France, mais dans l'ensemble des Etats de l'Union européenne et parfois au-delà (2). C'est, en effet, une certaine conception du droit social de l'Union européenne, porteur d'une harmonisation par le haut des conditions de travail, qui sort ébranlée de ces arrêts. Si la Cour admet dans ces arrêts que le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, est un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit, le moins que l'on puisse dire est que la Cour n'est pas encline à protéger l'exercice de ce droit lorsqu'il se trouve confronté aux libertés d'établissement et de prestation de services. Or, l'interprétation de la Cour n'avait rien d'inéluctable et une autre solution, respectueuse, elle, de l'objectif d'amélioration des conditions de travail inscrit dans le traité et des spécificités nationales des droits collectifs du travail, était tout à fait concevable, comme le montraient les conclusions divergentes des avocats généraux.

Rappelons rapidement le contexte de ces arrêts. Dans ces deux affaires, des syndicats avaient engagé une action collective pour lutter contre des pratiques de dumping social. Dans l'arrêt *Viking*, les syndicats entendaient s'opposer à un changement de pavillon d'un navire dont le but était principalement de remettre en cause les conditions de travail existantes en passant de l'application d'une convention collective finlandaise à une convention collective estonienne. Dans l'arrêt *Laval*, les syndicats suédois souhaitaient contraindre une entreprise lettone, ayant détaché des travailleurs lettons pour la réalisation d'un chantier en Suède, à respecter les conditions salariales définies par les conventions collectives suédoises. Nous ne reprendrons pas ici le raisonnement qui sera suivi par la Cour. L'interprétation contestable de la directive 96/71 (3), concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, la conduit à disqualifier l'action collective suédoise avec pour conséquence un amoindrissement de la protection des travailleurs détachés en Suède et de la capacité des organisations syndicales à agir dans ce

domaine. L'arrêt *Viking* conduit, lui, à un encadrement plus restrictif du droit de grève, en instaurant un contrôle judiciaire sur les actions collectives lorsqu'elles ont pour objet ou pour conséquence de limiter une liberté garantie par l'Union européenne, notamment la liberté d'établissement. Sont concernées les actions collectives visant des opérations que l'on qualifiera de transnationales (délocalisations, établissement d'une filiale ou d'un établissement dans un Etat de l'Union européenne, réalisation de contrats de prestations de service, avec des salariés détachés, etc). Par ces arrêts, la Cour européenne engage les juridictions nationales à opérer un contrôle des motifs du recours à la grève et de la proportionnalité de l'action. L'action collective ne devrait intervenir qu'en dernier recours. Outre ce contrôle de l'opportunité même de déclencher un mouvement de grève, les juges nationaux devraient également contrôler si les revendications formulées sont légitimes.

Près de trois ans après les décisions de la Cour européenne, quelles ont été les conséquences des arrêts *Laval* et *Viking* ? Concrètement, tout d'abord, le

(1) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking* et CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05 *Laval un Partneri Ltd*. Sur ces arrêts voir notamment S. Laulom, « Actions collectives, liberté d'établissement, libre prestation de services et détachement des travailleurs », SSL suppl. 2008 n° 1338, p. 37 ; S. Robin-Olivier et E. Pataut, « Europe sociale ou Europe économique, à propos des affaires *Viking* et *Laval* », RDT 2008, p. 80 ; P. Rodière, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », RTD eur. 2008, p. 47 ; M. Bonnechère « La production des Cours européennes en droit social : éléments de réflexion », Dr. Ouv. 2008 p. 552 spéc. p. 557 s.

(2) Sur ces réactions et sur les effets potentiels de ces décisions sur certains Etats, voir E. Ales et T. Novitz (eds), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe, Striking the Balance*, Intersentia, 2010.

(3) Directive 96/71 du 16 déc. 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOCE 21 janv. 1997, n° L18, p. 1 ; N. Moizard, « La directive 96/91 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un noyau dur protecteur ? », Dr. soc. 2008, p. 866.

2 décembre 2009, le tribunal suédois du travail a rendu son jugement définitif dans l'affaire *Laval*, qui condamne les syndicats suédois de la construction et des électriciens à payer 2,5 millions de couronnes suédoises de dommages-intérêts et de frais de justice, soit environ 250 000 € (4), pour un mouvement, à l'origine, licite selon le droit suédois. La Suède a par ailleurs engagé une réforme pour tenter de limiter certains des effets de l'arrêt de la Cour de justice mais cette réforme conduit à encadrer de manière plus stricte le droit de grève (5).

