

LAMY  
REVUE

# Semaine Sociale

# Lamy

## LES GARDIENS DES DROITS SOCIAUX EN EUROPE

Les recours nationaux et internationaux  
en cas de remise en cause des droits  
sociaux par l'Union européenne

*Actes du séminaire du 6 février 2015*

*Sous la direction d'Alain Supiot,  
Professeur au Collège de France*

**1746**

SUPPLÉMENT  
28 NOVEMBRE 2016

 Wolters Kluwer



## 3 AVANT-PROPOS

Remerciements

## 4 PARTIE 1 : INTRODUCTION

- 5 Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen  
*Alain Supiot, Professeur au Collège de France*

## 11 PARTIE 2 : LES GARDIENS NATIONAUX DES DROITS SOCIAUX

### 13 GRÈCE

- 15 Crise et jugement : le Conseil d'État grec face à l'austérité  
*Emilios Christodoulidis, Professeur à l'Université de Glasgow*

### 23 ALLEMAGNE

- 25 L'État social dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande  
*Dieter Grimm, Professeur à l'Université Humboldt de Berlin, Membre du Wissenschaftskolleg zu Berlin, ancien Membre du Bundesverfassungsgericht*

### 33 PORTUGAL

- 35 La jurisprudence constitutionnelle portugaise sur la crise de la dette publique, vue de l'intérieur  
*Ana Maria Guerra Martins, Professeur à la faculté de droit de l'Université de Lisbonne, ancienne Juge à la Cour constitutionnelle portugaise, et Chercheur au centre de recherche en droit public de Lisbonne*
- 45 Droits sociaux constitutionnels sous pression : leçons de l'expérience portugaise  
*Vital Moreira, Professeur à l'Université de Coimbra, ancien Juge à la Cour constitutionnelle portugaise*

### 55 ESPAGNE

- 57 La réforme du marché du travail en Espagne  
*Carmen Salcedo Beltrán, Professeur au sein du département de Droit du travail et de la Sécurité sociale, Université de Valence (Espagne) et Coordinatrice de la section espagnole du Réseau académique Européen sur la Charte sociale et les Droits sociaux*
- 63 La protection des droits sociaux vue d'Espagne  
*Fernando Valdes Dal-Ré, Membre de la Cour constitutionnelle espagnole*

### 65 ITALIE

- 67 Les droits sociaux à l'épreuve de la crise économique : la position de la Cour constitutionnelle italienne  
*Luca d'Ambrosio, Docteur en droit des Universités Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) et Naples II, Chargé de recherche au Collège de France*





## 71 PARTIE 3 : LES GARDIENS INTERNATIONAUX DES DROITS SOCIAUX

- 73 La mise en œuvre des conventions de l'OIT à l'épreuve de la supranationalité européenne  
**Francis Maupain, ancien Conseiller juridique de l'OIT**
- 79 Quelques remarques sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux  
**Guido Raimondi, Président de la Cour européenne des droits de l'homme**
- 83 La protection des droits fondamentaux par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) face aux mesures d'austérité imposées à la Grèce  
**Petros Stangos, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Aristote de Thessalonique, Chercheur-résident à l'Institut d'études avancées de Nantes (2014-2015), Membre (depuis 2009) et vice-président (2015-2016) du Comité européen des droits sociaux, Conseil de l'Europe**
- 88 Les droits sociaux dans l'entremêlement des protections européennes : brèves observations  
**Pierre Rodière, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)**

## 95 PARTIE 4 : ÉPILOGUE

- 97 La gouvernance économique européenne et les droits fondamentaux : les conflits potentiels  
**Fernando Vasquez, Avocat au barreau de Porto et consultant en affaires européennes**

**Semaine  
Sociale  
Lamy**

■ P-DG Wolters Kluwer France - Directeur de la publication Hubert Chemla ■ Directrice de l'Infocentre droit social Sylvie Duras ■ Rédactrice en chef Françoise Champeaux - Case postale 702 - francoise.champeaux@wolterskluwer.com ■ Chef de rubrique Sabine Iazard - Case postale 702 - sabbine.izard@wolterskluwer.com ■ Secrétaire de rédaction Carole Rebillat Lasinski - Case postale 702 - carole.lasinski@wolterskluwer.com - Tél. : 01 85 58 32 73 ■ Fax : 01 82 51 01 56 ■ Internet : www.wk-rh.fr - www.lamyline.fr ■ Édité par : Wolters Kluwer France - 14, rue Fructidor - 75814 Paris Cedex 17 ■ SAS au capital de 155 000 000 € ■ Associé unique Holding Wolters Kluwer France ■ CPPAP 0218 T 82710 ■ RCS Paris 480 081 306 ■ Siret 480 081 306 00130 ■ TVA FR 55 480 081 306 ■ APE 5814 Z ■ Abonnement annuel 535,00 € TTC ■ Prix du numéro : 40,02 € TTC ■ Prix des reliures : 31,54 € TTC ■ Périodicité hebdomadaire ■ Dépôt légal à parution ■ ISSN 0223-4637 ■ Imprimerie Bialec - 23, allée des Grands-Pâquis - 54180 Heillecourt ■ Service clients :

**0 825 08 08 00** Service 0,15 € / min  
\* prix appel

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Les noms, prénoms et adresses de nos abonnés sont communiqués à nos services internes et organismes liés contractuellement avec la publication, sauf opposition motivée. Dans ce cas, la communication sera limitée au service abonnement. Conformément à la loi du 6 janvier 1978, ces informations peuvent donner lieu à l'existence d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France - Direction commerciale.

## AVANT-PROPOS

## Remerciements

**L**e dossier publié dans ce numéro spécial est issu d'un séminaire qui s'est tenu à la Fondation Hugot du Collège de France le 6 février 2015. Des hauts magistrats et des universitaires venus de nombreux pays d'Europe ont pu ainsi confronter très librement leurs vues sur les voies de droit ouvertes face à la remise en cause des droits sociaux dans l'Union européenne. À la lumière de cette discussion, ils ont bien voulu rédiger les contributions réunies dans ce numéro. Pour tenir compte de l'actualité, un chapitre a été ajouté, rédigé par M. Luca d'Ambrosio, qui rend compte de la plus récente jurisprudence du Conseil constitutionnel italien. Toute ma reconnaissance va aux auteurs de ce travail collectif. Trop souvent les débats sur l'évolution du droit social demeurent nationaux alors que le besoin est grand de penser cette évolution à la lumière de la diversité des expériences nationales.

Il est vrai que ce besoin est aussi évident que difficile à satisfaire, car cela suppose de s'ouvrir à la diversité des langues et des cultures juridiques. Les langues de travail de ce séminaire étaient le français et l'anglais et certaines des contributions qui en sont issues ont été traduites de l'anglais au français pour les besoins de cette publication par MM. Linxin HE et Matthieu Forlodou. Je tiens à les remercier pour la façon dont ils se sont acquittés de cette tâche délicate. Je dois remercier également la Fondation Hugot pour sa généreuse hospitalité, ainsi que l'Institut d'Études Avancées de Nantes, qui a contribué au financement des traductions des contributions de ses anciens « *fellows* ». Enfin, toute ma gratitude va à Mme Françoise Champeaux, qui a bien voulu ouvrir les colonnes de la *Semaine sociale Lamy* à ce travail collectif et rendre ainsi accessible aux juristes français les développements jurisprudentiels auxquels donnent lieu la déconstruction des droits sociaux par la Troïka ou la Cour de Justice de l'Union européenne. ■