Au niveau européen, en dépit de l'ampleur des réactions suscitées par les arrêts *Laval*, *Viking*, suivis des arrêts *Rüffert* et *Commission contre Luxembourg* (6), les réponses institutionnelles aux inquiétudes exprimées notamment par les syndicats, sont pour l'heure embryonnaires. La Commission européenne, dans un premier temps, a essentiellement mis l'accent sur la nécessité d'améliorer l'application de la directive de 1996 et de favoriser la coopération entre les Etats (7). La critique la plus virulente est venue du Parlement européen. Dans une résolution du 22 octobre 2008, adoptée à une large majorité, sur « *Les défis pour les conventions collectives dans l'Union européenne* », le Parlement européen exprime ses réticences et ses critiques à l'égard des arrêts de la Cour (8). La résolution, très argumentée, souligne la nécessité d'interpréter la directive de 1996 dans un sens conforme à l'intérêt des salariés et aux droits des partenaires sociaux de négocier et de mener des actions collectives. La Commission a, aujourd'hui, assoupli sa position et semble prête à engager une révision de la directive de 1996. Le programme de travail de la

Commission pour 2010 contient ainsi un engagement à élaborer des propositions « *pour clarifier la mise en œuvre de la directive concernant le détachement de travailleurs* » (9). Néanmoins, les discussions se poursuivent aujourd'hui sur la portée de cette révision : simple refonte ou révision complète, comme le voudrait la CES (10).

Une révision de la directive de 1996, si elle intervient, pourrait effectivement limiter la portée des arrêts *Laval*, *Rüffert*, et *Luxembourg contre Commission* et mieux encadrer certaines pratiques de dumping social, mises en lumière par les affaires *Laval* et *Rüffert*. On peut cependant douter qu'elle intervienne sur l'un des aspects les plus controversés de ces décisions : les nouvelles limites posées au droit de grève lorsqu'il se trouve confronté aux principes de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services.

Dans ce contexte, la position que vient d'adopter la commission d'experts, pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation Internationale du travail (11), sur les conséquences que peuvent avoir les arrêts *Viking* et *Laval* sur l'exercice effectif du droit de grève apparaît particulièrement opportune. On peut, en effet, y voir une condamnation indirecte de la position de la Cour de justice de l'Union européenne (I.). Cette position, de même que certains arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'Homme (12), montrent le décalage actuel qui existe entre ces juridictions dans leur contrôle du droit de grève, et devraient amener la Cour de justice européenne à modifier son appréhension de l'exercice de ce droit (II.).

I. Une condamnation des conséquences possibles de l'application des arrêts *Laval* et *Viking* au Royaume-Uni

L'affaire, qui a donné lieu à la saisine de la commission d'experts, montre de la manière la plus claire possible les limites apportées à l'exercice du droit de grève par l'application des principes issus des arrêts *Laval* et *Viking*. Le syndicat britannique BALPA (Association des pilotes de

ligne britannique) avait décidé de déclencher une grève suite à une décision de l'employeur British Airways de constituer une société filiale dans d'autres Etats de l'Union européenne. Le syndicat craignait, en effet, que cette décision puisse, à terme, conduire à une

(4) B. Nyström, « Final decision in the Laval Case », *European Labour Law Journal*, 2010, p. 277.

(5) S. Laulom, F. Lefresne, « Dessein et destin de quatre arrêts de la Cour de justice des communautés européennes : peut-on maintenir la spécificité des modèles sociaux en Europe », *La Revue de l'IREC*, n° 63, spécial, *Flexicurité, sécurisation des parcours professionnels et protection sociale*, 2009/4, p. 127.

(6) CJCE, 3 avril 2008, aff. C-346/06, *Rüffert* et CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, *Commission c./ Grand Duché de Luxembourg*. Ces deux arrêts sont relatifs à l'interprétation de la directive 1996/71. Sur ces arrêts, N. Moizard, *op.cit.* ; J.-Ph. Lhernould, « Illicéité d'une clause sociale dans un appel d'offre de marchés publics : le pot de terre contre le pot de fer ? », *RJS* 7/08, p. 601 ; F. Jault-Seseke, « Le détachement », *RDT* 2008, p. 412 ; S. Laulom, « Une nouvelle affaire de dumping social ou le plombier polonais n'était pas un mythe », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1350, p. 12 ; M. Bonnechère, préc.

(7) Voir Recommandation datée du 3 avril 2008 et également conclusions du Conseil de l'UE du 9 juin 2008.

(8) Disp. sur le site du Parlement européen <http://www.europarl.europa.eu>

(9) COM (2010) 135 final du 31 mars 2010.

(10) Voir « La directive sur le détachement des travailleurs occupe tous les esprits », *Liaisons sociales Europe*, avril 2010, n° 250.

(11) *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Rapport III, partie 1A, BIT, Genève, 2010, observations concernant certains pays, Royaume-Uni, pp. 211-212.

(12) CEDH, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie* n° 34503/97, Dr. Ouv. 2009 p. 352, n. M. Bonnechère, et surtout CEDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi Yol Sen c. Turquie* n°68959/01, Dr. Ouv. 2010 p. 453, n. M. Bonnechère.

détérioration des conditions de travail des salariés de British Airways. Après avoir tenté de négocier avec la direction et d'engager une procédure de conciliation, le syndicat, soutenu par un vote très largement majoritaire de ses membres, décide de déclencher une grève, apparemment licite, selon les termes pourtant restrictifs de la législation britannique.

Préventivement, la direction sollicite alors une injonction, tendant à faire déclarer la grève illégale en application de la jurisprudence *Laval* et *Viking*. Surtout, la direction menace le syndicat : dans l'hypothèse où la grève serait déclenchée, il engagerait une action en dommages et intérêts d'un montant estimé à 100 millions de livres par jour. Face à ce risque, dont la réalisation conduirait à une situation d'insolvabilité et à sa disparition, la BALPA préfère suspendre le mouvement. Elle décide alors de porter l'affaire devant l'OIT en soutenant que la situation ainsi créée constitue une violation de la convention n° 87 sur la liberté syndicale. Le texte commenté constitue la réponse de la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, commission qui va observer « avec une **grande préoccupation**, dans cette affaire, les limites pratiques à l'exercice effectif du droit de grève pour les salariés affiliés à la BALPA » et conclure que la « doctrine utilisée dans ces jugements de la CJCE est susceptible d'avoir un effet restrictif quant à l'exercice du droit de grève dans la pratique, d'une manière qui est contraire à la convention ».

Avant de présenter l'analyse de la commission, peut-être convient-il de dire quelques mots sur cet organe et sur la convention n° 87 sur la liberté syndicale qui est ici en cause.

La commission d'experts, créée en 1926, constitue un organe essentiel de contrôle des conventions de l'OIT. Elle est chargée d'apprécier, tous les ans, les rapports, soumis par les gouvernements, sur l'état d'application des conventions. La commission d'experts a pour tâche d'indiquer dans quelle mesure la législation et la pratique de chaque Etat apparaissent conformes aux conventions ratifiées et dans quelle mesure les Etats s'acquittent des obligations qui leur incombent. Les commentaires de la commission d'experts sur la manière dont les Etats membres s'acquittent de leurs obligations normatives prennent la forme d'observations ou de demandes directes.

Si la mise en œuvre des conventions repose sur un contrôle régulier fondé sur l'envoi périodique de rapports par les Etats membres, les organisations syndicales

jouent un rôle également important. Elles peuvent adresser directement au Bureau des commentaires sur l'application des conventions. Le Bureau les transmet au gouvernement qui a la possibilité d'y répondre avant qu'ils soient examinés par la commission d'experts. C'est donc au terme de cette procédure, initiée par la BALPA en octobre 2008, que la commission d'experts va examiner si la situation qui lui est soumise par la BALPA constitue ou non une violation de la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée en 1948.