*Alain Supiot, le 7 septembre 2016*

partie 1

# Introduction



# Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen

Alain Supiot, Professeur au Collège de France

Ce n'est pas dans un ciel serein qu'au matin du 24 juin 2016, le *Brexit* a résonné tel un coup de tonnerre en Europe. Car le ciel européen était déjà depuis des années lourd de menaces politiques et sociales. Les menaces politiques sont inhérentes au « déficit démocratique » de l'Union européenne, qui n'a cessé de se creuser au fil de référendums dont, depuis 1992, les classes dirigeantes ont pris l'habitude de ne tenir aucun compte s'ils n'allaient pas dans leur sens. Or on sent bien qu'il ne pourra en aller ainsi de la décision du peuple britannique, inventeur et pratiquant multiséculaire de la démocratie parlementaire. Quant aux menaces sociales, elles procèdent de l'abandon de la promesse d'une « Europe sociale », porteuse d'« égalisation dans le progrès », au profit de la déréglementation du travail salarié, de la privatisation des services publics, de la mise en concurrence de tous contre tous et de l'accroissement considérable des inégalités. Ce climat social et politique est encore plus pesant au sein de l'Union monétaire. À rebours de la promesse d'une convergence économique des pays de l'Eurozone, l'adoption d'une monnaie unique mal conçue les a fait diverger, obligeant les plus faibles à se soumettre aux recettes socialement dévastatrices et économiquement inefficaces imposées par les plus forts<sup>1</sup>. Ce cocktail détonnant de déni de démocratie et de régression sociale a conduit partout à la résurgence de partis politiques xénophobes, et plus généralement à une lourde perte de légitimité des institutions de l'Union.

Les Traités constitutifs et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne auraient dû la prémunir de ces facteurs de décomposition, dans la mesure où ils garantissent le respect du principe de démocratie et des droits économiques et sociaux. Mais encore aurait-il fallu que les autorités européennes se fassent les gardiennes vigilantes du respect de ces droits et principes. Or elles ont failli à cette mission. La Cour de Justice de l'Union (CJUE) a à cet égard une responsabilité particulièrement grande, généralement ignorée des médias<sup>2</sup>. Gardienne des Traités ainsi que des limites assignées à l'emprise du droit européen sur les droits nationaux, elle a aussi un pouvoir législatif dans la mesure où elle rend des arrêts de règlements (elle « dit pour droit » et ne tranche

pas seulement des cas d'espèce). Cumulant ainsi des pouvoirs législatif et judiciaire dont l'exercice n'est contrôlé par personne, elle en a pendant longtemps usé avec grande prudence, ce qui lui avait permis d'asseoir progressivement sa légitimité, en dépit du caractère non démocratique de sa composition. Mais depuis une quinzaine d'années, et plus encore depuis ses arrêts Laval et Viking de 2007-2008, elle s'est départie de cette prudence pour imposer la primauté des libertés économiques sur les droits sociaux et les libertés collectives. Quant à la Commission européenne, censée être la gardienne d'un intérêt général européen, son indépendance vis-à-vis des États a pour revers sa dépendance aux lobbies, qui gangrène son fonctionnement<sup>3</sup> tout en assurant de confortables reconversions à certains de ses membres<sup>4</sup>.

Dans ce contexte, la crise financière, née de la dérégulation des marchés financiers a précipité de nombreux pays européens dans une paupérisation et un chômage d'une ampleur sans précédent depuis la seconde guerre mondiale. Les risques qu'un défaut souverain faisait peser sur les banques et sur la pérennité de l'euro ont conduit les institutions européennes à soutenir financièrement le secteur bancaire, dans une mesure également sans précédent, tandis que de l'autre main elles incitaient au démantèlement de l'État social, via le mandat confié à la Troïka. La BCE a d'abord procédé des opérations de refinancement à long terme (LTRO), fournissant ainsi 2 000 milliards d'euros aux banques à un taux d'intérêt très bas (soit un doublement de la base monétaire). Elle a eu ensuite recours aux Opérations Monétaires sur Titres (rachat des obligations d'État sur le marché secondaire) pour un montant annoncé de 1 100 milliards de mars 2015 à septembre 2016). Mise en doute par la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*)<sup>5</sup>, la légalité de ces OMT a été reconnue par la Cour de Justice européenne<sup>6</sup>.

Parallèlement, la Troïka, instance non élue réunissant des représentants de la même BCE, de la Commission européenne et du FMI, a contribué à ce sauvetage des banques en accordant aux pays endettés des prêts dont le principal effet a été de déplacer du privé vers le public l'exposition au risque d'un défaut de leur part. Aux dires même du FMI cette « substitution à grande échelle » ●●●

1. Cf. S. Daban, *A Path-Dependent Deadlock : Institutional Causes of the Euro Crisis*, New-York University School of Law, Jean Monnet Working Paper 13/15, 2015, 74 p. (accessible en ligne). 2. Sur le rôle déterminant de cette juridiction dans le cours pris par la construction européenne, v. la forte démonstration de D. Grimm, *L'Europe par le droit : jusqu'où ? Les limites de la dépolitisation*, *Le Débat*, nov.-dec. 2015, n° 187, p. 99-113. 3. Cf. les informations tenues à jour par le Corporate Europe Observatory (<http://corporateeurope.org>). On estime à 30 000 le nombre de lobbyistes installés à Bruxelles, c'est-à-dire autant que de fonctionnaires de la Commission (*Le Monde*, 7 mai 2014), dont les deux tiers représentent des intérêts industriels. 4. Le cas du recrutement par Goldman Sachs de l'ancien président de la Commission Manuel Barroso en juillet 2015 est emblématique d'une pratique plus générale du « revolving door » (v. *Corporate Europe Observatory, Annual Review 2015* <[http://corporateeurope.org/sites/default/files/annualreport\\_2015.pdf](http://corporateeurope.org/sites/default/files/annualreport_2015.pdf)>). 5. Déc. 14 janv. 2014, v. S. Daban, O. Fuchs, M.-L. Layus, *Whatever it takes ? À propos de la décision OMT de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne* *AJDA* 2014, p. 1311. 6. CJUE 16 juin 2015, aff. C-62/14 ; v. M. Frison-Roche, *La Cour de Justice de l'Union européenne, juge de la Banque centrale européenne*, *Rec. Dalloz*, 2015, 857.

7. Cf. Fonds Monétaire international, *Greece : Ex Post Evaluation of Exceptional Access under the 2010 Stand-By Arrangement*, 20 mai 2013, § 31, pp. 17-18.

8. J. Rocholl & A. Stabmer (2016), *Where did the Greek bailout money go ? ESMT White Paper N° WP-16-02*, 21 p. (European School of Management and Technology - Berlin).

9. Cf. Résolution du Parlement européen sur le rapport d'enquête sur le rôle et les activités de la Troïka, 13 mars 2014 (2013/2277(INI)).

10. En 2015, le taux de chômage des jeunes a atteint 48,8 % en Espagne, 48,3 % en Grèce, 40,7 % en Italie, 31,8 au Portugal et 24,5 % en France (Source : Eurostat, oct. 2015).

11. Sur ces conséquences sanitaires, cf. D. Stuckler et S. Basu, *The Body Economic. Why austerity kills*, Basi Books & Allen Lane, 2013, trad. fr. *Quand l'austérité tue. Epidémies, dépressions, suicides : l'économie inhumaine*, Paris, Ed. Autrement, 2014, 334 p.

12. Dir. 93/104/CE du Conseil, 23 nov. 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

13. Cf. M. Charrel, *Le système de santé grec à l'agonie*, *Le Monde*, 17 juin 2015.

14. Dir. 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, 4 nov. 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

15. CJUE, 23 déc. 2015, aff. C-180/14, Commission c. République hellénique.

16. V. sur ce point la contribution de Fernando Vasquez, *in-fu*.

17. *Satire VI*, 347-8.