Il convient de rappeler que cette convention constitue l'une des huit conventions considérées par l'OIT comme fondamentales (13). Ces conventions réalisent les quatre droits fondamentaux du travail reconnus par la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux du travail adoptée en 1998. Cette déclaration oblige les Etats membres, qu'ils aient ou non ratifié les conventions correspondantes, à respecter et à promouvoir les principes et les droits classés selon quatre catégories : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

Le droit de grève n'est pas explicitement mentionné par la convention n° 87, qui reconnaît simplement que les organisations de travailleurs et d'employeurs ont pour but « de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des employeurs » et « d'organiser leur gestion et leur activité et de formuler leur programme d'action ». C'est sur la base de ces dispositions que les organes de contrôle de l'OIT ont reconnu le droit de grève comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par cette convention. Le droit de grève est donc apprécié à l'aune de la convention n° 87 de l'OIT par les organes de contrôle qui ont élaboré à ce sujet un ensemble de principes (14).

En l'espèce, l'une des difficultés qui se posait à la commission dans son appréciation de la situation était, bien sûr, celle de l'application du droit de l'Union européenne. C'est d'ailleurs l'un des éléments qui était mis en avant par le gouvernement britannique, dans sa réponse aux observations de la BALPA. Pour le Royaume-Uni, en effet, la situation évoquée ne pouvait lui être imputée dans la mesure où elle n'est que la conséquence du droit de l'Union européenne, que le Royaume-Uni est tenu d'appliquer. C'est la raison pour laquelle la commission d'experts explicite sa mission : il

(13) Avec la convention 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, les conventions 29 et 105 sur l'élimination du travail forcé, les conventions 100 et 111 sur l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession et les conventions 138 et 182 sur l'abolition du travail des enfants.

(14) La liberté syndicale - Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, 5^e éd., 2006.

ne s'agit évidemment pas d'apprécier la pertinence des arrêts *Laval* et *Viking* au regard du droit de l'Union européenne. Il lui revient, en revanche, d'analyser si l'impact de ces décisions au niveau national est tel « *qu'il en résulte un déni des droits syndicaux des travailleurs au regard de la convention n° 87* ». Une précision s'avère particulièrement intéressante. Le droit de grève n'est jamais sans limite et la commission d'experts a déjà eu à apprécier si certaines des limites nationales pouvaient être admises. Ainsi, un service minimum négocié peut notamment être envisagé. Elle poursuit en indiquant qu'en revanche, « *en élaborant sa position par rapport aux restrictions au droit de grève qui sont admissibles, elle n'a jamais inclus la nécessité d'évaluer la proportionnalité des intérêts en ayant à l'esprit une notion de liberté d'établissement ou de liberté de fournir des services* ». Elle ajoute qu'elle estime « *qu'il n'y a aucune raison de revoir sa position sur ce point* ». Il est vrai que la liberté d'établissement et la liberté de fournir des services sont des libertés propres au droit de l'Union européenne, dans la mesure notamment où ils concrétisent la liberté de circuler entre les Etats membres. La commission d'experts n'a donc pas à apprécier l'exercice de ces libertés. La conséquence est importante dans la mesure où si l'on peut admettre des restrictions légitimes à l'exercice du droit de grève, ce n'est pas au nom d'une atteinte à la liberté d'établissement et de services, ce qui était précisément la position de la Cour européenne.

La Commission exprime surtout « *une grande préoccupation* » au regard des limites pratiques à l'exercice effectif du droit de grève pour les travailleurs affiliés à la BALPA. Pour le Royaume-Uni, la réaction de la BALPA s'avérait prématurée. En effet, les tribunaux britanniques n'ont pas encore eu à se prononcer sur les conséquences des arrêts *Laval* et *Viking*. Si la BALPA a renoncé à déclencher une grève de crainte de voir aboutir l'action en dommages et intérêts dont elle était menacée, il est loin d'être sûr que les tribunaux britanniques aient accédé à la demande de British Airways. L'arrêt *Viking* laisse, en effet, aux juges nationaux, une marge d'appréciation importante de la légalité d'une grève au regard des libertés économiques européennes. On peut relever qu'en l'espèce, la BALPA avait épuisé la voie de la négociation avant de décider du mouvement collectif qui n'intervient qu'en ultime recours. Une autre incertitude demeure. Le droit britannique limite les

dommages et intérêts qui peuvent en principe être réclamés aux organisations syndicales. Pour l'heure, la question demeure de savoir si les juges britanniques pourraient décider de ne pas tenir compte de ces plafonds, dans l'hypothèse où l'action collective serait considérée comme illicite au regard du droit de l'Union européenne (15). Enfin, un dernier point est soulevé par le gouvernement britannique : en tout état de cause, la jurisprudence *Laval* et *Viking* ne peut avoir que des incidences limitées dans la mesure où elle ne concerne que les cas dans lesquels la liberté d'établissement et la libre prestation de services sont en cause, alors que, dans leur immense majorité, les conflits du travail au Royaume-Uni n'ont qu'une portée purement nationale et ne soulèvent pas de questions transnationales.