18. Déc. 2 BvE 2/08, 30 juin 2009, consultable sur le site de la Cour <www.bundesverfassungsgericht.de> (avec des traductions anglaise et française). Sur cet arrêt, v.

Nikitas Aliprantis, *Quels remèdes pour les dérives sociales et l'expansionnisme de la Cour de Justice de l'Union Européenne ? in*

M.-A. Moreau (dir.), *op.cit.* Ch.6. ○○○

●●● de la dette détenue par le privé » était « déléguée »<sup>7</sup>. Selon une étude récente réalisée en Allemagne, moins de 5 % des 215,9 milliards d'euros d'aides ainsi versées à la Grèce ont été utilisés pour soutenir l'économie du pays et sa population. Tout le reste n'a servi qu'à renflouer les banques<sup>8</sup>. En contrepartie de ces « aides », la Troïka a imposé aux pays concernés l'adoption de « réformes structurelles » à base de déréglementation du droit du travail et de réduction drastique de la sécurité sociale et des services publics. Ceci sans considération ni des limites du champ de compétences assigné à l'Union européenne, ni des droits sociaux garantis par les Constitutions ou les engagements internationaux des pays concernés. Au point que le Parlement européen lui-même s'en est ému<sup>9</sup>. Les politiques ainsi imposées à la Grèce ont entraîné une hausse vertigineuse du chômage, à commencer par celui des jeunes<sup>10</sup>, une paupérisation de pans entiers de la population ainsi qu'une dégradation considérable des services d'éducation et de santé<sup>11</sup>. Exemple parmi d'autres de la schizophrénie dans laquelle ces politiques de casse sociale plongent aujourd'hui l'Union européenne : celui du contentieux relatif au temps de travail dans les hôpitaux grecs<sup>12</sup>. Pour satisfaire les exigences de la Troïka, la Grèce a réduit ses dépenses de santé d'environ 35 % depuis 2010 et supprimé 15 000 postes et 10 000 lits dans les hôpitaux publics, dont la fréquentation a dans le même temps augmenté de 25 %<sup>13</sup>. D'où un allongement démesuré du temps de travail des praticiens hospitaliers ayant échappé aux licenciements, dont la durée oscille entre 60 heures et 93 heures par semaine, et peut atteindre 32 heures d'affilée. Ces horaires extravagants dépassant les maxima autorisés par la directive européenne sur le temps de travail<sup>14</sup>, la Cour de Justice a condamné la Grèce à la demande... de la Commission, membre de la Troïka dont les consignes sont à l'origine de cette désagrégation du service public hospitalier...<sup>15</sup>

Face à cette incapacité des institutions européennes de respecter les limites de leurs compétences et de faire respecter les droits sociaux fondamentaux<sup>16</sup>, la question se pose de savoir « qui garde ces gardiens », ou pour le dire en latin avec les mots de Juvénal : « *Quis custodiet questos custodes ?* »<sup>17</sup>, C'est à cette question qu'a été consacré le séminaire international dont les travaux sont ici publiés. Ils montrent que cette question n'est pas sans réponse, et que les atteintes portées aux droits sociaux fondamentaux et à la démocratie ont été condamnées par diverses instances juridiques nationales, européennes ou internationales.

Au plan national, c'est le juge, et d'abord le juge constitutionnel, qui est garant du respect des droits et principes fondamentaux. Concernant les atteintes au principe de démocratie, la décision la plus remarquable demeure celle rendue en Allemagne par le *Bundesverfassungsgericht* à propos

de la ratification du Traité de Lisbonne. Cette décision fortement motivée a rappelé avec éclat les limites qu'impose aux institutions communautaires leur manque de légitimité démocratique<sup>18</sup> et adressé au gouvernement allemand une mise en garde solennelle qui prend un relief particulier après la décision de *Brexit* : « *Si, dans le cadre de l'évolution de l'intégration européenne, une disproportion devait surgir entre la nature et l'étendue des droits de souveraineté exercés d'une part, et le degré de légitimité démocratique d'autre part, il appartiendrait à la République fédérale d'Allemagne en raison de sa responsabilité d'intégration d'agir en vue d'apporter un changement à une telle situation et, en ultime recours, de refuser de continuer à participer à l'Union européenne.* » (§ 264). Cette décision a aussi dessiné les contours du contrôle constitutionnel des atteintes éventuelles de l'Union européenne porterait aux principes de base d'un État social : « *La Loi fondamentale ne défend pas uniquement les fonctions sociales de l'État allemand contre un empiètement par des institutions supranationales, mais elle veut également lier la puissance publique européenne à la responsabilité sociale, lorsqu'elle exerce les fonctions qui lui ont été transférées.* » (§ 258)<sup>19</sup>. Motivation qui serait évidemment transposable au cas français, dont la République est dite « démocratique et sociale » par l'article 1<sup>er</sup> de notre Constitution. Plus généralement le juge constitutionnel allemand estime que « *tant le contrôle ultra vires (qui s'applique en cas de violation des limites de leurs compétences par les organes communautaires ou de l'Union), que le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle, peuvent conduire à ce qu'une disposition de droit communautaire ou, à l'avenir, de droit de l'Union soit déclarée inapplicable en Allemagne* » (§ 241).

La remise en cause des droits sociaux imposée par l'Union européenne s'est aussi heurtée à l'opposition des plus hautes juridictions de plusieurs pays du sud de l'Europe. Ainsi au Portugal, le Tribunal constitutionnel a invalidé à diverses reprises des mesures d'austérité imposées par le gouvernement en application des directives de la Troïka<sup>20</sup>. Il en est allé de même en Italie<sup>21</sup> tandis qu'à l'inverse le Tribunal constitutionnel espagnol a donné son aval à des mesures de ce type, notwithstanding la violation des dispositions de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe<sup>22</sup>. Le cas de la Grèce est atypique, puisque c'est le Conseil d'État qui a eu à connaître de ce contentieux. Il a d'abord refusé de se prononcer, invoquant l'absence de force juridique du *Memorandum of understanding* par lequel le gouvernement grec avait fait acte d'allégeance à la Troïka<sup>23</sup>. Mais il s'est montré plus ferme depuis lors dans au moins une décision ultérieure concernant la privatisation des services d'eau<sup>24</sup>.

Mais ce n'est pas seulement à l'échelle nationale que la résistance aux remises en cause des droits sociaux par l'Union européenne s'est faite jour. L'autre Europe – celle du Conseil de l'Europe –



a eu aussi à en connaître par le biais du contrôle de la mise en œuvre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (Convention EDH)<sup>25</sup> et de la Charte sociale européenne<sup>26</sup>. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a adopté une méthode d'interprétation de la Convention EDH qui se réfère aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »<sup>27</sup> et intègre les normes internationales et européennes du travail, y compris les normes de l'OIT et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>28</sup>. Conforme au principe d'indivisibilité des droits de l'homme, cette méthode lui permet d'imposer le respect des droits sociaux fondamentaux que la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) s'emploie dans le même temps à vider de leur contenu. La divergence d'interprétation entre ces deux juridictions européennes est désormais flagrante et éclaire la guerre du dernier mot que la CJUE livre aujourd'hui à la CEDH (voir *infra*). Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) est allé plus loin que la CEDH, puisqu'il a considéré qu'il ne résulte ni de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne ni des procédures d'élaboration du droit dérivé à leur égard, qu'une présomption de conformité puisse être retenue, même de manière réfragable, s'agissant de la conformité des textes juridiques de l'Union européenne à la Charte sociale européenne<sup>29</sup>. Selon la jurisprudence la plus récente du Comité, cette Charte sociale et la législation de l'Union sont deux systèmes juridiques différents et le respect de la Charte exclut d'accorder aux libertés économiques « une valeur plus grande qu'aux droits essentiels des travailleurs, en ce compris le droit de recourir à une action collective »<sup>30</sup>. A cette condamnation implicite de la jurisprudence de la CJUE, s'ajoute la condamnation par le CEDS d'un certain nombre de dispositions adoptées en Grèce pour satisfaire les demandes de la Troïka, dispositions qu'il a jugées contraires aux droits sociaux fondamentaux garantis par la Charte sociale européenne<sup>31</sup>.

La violation des droits sociaux par l'Union européenne a enfin été critiquée par l'Organisation internationale du travail<sup>32</sup>. Saisie par l'Association des pilotes de ligne britanniques (BALPA) de l'incidence de la jurisprudence Viking sur l'exercice du droit de grève au Royaume-Uni, la Commission d'experts de l'OIT « observe avec une grande préoccupation, dans cette affaire, les limites pratiques à l'exercice effectif du droit de grève pour les travailleurs affiliés à la BALPA. La commission est d'avis que la menace omniprésente d'une action en dommages-intérêts comportant le risque d'acculer le syndicat à la faillite, éventualité aujourd'hui fort plausible, compte tenu de la jurisprudence Viking et Laval, crée une situation dans laquelle l'exercice des droits établis par la convention [n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical] devient impossible »<sup>33</sup>. Au gouvernement britannique, ar-

quant que cet impact sera en pratique limité aux hypothèses où le conflit collectif a une dimension internationale, l'OIT répond que « dans le contexte actuel de la mondialisation, de telles affaires risquent de devenir plus courantes, notamment dans certains secteurs d'emploi, comme celui des transports aériens, tant et si bien qu'une atteinte à la possibilité des travailleurs de ces secteurs de négocier réellement avec leurs employeurs sur les questions affectant leurs conditions d'emploi pourrait assurément se révéler dévastatrice. Ainsi, la commission d'experts 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 ». Cette appréciation de la Commission d'experts a été critiquée par les représentants des employeurs à l'OIT, qui considèrent que le droit de grève ne peut être déduit de la Convention sur la liberté syndicale et que plus généralement la Commission d'experts du BIT n'étant pas un tribunal n'aurait aucun pouvoir d'interprétation des conventions. Ce qui a plongé le système des supervisions des normes de l'OIT dans une crise majeure, dont elle n'est pas sortie à ce jour. Il est certainement exact que la Commission d'experts n'est pas un tribunal, mais ceux qui la critiquent sur cette base refusent par ailleurs la création d'un tel tribunal, pourtant prévue à l'article 37 de la Constitution de l'OIT... Dès lors le doute s'insinue : leur motivation ne serait-elle pas de faire échapper les institutions de l'UE à toute espèce de contrôle international du respect des droits sociaux ? De faire en sorte qu'aucun gardien ne garde ces gardiens ?

On trouvera dans les contributions réunies dans ce dossier une analyse beaucoup plus savante et précise des décisions nationales, européennes ou internationales qui sont venues rappeler les institutions européennes à l'ordre du droit social et de la démocratie. Mais ce bref panorama suffit à montrer que la crise profonde de l'UE n'est pas seulement politique mais aussi juridique. Les racines de cette crise se trouvent dans l'affirmation, intervenue dès 1964 dans le fameux arrêt Costa, selon laquelle le Traité de Rome avait « institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions »<sup>34</sup>. Selon la Cour européenne la primauté de cet ordre juridique européen sur les ordres internes a une portée absolue, ce qui l'a conduite à dire quelques années plus tard, que cette primauté ne saurait donc être mise en échec par les droits fondamentaux garantis par les constitutions des États membres<sup>35</sup>. Sur cette base, la CJUE a par exemple censuré en 2008 une disposition de la Constitution grecque excluant les personnes contrôlant des médias d'information de l'attribution des marchés publics<sup>36</sup>.

Le projet de Traité constitutionnel européen de 2005 prévoyait de consacrer explicitement cette primauté. Mais ce projet a été rejeté ●●●

- Pour une analyse en langue anglaise, add. le dossier spécial qu'à consacré à cet arrêt le *German Law Journal*, vol. 10, n° 8, 2009 <www.germanlawjournal.com>.
19. Pour le cas allemand, v. *infra* la contribution de D. Grimm.
20. V. *infra*, les contributions de A. M. Guerra Martins et V. Moreira.
21. V. *infra* la contribution de L. d'Ambrasio.
22. V. *infra* les contributions de C. Salcedo et F. Valdes Dal-Re.
23. Déc. n° 668/2012.
24. V. *infra* la contribution d'E. Christodoulidis.
25. V. *infra* la contribution de G. Raimondi.
26. V. *infra* la contribution de P. Stangos.
27. Cette notion est issue, on le sait, des dispositions du statut de la Cour Internationale de Justice (art. 38, §.1.c).
28. CEDH (gd. ch.), 12 nov. 2008, *Demir Et Baykara c. Turquie* (n° 34503/97) et CEDH, 21 avr. 2009, *Enerji Yapi-Pol Sen c. Turquie* (n° 68959/01) appliquant cette méthode à la protection du droit de grève.
29. Déc. n° 55-2009, 23 juin 2010, aff. *CGT c/ France*.
30. CEDS déc. 85-2012, 3 juill. 2013 *Confédération générale du travail (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c./Suède*.
31. CEDES, déc. n° 65 et 66/2011 du 19 oct. 2012, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*.
32. V. *infra*, la contribution de Fr. Maupain.
33. Conférence internationale du Travail, 99e session, 2010, Rapport III (IA) de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, cité p. 211. « Grande préoccupation » est souligné dans le texte original.
34. CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, Rec. CJCE p. 1141.
35. CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. 1125, pt 3.
-

○○○

36. CJCE, 16 déc. 2008 *Michaniki*, C-213-/07. Cette disposition constitutionnelle visait à empêcher que des entrepreneurs de travaux publics contrôlant certains médias puissent bénéficier des marchés publics. Il s'agissait donc typiquement d'une mesure visant à favoriser la liberté d'information et à écarter tout risque de corruption des autorités publiques. Faisant prévaloir la protection des libertés économiques sur celle de la liberté de la presse, cette jurisprudence européenne est de nature à mettre à l'abri de toute contestation la prise de contrôle des médias français par les industriels de l'armement et des travaux publics.

37. Déc. 2 BvE 2/08, 30 juin 2009, préc. §. 331.

38. Déc. n° 2004-505 DC, 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. n° 9, 10 et 11.

39. Cf. sur ce sujet D. Ritteng, *De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union*, RTD Eur. 2009, p. 677 ; A. Minet, *Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français*, RFDA 2013, p. 1199.

40. Décl., 13 déc. 2004, DTC n° 1/2004, RFDA 2005, 43 note F. Moderne, *Cab. Cons. constit n° 18/2005*, 2005, note Burgorgue-Larsen.

41. Arr. 27 avr. 2005, *Application du mandat d'arrêt européen*, P1/05.

([www.http://trybunal.gov.pl/fr/decisions/decisions-judiciaires/](http://trybunal.gov.pl/fr/decisions/decisions-judiciaires/)).