Aucun de ces arguments n'est considéré comme pertinent par la commission d'experts. D'une part, elle estime qu'avec la mondialisation, de telles affaires risquent de devenir courantes, surtout dans certains secteurs. Et il est vrai que la crise mondiale qui a frappé les entreprises européennes a entraîné un nombre important de restructurations dont beaucoup avaient une dimension transnationale. Surtout, la commission estime que la menace omniprésente d'une action en dommages-intérêts, « *comportant le risque de mener le syndicat dans une situation d'insolvabilité, éventualité fort plausible compte tenu de la jurisprudence Viking et Laval, crée une situation dans laquelle l'exercice des droits établis par la convention devient impossible* ». La conclusion est sans appel : « *La commission considère que la doctrine utilisée dans ces jugements de la CJCE est susceptible d'avoir un effet restrictif quant à l'exercice du droit de grève dans la pratique, d'une manière qui est contraire à la convention* ». On le voit donc, d'une part la commission d'experts refuse d'apprécier l'exercice du droit de grève à l'aune des libertés d'établissement et de prestations de services. D'autre part, elle estime que les arrêts de la Cour créent une réelle situation d'incertitude qui est de nature à empêcher le recours effectif au droit de grève.

La commission présente donc une observation au Royaume-Uni auquel elle demande de réviser la législation britannique en envisageant les mesures appropriées de protection de la faculté des travailleurs et de leurs organisations de recourir à l'action revendicative et d'indiquer les mesures prises à cet égard.

(15) T. Novitz, « Collective action in the United Kingdom », in E. Ales and T. Novitz (eds), op. cit., p. 173. Voir également la plainte de la BALPA auprès de l'OIT :

<http://www.balpa.org/Document-Library/Industrial-Issues/BALPA-ILO-Application-2009-01-26.aspx>

II. Une évolution nécessaire de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ?

La portée des observations de la commission d'experts reste limitée. D'une part, ce ne sont pas tant les solutions des arrêts *Laval* et *Viking* au regard du droit de grève qui sont déclarées comme n'étant pas conformes à la convention n° 87 de l'OIT que leurs conséquences possibles sur le droit britannique. C'est donc bien le droit britannique qui est en cause et non pas directement le droit de l'Union européenne, que la commission d'experts n'a pas pour mission d'apprécier. Il faut également relever que ce n'est pas la première fois que la commission d'experts condamne la réglementation britannique du droit de grève et qu'elle demande au gouvernement britannique d'assurer une plus grande protection du droit des travailleurs de recourir à une action revendicative légitime. Pour l'heure, ses observations sont non seulement restées vaines, mais le gouvernement britannique envisagerait de durcir la réglementation existante en exigeant non seulement que la grève soit soumise à un vote majoritaire, mais également qu'un seuil de 40% de participation soit atteint lors de ce vote (16).

Néanmoins, si les observations et les travaux de la commission d'experts n'ont pas de valeur normative, ils bénéficient sans nul doute d'une autorité certaine, déjà reconnue d'ailleurs en France par la Cour de cassation (17). La condamnation des conséquences pratiques des arrêts *Laval* et *Viking* sur le droit britannique et le refus d'apprécier la situation qui lui était soumise au regard des libertés d'établissement et de prestation de services sonnent bien comme un désaveu des arrêts *Laval* et *Viking*.

Quels sont maintenant les scénarii possibles ? Il est en principe courant, face à une solution jurisprudentielle que l'on estime peu pertinente, d'appeler à une intervention du législateur. L'interprétation contestée de la directive de 1996 dans les arrêts *Laval*, *Rüffert* et *Commission c. Luxembourg* a ainsi généré une revendication de modification de cette directive. Paradoxalement, cette issue n'est pas ici possible dans la mesure où le droit de grève est expressément exclu des compétences de l'Union européenne. En tout état de cause, on voit mal, dans le contexte actuel, comment les Etats membres

pourraient parvenir au consensus minimal nécessaire pour adopter un texte en la matière, tant les conceptions nationales du droit de grève sont divergentes.