42. L. Burgorgue-Larsen (dir.) *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011, 169 p.

43. Cf. D. Simon, *Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ?* *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 1 ; P. Deumier, *QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du caractère prioritaire)*, RTD Civ. 2010, p. 499 ; P. Cassia & E. Saulnier-Cassia, *Imbroglia autour de la question* ○○○

●●● par les référendums français et néerlandais et cette disposition n'a pas été reprise dans le Traité de Lisbonne. Le principe de primauté ayant été ainsi évacué par la porte de la lettre des traités, on s'est efforcé de le faire revenir par la fenêtre d'une annexe XVII, reproduisant un avis du service juridique du Conseil affirmant que « *Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de Justice.* » Quoique devenue habituelle dans le fonctionnement de l'UE, cette méthode de contournement de la démocratie n'a pas trouvé grâce aux yeux du *Bundesverfassungsgericht* qui, dans sa décision *Traité de Lisbonne*, a souligné l'illicéité du procédé et écarté toute idée d'une primauté absolue du droit communautaire sur l'ordre juridique allemand, dans des termes d'une particulière fermeté :

« *L'allégation [...] selon laquelle avec l'approbation au Traité de Lisbonne, la primauté "absolue", prévue par le traité constitutionnel qui a échoué, du droit adopté par les organes de l'Union sur le droit des États membres ferait désormais, sur le fond, partie du contenu du traité et que serait en définitive reconnue illicitement une primauté de validité comme celle dans un État fédéral, allant jusqu'à l'abrogation de dispositions contraires du droit constitutionnel des États membres, n'est pas pertinente. [...] Il en va de même pour la supposition selon laquelle [...] il ne serait plus possible [pour la Cour constitutionnelle fédérale] de préserver la substance de l'identité constitutionnelle et de la protection allemande des droits fondamentaux.* »<sup>37</sup>

Quoique de façon moins solidement argumentée, d'autres Cours constitutionnelles ont pareillement refusé de faire totalement allégeance à la Cour de Luxembourg. Ainsi, dans sa décision relative au projet de *Traité constitutionnel européen*, le Conseil constitutionnel français a réaffirmé que ce traité conservait le caractère d'un traité international, que sa dénomination de « *traité constitutionnel* » était « *sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne* »<sup>38</sup>. En réalité, sauf à transformer l'UE en un État fédéral, son droit demeure pour l'essentiel soumis aux règles du droit international<sup>39</sup>. En sorte que chaque État membre ne peut lui donner plus de pouvoirs que ceux qu'il tire lui-même de sa Constitution. Cette supériorité de principe de la Constitution a aussi été invoquée par les Tribunaux constitutionnels espagnol<sup>40</sup> ou polonais<sup>41</sup>.

Les difficultés rencontrées surgissent moins de la position hiérarchique du droit de l'Union (qui est infraconstitutionnelle et supralégislative) que de l'institution à l'échelon européen de juridictions supranationales qui cherchent à affirmer leur imperium sur les juges nationaux. Ceci concerne du reste aussi bien la CEDH que la CJUE. Cela ne veut pas dire que la primauté du droit européen sur le droit interne, y compris sur certaines dispositions de droit constitutionnel, ne soit pas en

principe reconnue. Mais il ne s'agit pas d'une primauté absolue, en sorte que les juges nationaux se réservent la possibilité de juger si cette ouverture constitutionnelle à l'ordre juridique communautaire met en péril ce que l'on nomme aujourd'hui « l'identité constitutionnelle » nationale<sup>42</sup>. Ce maintien de la primauté de l'identité constitutionnelle sur le droit de l'UE permet de comprendre pourquoi le Conseil constitutionnel refuse de procéder à ce qu'on appelle un contrôle de conventionalité, et notamment un contrôle de la conformité des lois qui lui sont déférées avec les exigences du droit de l'UE. La force normative de ce dernier continue d'être fondée sur l'article 55 de la Constitution et non sur l'article 88-1, en sorte que le droit de l'UE ne fait pas partie du bloc de constitutionnalité dont le Conseil est le gardien. D'où la restriction à deux hypothèses seulement du contrôle qu'il exerce sur les lois transposant les directives européennes : l'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France ; et un contenu « manifestement incompatible » avec la directive.

Quoique de manière feutrée, l'Union européenne est aujourd'hui le lieu d'une guerre des juges, qui se disputent le droit du dernier mot. Cette guerre ne sévit pas seulement entre la Cour européenne et les Cours constitutionnelles nationales, mais aussi à l'échelon national entre les juridictions d'un même pays et à l'échelon européen entre les Cours de l'Union et du Conseil de l'Europe.

À l'échelon national, cette guerre du dernier mot s'est manifestée de façon spectaculaire à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi organique du 10 décembre 2009 organisant la question prioritaire de constitutionnalité<sup>43</sup>. À grands traits la Cour de cassation a considéré que la priorité ainsi donnée au contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionalité la privait de la possibilité d'exercer ce dernier et de saisir la CJUE d'une éventuelle question préjudicielle. En filigrane, le juge judiciaire semble avoir ainsi considéré que cette priorité méconnaissait la primauté du droit de l'UE sur le droit interne<sup>44</sup>. Une telle interprétation a été aussitôt rejetée tant par le Conseil constitutionnel<sup>45</sup> que par le Conseil d'État<sup>46</sup>. Le Conseil constitutionnel a rappelé que, nonobstant la mention du *Traité de Lisbonne* dans l'article 88-1 de la Constitution, le droit de l'UE tirait son autorité de son article 55, au même titre que les autres engagements internationaux de la France. Il en résulte que le contrôle de la conformité d'une disposition législative à ces engagements ne relève pas de sa compétence, mais de celle du juge administratif ou judiciaire, qui peuvent y procéder à tout moment et recourir en cas de besoin aux mesures conservatoires nécessaires à la protection des droits du justiciable. La Cour de cassation l'ayant interrogée sur la compatibilité de la loi organique avec le droit de l'UE, la CJUE a répondu prudemment que tout dépen-



daït de l'interprétation que l'on faisait de la procédure de la QPC. Celle-ci ne méconnaissait par le droit de l'UE, dès lors qu'on l'interprétait dans un sens laissant la juridiction nationale libre de prononcer des mesures conservatoires et de saisir à tout moment le juge européen d'un recours préjudiciel<sup>47</sup>. Au lieu de se rallier à cette interprétation, qui permet d'articuler contrôle de conventionalité et contrôle de constitutionnalité, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, a maintenu sa position et décidé en pareil cas de « laisser inappliquées » les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité<sup>48</sup>. De son côté, le Conseil constitutionnel a réaffirmé sa position, selon laquelle les lois transposant une directive européenne ne relevaient pas d'un contrôle de constitutionnalité, sauf atteinte portée à l'identité constitutionnelle de la France<sup>49</sup>.

L'ébranlement de la hiérarchie des normes qui résulte de l'enchevêtrement des ordres juridiques français et européen ouvre ainsi le champ d'un nouveau type de conflits de jurisprudence, qui sont la source de nouveaux pouvoirs normatifs pour les juges. Notamment le pouvoir de laisser inappliquée soit une disposition de la loi française (comme l'a fait en l'espèce la Cour de cassation), soit une disposition de droit européen (comme le ferait le Conseil constitutionnel en cas d'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France). Le recul du principe de souveraineté de la loi française, qui était la clé de voûte de notre ordre juridique résulte de l'ouverture de cet ordre national au droit de l'Union. Mais tandis que le Conseil constitutionnel s'efforce de sauver ce principe, la Cour de cassation se tourne désormais vers la CJUE comme vers une Cour suprême, compétente pour trancher ses divergences d'interprétation avec le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État. Mieux (ou pire) certaines des chambres de la Cour de cassation, comme la chambre sociale dans l'affaire Baby Loup, font de même pour résister à la jurisprudence de l'assemblée plénière, lorsqu'elle désavoue la sienne<sup>50</sup>. On peut y voir l'écho du catholicisme culturel qui imprègne les institutions françaises, enclines à chercher, hier à Rome, – aujourd'hui à Bruxelles – le détenteur du dernier mot, autrement dit l'instance infaillible. C'est un penchant qu'observait déjà Leibniz au XVII<sup>e</sup> siècle, mais pour en déplorer les conséquences funestes : « *La France aurait tort observait-il, de trahir la vérité pour reconnaître l'infailibilité de Rome, car elle imposerait à la postérité un joug insupportable.* »<sup>51</sup>

Mais c'est aussi à l'échelon européen que cette guerre du dernier mot se déroule, mettant aux prises les juridictions supranationales respectives de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Le point culminant de ce conflit a été atteint avec l'avis rendu le 18 décembre 2014 par la CJUE sur le projet d'accord d'adhésion de la Communauté européenne à la Convention EDH<sup>52</sup>. La CJUE avait déjà fait savoir en 1996<sup>53</sup> son opposition à

une telle adhésion, au motif que cette dernière aurait excédé les compétences que la Communauté tenait du traité CE alors en vigueur. Mais depuis cette date la Communauté est devenue Union Européenne et l'adhésion à la Convention EDH est explicitement prévue à l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne de Lisbonne (TUE), aux termes duquel « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.* » Le Traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE) fixe la procédure d'adoption de l'accord d'adhésion (TFUE, art. 218 § 6), et un protocole n° 8 pose les conditions de la négociation de cet accord, qui doit notamment « *garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions* », ni l'article 344 TFUE aux termes duquel « *Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci.* »

Le projet d'accord négocié sur ces bases avec le Conseil de l'Europe a été soumis pour avis à la CJUE qui l'a jugé incompatible avec les dispositions de l'art. 6 § 2 TUE et du Protocole n° 8. Le plus frappant est bien sûr le fait que la Cour, gardienne des traités, se soit ainsi autorisée à priver d'effet, sans doute définitivement, la disposition non équivoque du Traité, selon laquelle « *L'Union adhère à la Convention EDH* ». Renversant la proposition principale et la subordonnée de cet article, elle le lit comme s'il avait pour objet d'affirmer l'intangibilité de sa propre compétence et d'y subordonner l'adhésion à la CEDH. Quoiqu'on pense de l'opportunité de cette adhésion, on ne peut que noter qu'en privant cette disposition impérative de tout effet, la Cour s'arroge un pouvoir souverain, transcendant celui des États membres. D'où la question « *qui gardera ces gardiens ?* ».

Sur le fond l'hostilité de principe de la Cour à l'adhésion ne fait aucun doute. Contrairement aux conclusions de son avocat général, elle ne ménage aucune porte de sortie pour une renégociation de l'accord d'adhésion tenant compte de ses objections. Car cette adhésion l'obligerait inévitablement à se soumettre dans certains cas aux décisions de la Cour EDH. Hypothèse inacceptable aux yeux de la Cour, qui n'en fait du reste pas mystère et invoque l'article 344 TFUE pour s'opposer « *à tout contrôle externe antérieur ou postérieur* » dans la solution des litiges impliquant l'UE ou les États membres (Avis 2/13 préc. § 210). Pour ménager le caractère subsidiaire de l'intervention de la Cour EDH, le projet d'accord prévoyait de lier cette dernière à l'interprétation de points de droit déjà tranchés par la CJUE. Mais cette garantie ne trouve pas grâce aux yeux de la CJUE qui estime qu'elle seule doit décider de ce qu'elle a ou non déjà tranché. « *Permettre à la Cour EDH de statuer sur une telle question reviendrait à lui attribuer la compétence* » ●●●

○●● prioritaire de constitutionnalité. Rec. Dalloz 2010. 1234.  
**44.** Cass., 16 avr. 2010, (Melki et Abdeli), RIDP ss. art. D. Simon préc.  
**45.** C. const., déc. 2010-605 DC, 12 mai 2010.  
**46.** CE, 14 mai 2010, Rujović.  
**47.** CJUE 22 juin 2010, Melki et Abdeli, C-188/10 et C-189/10.  
**48.** Cass. ass. plén., 29 juin 2010, n° 10-40001.  
**49.** C. const., déc. n° 2010-79 QPC, 17 déc. 2010.  
**50.** Cass. soc., 9 avr. 2015, n° 13.19.855. Ce recours à la CJUE risque d'ajouter ainsi au chaos jurisprudentiel. La Cour européenne des droits de l'homme pourrait en effet elle aussi être amenée à se prononcer sur le sujet dans le cadre d'un recours de la salariée licenciée par Baby Loup. Sur l'incompréhension du principe de laïcité dont a fait preuve la chambre sociale dans cette affaire, je me permets de renvoyer à A. Supiot, *Laïcité*, in Ch. Lazerges (dir.) *Les grands avis de la Commission nationale représentative des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 292-307.  
**51.** Leibniz, *Lettre à Madame de Brinon*, Hanovre, 16 juillet 1691, reproduite in François Gaquière, *Le dialogue irénique Bossuet-Leibniz. La réunion des Églises en ébec (1691-1702)*, Paris, Beauchesne, 1966, pp. 46-49, cité p. 47.  
**52.** Avis 2/13 de la Cour (ass. plén.), 18 déc. 2014.  
**53.** Avis 2/94, 28 mars 1996.

●●● *pour interpréter la jurisprudence de la Cour.* » (§ 239), qui refuse à quiconque le droit d'interpréter ses arrêts.

Pour s'affirmer ainsi en Cour suprême, insusceptible de se plier à aucune autre juridiction, la Cour donne de la construction européenne une définition nouvelle et particulièrement « constructive ». L'UE, commence-t-elle par affirmer à bon droit, ne peut être considérée comme un État (§ 156). Mais cependant elle est « dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement » (§ 158). Autrement dit, bien que ce ne soit pas un État, l'UE aurait une constitution. Cette promotion de traités internationaux en constitution est martelée par elle à plusieurs reprises. Les traités, affirme-t-elle, sont une « charte constitutionnelle de base » (§ 163), qui engagent tous les États membres dans une même construction juridique.

Fondée sur un ensemble de valeurs communes, cette construction impliquerait un principe que la Cour découvre pour les besoins de la cause : celui de « la confiance mutuelle entre les États membres » (§ 168). En vertu de ce principe chaque État doit présumer le respect des droits fondamentaux chez les autres. Il ne peut donc « exiger d'un autre État membre un niveau de protection nationale des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union » (§ 192). Car d'une façon générale « l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des

*objectifs de l'Union* » (§ 170). Une portée générale est ainsi attribuée à la jurisprudence Viking/Laval, qui traite les *minima* de protection sociale comme des *maxima* et les subordonne aux libertés économiques. En vertu de cette « confiance mutuelle », la Cour va même plus loin : un État ne pourrait pas non plus « vérifier » (autrement dit mettre en cause) le respect de ces droits par un autre État membre. Or c'est une telle vérification qu'autoriserait l'adhésion à la CEDH en ouvrant à un État le droit d'alléguer devant la CEDH la violation d'un droit fondamental dans un autre (§.194).

L'avis de la CJUE donne ainsi à voir le rêve éveillé d'une Union européenne quasi fédérale, dont elle serait la Cour suprême ayant le dernier mot sur l'interprétation des droits économiques et sociaux et les mains entièrement libres pour subordonner l'exercice de ces droits sociaux aux libertés économiques dont elle est la gardienne sourcilieuse. Si cette doctrine devrait prévaloir, il serait par exemple interdit à un État membre de mettre en cause la violation par un autre État des normes internationales du travail devant une instance judiciaire internationale.