La voie législative étant fermée, une évolution possible et souhaitable serait la prise en compte par la Cour de justice de l'Union européenne de la position de la commission d'experts. Il faut d'ailleurs noter que la Cour européenne s'est expressément référée à la convention n° 87 de l'OIT pour reconnaître que le droit de mener des actions collectives fait partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect.

La position de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a été amenée à se prononcer sur le droit de grève, après que les arrêts *Laval* et *Viking* aient été rendus, devrait également amener la Cour de justice à reconsidérer sa position. Avec son arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie* du 12 novembre 2008, la Cour européenne se serait, en effet, « érigée en véritable Cour européenne des droits sociaux » (18). Opérant explicitement un revirement de jurisprudence, la Cour européenne, en Grande Chambre et à l'unanimité, a placé, dans cet arrêt, le droit à la négociation collective dans le champ d'application de l'article 11, alors même que cet article se borne à énoncer les principes de la liberté syndicale. Dans cet arrêt "historique", la Cour mobilise les sources extérieures à la convention, et notamment les conventions de l'OIT, pour rattacher le droit à la négociation collective à l'article 11 : « *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* » (19). Par ailleurs, la Cour admet que la liste des éléments essentiels du droit syndical, protégés par l'article 11, n'est pas figée et qu'elle a vocation à évoluer en fonction des développements caractérisant le monde du travail (20). La question de l'appartenance du droit de grève à la sphère de l'article 11 et à sa reconnaissance comme élément essentiel de la liberté syndicale devait donc se poser et pour certains commentateurs, le droit de grève faisait « *incontestablement partie des candidats les*

(16) Dépêche, Planet Labor, 7 juillet 2010, n° 100545.

(17) On peut ainsi se référer au communiqué de la Cour de cassation dans l'arrêt du 29 mars 2006 (n° 04-46499), qui admet l'applicabilité directe de la convention n° 158 de l'OIT, et indique : ainsi si « *un tel avis - de la commission d'experts de l'OIT - ne présente pas de caractère normatif, il constitue cependant une analyse juridique précise* ». L'avocat général, Jacques Duplat, dans son avis sous l'arrêt du 1^{er} juillet 2008, reconnaissant la non-conformité du contrat nouvelle embauche à cette même convention, indiquait également : « *il*

convient de noter que les travaux des commissions d'experts de l'OIT, s'ils n'ont pas valeur normative, sont validés par de nombreuses cours suprêmes comme des développements faisant autorité vis-à-vis des principes contenus dans les Conventions de l'OIT » (RDT 2008, p. 504).

(18) Selon les termes de J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », D. 2009, 739.

(19) § 154 de l'arrêt.

(20) § 146 de l'arrêt.

mieux placés pour obtenir le titre d'élément essentiel de la liberté syndicale » (21). L'arrêt *Enerji Yapi Yol Sen c/ Turquie* du 21 avril 2009 (21 bis) apporte sur ce point une première réponse.

Si cet arrêt ne consacre pas aussi explicitement que l'arrêt *Demir et Baykara* le rattachement d'un droit – ici le droit de grève – à l'article 11 de la Convention, il constate néanmoins l'existence d'une violation de l'article 11, alors qu'était en cause l'exercice du droit de grève. Indirectement, mais incontestablement, l'arrêt fait donc entrer le droit de grève dans le champ d'attraction de l'article 11. Les faits soumis à la Cour étaient sans rapport avec ceux soumis à la Cour de justice dans les affaires *Laval* et *Viking*, puisqu'il s'agissait de la remise en cause de l'interdiction générale du droit de grève qui était opposée, à l'époque des faits, à tous les fonctionnaires turcs. Néanmoins, si l'on compare les décisions de la Cour de justice et celle de la CEDH, on ne peut que constater les divergences dans l'approche du droit de grève (22), notamment car la Cour de justice, en qualifiant le droit de grève d'entrave aux libertés de circulation, d'établissement ou de prestations de services le soumet à un contrôle restrictif, alors que pour la Cour européenne ce sont les atteintes au droit de grève qui doivent être strictement justifiées. Par ailleurs, le droit de grève étant rattaché à l'article 11, il doit être, comme tous les droits garantis par la convention, concret et effectif et non théorique et illusoire. Or, ce que montre l'affaire *Balpa* est précisément que l'application des principes issus des arrêts *Laval* et *Viking* peut conduire à une remise en cause de l'exercice effectif du droit de grève.