Cette vision paraît totalement déconnectée de la crise profonde de légitimité qui mine aujourd'hui toutes les institutions européennes. Elle ne pourrait, si elle devait l'emporter, qu'aggraver cette crise. Symptôme du déficit démocratique de l'Union européenne, le gouvernement des juges ne peut lui servir de remède. Mais en attendant la refondation dont les institutions européennes ont évidemment besoin, il est important qu'elles n'échappent pas au contrôle des juridictions nationales ou des instances internationales qui sont les gardiennes des droits sociaux fondamentaux. ■

partie 2

# Les gardiens nationaux des droits sociaux

- Grèce
- Allemagne
- Portugal
- Espagne
- Italie





**Grèce**



# Crise et jugement : Le Conseil d'État grec face à l'austérité

Emilios Christodoulidis, Professeur à l'Université de Glasgow<sup>1</sup>

Cet article a été écrit et présenté publiquement à un moment qui fut politiquement important pour la Grèce : les six mois qui se sont écoulés entre la formation du premier gouvernement de Syriza en janvier 2015 et le référendum du mois de juin de la même année, lorsqu'une très grande majorité de Grecs ont rejeté les termes de l'offre faite par l'Union européenne pour parvenir au « salut fiscal » du pays. L'histoire consécutive de la défaite du gouvernement grec à l'issue des âpres négociations de juillet 2015, est bien connue<sup>2</sup>. Les expérimentations politiques de gauche réalisées à Athènes lors du « bref été »<sup>3</sup> pourraient s'avérer pertinentes sur le long terme. Si tant est qu'elle le soit vraiment, il serait sans doute judicieux que les pays en difficulté au sud de l'Europe s'en inspirent dans leurs tentatives menées pour résister à l'austérité. C'est, en tout cas, dans cet état d'esprit que cette intervention doit être lue. Nous pensons qu'il ne faut pas perdre de vue l'importance stratégique des espoirs qu'une société politique place dans le pouvoir judiciaire pour protéger sa Constitution, laquelle prend une importance accrue en période d'instabilité politique, de manière générale, et plus particulièrement lorsque cette Constitution est considérée comme la seule ligne de défense contre des revendications imposées de l'extérieur.

## 1 LA NOTION DE CRISE

Si l'on retourne à la racine grecque du terme « crise », on est amené à emprunter une trajectoire qui fut décisive. Le mot est un substantif tiré du verbe grec κρίνω (*krinō*), qui avec une certaine constance tout au long du millénaire qui nous sépare de son ancien usage, continue de désigner le fait de rendre un jugement. Comme nous le rappelle Giorgio Agamben<sup>4</sup>, le jugement peut être employé dans un certain nombre de registres, théologique, judiciaire, médical. Dans ce dernier cas, le mot désigne la décision adoptée, en dernier ressort, sur le point de savoir si le patient vivra ou mourra. Mais il est possible de pousser un peu plus loin la métaphore. Nous voyons dès lors comment la « crise » est liée à ce risque fondamental qui peut conduire à la ruine. Ce qui est affecté par la κρίσις (*krisis*) – κρίσιμος (*krisimos*) serait

l'adjectif le plus approprié – autorise un glissement de sens. Glissement qui va de la notion même de jugement vers ce qui définit la condition que nous appelons (encore aujourd'hui) « critique ». κρίσιμος (*krisimos*) – renvoyant aussi bien à ce qui est « objet de jugement » qu'à ce qui est « dans un état critique » – comporte l'idée d'une anticipation, vis-à-vis de laquelle la vérité du jugement, sa mise à exécution, est pendante. La dimension temporelle, l'anticipation, prend alors une place importante dans la signification du mot « crise ». En d'autres termes, l'idée même que le risque puisse être funeste prend une part intégrante dans la crise que vivent ceux dont le sort est abandonné au jugement.

Nous avons hérité des Grecs cette jonction sémiotique entre le jugement et la « crise », telle que nous la concevons aujourd'hui, laquelle connote le risque et le déséquilibre et exige une intervention. Mais au fil de cette trajectoire historique, nous observons une transformation du sens par glissement erratique qui, initialement mesuré, est devenu par la suite prépondérant. Associé habituellement aux Physiocrates, avant d'être plus tard généralisé, l'accent mis sur l'exercice du jugement glisse de la prévention au management. Avec ce déplacement de sens, la crise devient le point de référence constant pour tout jugement, dont la rationalité est alors réorientée en direction de la réussite du « management de crise ». Là où la crise marquait un moment exceptionnel, une profonde banalité est maintenant à l'œuvre. Nous savons avec Marx que le capitalisme est de manière constitutive lié à des cycles de crises. Dans la situation actuelle d'une totale soumission des sociétés aux mouvements du capital à l'échelle de tout le globe, la crise se présente partout comme *modus vivendi*. L'acte de juger perd ainsi ce qu'on pourrait appeler sa signification politique, et devient par-là surdéterminé par la situation de crise, en amont de laquelle il ne peut plus désormais être positionné et sur laquelle il n'exerce plus aucun pouvoir. Le jugement ne se distingue plus du management de crise, ne servant dès lors plus qu'à renvoyer à une condition qui est désormais considérée comme un donné. Le fait que la dette soit aujourd'hui devenue la catégorie structurante de la pensée macroéconomique, n'apparaît comme quelque chose d'incongru qu'aux yeux d'un petit nombre de personnes. ●●●

1. Traduit de l'anglais par Matthieu Forlodou.

2. Voir S. Kouvelakis, *Syriza's rise and fall*, *New Left Review*, n° 97 (2016), sur la signature du troisième mémorandum, la critique du « repositionnement » de Syriza et les reproches amères formulés par des membres influents de la « plateforme des gauches ».

3. Référence approximative au chef d'œuvre de Hans Magnus Enzensberger, *Le bref été de l'anarchie. La vie et la mort de Buenaventura Durruti*, Paris : Gallimard, coll. « Du Monde entier », 1975.

4. Voir G. Agamben, *For a theory of destituent power*, *XPONOS magazine*, 2014, en ligne : [url] <http://www.chronos-mag.eu/>

●●● Ce qui est désormais inhérent à la logique gouvernementale en Europe, c'est le fait que la dette doit être administrée ou, dans le langage de l'Union européenne, doit être « stabilisée »<sup>5</sup>.

Je ne m'attarderai pas plus longtemps sur la notion ou la réalité de la crise, bien que dans un certain sens elle délimite et sous-tende la discussion qui va suivre. J'insisterai simplement, encore une fois, sur le fait que la signification et la nouveauté de la crise font l'objet à notre époque, non seulement, d'une normalisation, mais plus encore d'une forme d'occultation et d'habillage. Comme c'est toujours le cas dans la mise en œuvre d'une catégorie générale, la notion de crise collective est à la fois trop et pas assez inclusive. Les crises ont eu des effets distincts sur les sociétés. Nous avons la grande catégorie de ceux qui sont en colère – en référence aux travaux qui se rapportent à la notion *durkheimienne* de « colère publique » – mais dont la participation dans la reproduction matérielle de la société a été réduite plutôt qu'étouffée. Nous avons aussi ceux qui sont restés largement épargnés ou qui ont même pu profiter de ces crises. Puis, il y a ceux qui ont largement dépassé « le point de bascule » et pour lesquels il est déjà trop tard. Je fais référence ici à la génération sacrifiée de mon propre pays, et à celles des autres pays d'Europe du sud : ces générations qui savent qu'avec le chômage des jeunes atteignant presque 60 % – sans tenir compte du sous-emploi, des contrats zéro heure et de la grande variété des formes par lesquelles l'exploitation est organisée – plus de la moitié d'entre elles ne travaillera pas. À ceux qui sont de la sorte sacrifiés par l'Europe de l'austérité, et auxquels on va jusqu'à nier la reconnaissance même de ce sacrifice qui leur est infligé, un différend que pratiquent avec indifférence et une particulière brutalité les Commissaires européens du marché commun.