L'évolution de la jurisprudence de la CEDH, de même que les observations de la commission d'experts, sont donc des éléments forts qui devraient conduire la Cour de justice à modifier son appréhension du droit de grève, d'autant que la CEDH prend elle-même en compte les conventions de l'OIT et les travaux de ses organes de contrôle (23).

Une telle évolution est probable si l'on voit, dans la référence qui est faite dans l'arrêt *Viking* à la jurisprudence de la CEDH, la volonté de la Cour de justice des communautés de « manifester, honnêtement, sa volonté de lier et harmoniser sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne des droits de l'Homme » (24). La volonté d'adopter des solutions convergentes avec celles de la CEDH et des organes de contrôle de l'OIT pourrait

donc amener la Cour de justice de l'Union européenne, si elle était à nouveau saisie d'une affaire similaire, à adopter une position moins restrictive du droit de grève. Dans le cas contraire, une divergence de jurisprudence entre la CJUE et la CEDH n'est pas à exclure. Les décisions de la CEDH et de la commission d'experts ouvrent cependant de nouvelles perspectives procédurales aux acteurs nationaux. A terme, l'adhésion de l'Union européenne, prévue par le Traité de Lisbonne, pourrait permettre d'éviter ces divergences en soumettant la CJUE à l'autorité de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de droits fondamentaux.

En France il ne semble pas que les juges aient eu l'occasion d'appliquer les principes des arrêts *Laval* et *Viking* alors même que la crise économique a multiplié les licenciements, les restructurations et les délocalisations. Certaines de ces restructurations ont suscité des conflits collectifs de dimension transnationale, notamment lorsque les salariés ont souhaité s'opposer à des délocalisations dans l'espace européen (25). Il ne semble pourtant pas que, pour l'heure, ces affaires aient suscité une réponse judiciaire où les principes des arrêts *Laval* et *Viking* auraient trouvé à s'appliquer. Une des raisons tient peut-être à la différence de conception du droit de grève entre le droit français et celle qui transparaît des arrêts *Laval* et *Viking*. En France, est-il besoin de le rappeler, le droit de grève est conçu, tout du moins dans le secteur privé, comme un droit individuel qui s'exerce collectivement. Sans que la Cour de justice ait eu à se prononcer sur cette question, les arrêts *Laval* et *Viking* retiennent une conception collective du droit de grève, où les organisations syndicales jouent un rôle décisif dans le recours à l'action collective et ne devraient décider de recourir à la grève que lorsque tous les autres recours ont été épuisés. Le test de proportionnalité et le contrôle des revendications imposés dans les hypothèses de conflits transnationaux, s'accorde mal avec la conception française du droit de grève (26) où juridiquement ce sont les salariés qui décident de recourir à la grève et où les syndicats n'ont juridiquement pas la maîtrise de l'action (27). Cette conception, de même que les observations de la commission d'experts et les derniers arrêts de la CEDH, peuvent donc constituer de solides remparts aux décisions *Laval* et *Viking*.

Sylvaine Laulom

(21) Voir J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op. cit.* ; N. Hervieu, « La Cour européenne des droits de l'Homme, alchimiste de la liberté syndicale », RDT 2009, p. 288.

(21 bis) Précité note 12.

(22) Sur ce point J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op.cit.*

(23) § 102 de l'arrêt *Demir et Baykara* qui fait référence à la Commission de la liberté syndicale de l'OIT.

(24) P. Rodière, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », RTD eur. 2008, p. 47.

(25) Sur certains de ces conflits parfois durs, G. Pignarre, « A propos des séquestrations. Observer, Interpréter, équilibrer les forces sociales », RDT 2010, p. 357.

(26) S. Laulom, « Collective action in France », in E. Ales and T. Novitz (eds), *op.cit.* La conception française n'est d'ailleurs pas isolée (voir ce même ouvrage).

(27) H. Tissandier, « Droit d'action collective et liberté d'établissement : la difficile consécration des droits sociaux fondamentaux en droit communautaire », RJS 3/08, p.185.