L'objectif de ce court article est d'assigner une place au rôle joué par les tribunaux (constitutionnels) dans une telle situation. Le fait de définir la crise en termes de jugement est, bien évidemment, on ne peut plus pertinent au regard de la fonction judiciaire. Dans la prochaine section, nous examinerons certaines décisions essentielles rendues par le Conseil d'État grec en réponse à l'imposition de l'austérité dans le pays. Dans la troisième section nous prendrons un peu de recul pour nous permettre de mener une réflexion sur la tendance en faveur du fonctionnalisme qui est à l'œuvre dans la pensée juridique actuelle. La dernière section rassemblera quelques idées relatives à la distinction à faire entre urgence et nécessité.

## 2 LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT GREC

La plus haute cour administrative du pays, le Conseil d'État grec (Συμβολο), a pu examiner dans un certain nombre d'affaires clés, et à chaque

fois en session plénière, les législations qui ont favorisé l'instauration de l'austérité en Grèce. Les plus importantes d'entre elles sont les suivantes :

– la décision n° 668/2012 par laquelle il statua sur la question de la constitutionnalité de la loi qui avait pour objectif de mettre en œuvre le premier mémorandum d'entente notamment sur les questions relatives aux exigences constitutionnelles en faveur des majorités accrues (*art. 28.1*) et de la protection de la dignité (*art. 28.3*) ;

– la décision n° 1972/2012<sup>6</sup> par laquelle il s'est prononcé sur la constitutionnalité de la taxe foncière hâtivement adoptée et dans laquelle il examina entre autres la mesure liant la perception de la taxe foncière au paiement des factures d'électricité ;

– la décision n° 1906/2014 par laquelle il statua sur la question de la constitutionnalité de la privatisation de la compagnie grecque des eaux et des égouts ;

– la décision n° 2192/2014 dans laquelle il déclara inconstitutionnelles les réductions affectant les salaires versés aux employés des forces armées (et à d'autres catégories professionnelles déterminées) ;

– la décision n° 2307/2014 dans laquelle il statua sur la constitutionnalité du second mémorandum d'entente en se référant spécifiquement à la force contraignante des accords collectifs et à certains aspects de la liberté syndicale.

Nous ne pouvons ici faire l'analyse détaillée de ces décisions. Il s'agit de décisions complexes et qui présentent de curieuses incohérences et contradictions. Dans la décision de 2012 (*n° 668/2012*) que nous aborderons plus en longueur par la suite, le Conseil jugea que la loi nationale ayant introduit en droit interne les conditions imposées de l'extérieur était constitutionnelle et qu'elle ne mettait pas en cause la souveraineté budgétaire<sup>7</sup>. (Certains observateurs bienveillants sont même allés jusqu'à comprendre cette décision comme si elle superposait l'intérêt national et l'intérêt européen et que, de la sorte, elle n'imposait pas de sacrifice de souveraineté.) La réduction des salaires et des pensions fut jugée constitutionnelle (*n° 668/2012*), sauf lorsqu'elle concerna certaines catégories privilégiées d'employés, et quand il n'en allait pas ainsi (*n° 2194/2014*). La privatisation à grande échelle de l'industrie fut jugée conforme à la Constitution tant qu'elle ne comportait pas des mesures concernant l'eau (*n° 1906/2014*). Les réformes structurelles étendues du marché du travail introduites par le second mémorandum ont été jugées conformes sauf lorsqu'elles portaient largement atteintes à la liberté syndicale ; elles ont été jugées clairement inconstitutionnelles là où elles revenaient sur le pouvoir unilatéral de renvoi à l'arbitrage (*n° 2307/2014*). Les coupures d'approvisionnement en électricité pour non-paiement des impôts ne sont pas seulement des formes d'intrusion dans les relations contractuelles, elles sont

5. Voir M. Lazzarato, *Gouverner par la dette*, Paris : Les Prairies ordinaires, 2014, et W. Streeck, *Buying Time : The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, London : Verso, 2014.

6. Par cette décision, le Conseil d'État a proclamé la constitutionnalité et la conventionnalité de la loi n° 4021/2011, qui avait mis en place la taxe spéciale et temporaire sur la propriété immobilière des particuliers (EETIDE). Cette loi a radicalement modifié le procédé par lequel l'assiette de l'impôt sur les biens immobiliers était jusqu'alors calculée.

7. [note vide dans le texte original].



également des mesures violant les dispositions constitutionnelles qui interdisent la privation des biens d'importance vitale en vue de garantir une vie digne (n° 1972/2012). Etc.

Que faire, donc, de ces oppositions marginales et sporadiques, voire même erratiques, que le Conseil d'État grec a pu formuler à l'encontre de l'austérité ? Voit-on apparaître là une intéressante ligne de convergence ou de conduite ? Commençons par souligner deux choses :

Premièrement, toutes ces décisions partagent un dénominateur commun qui touche à la proportionnalité des limites placées à l'exercice des droits constitutionnellement protégés, en particulier des droits de propriété, que le Conseil mesure à l'aune de « l'exceptionnelle (υπερ-μετρον *uper-metron*) nécessité de la discipline fiscale et la réduction de la dette nationale ». Remarquez comment la notion de proportionnalité vient de manière croissante servir de médium au discours de l'exceptionnalité et de la nécessité, et avec elle un nouvel équilibre – une nouvelle « mesure » si nous prenons au sérieux la référence du Conseil au terme « μετρον » (*metron*), ainsi qu'une nouvelle normalisation.

Deuxièmement, toute la jurisprudence rendue par le Conseil d'État grec se caractérise par une forme d'« auto-contrainte » fréquemment avouée, semblable à celle d'autres cours constitutionnelles, et en opposition flagrante avec la position de la Cour de Justice de l'Union européenne (cf. son arrêt Pringle, ci-dessous). Cette auto-contrainte est contredite par des décisions sporadiques fondées sur des motifs d'inconstitutionnalité fragmentaires et isolés. Bien qu'elles soient plutôt rares, elles constituent néanmoins des formes d'instanciation, momentanées et non systématiques, de perspectives constitutionnelles différentes qui renferment une conception plus robuste du bien public. Ce serait une recherche différente, critique, que nous pourrions sans doute reporter pour une autre occasion, que d'esquisser pour l'avenir une perspective constitutionnelle cohérente à partir de ces fragments – stratégiquement utile, sans doute, mais qui d'un point de vue descriptif ne rendrait pas compte de la manière actuelle de penser au sein du Conseil d'État grec.

Dans le reste de cette section, nous examinerons plus en détail deux des plus importantes décisions du Conseil. Nous renverserons la séquence temporelle dans laquelle ces décisions ont été prises, en analysant la plus récente en premier : l'opposition la plus radicale (et à notre connaissance la moins discutée) qu'a formulée le Conseil envers l'austérité dans le cadre de sa décision sur la privatisation de l'eau. Nous reviendrons ensuite à la première décision – qualifiée « d'historique » – (n° 668/2012) sur la constitutionnalité de l'austérité afin de la rattacher à la question plus vaste concernant le raisonnement juridique de type fonctionnaliste.

### ► L'inconstitutionnalité de la privatisation de l'eau : la décision n° 1906/2014

En juillet 2011, la loi n° 3986/2 011 créa le « Fonds de développement des biens de la République grecque » (ΤΑΙΠΕΔ) dans le cadre de la stratégie fiscale à moyen terme. Les objectifs de la loi envisageaient l'instauration sur une grande échelle de la privatisation des biens publics : création envisagée explicitement dans « le but de restreindre l'intervention du gouvernement dans le processus de privatisation, et de le développer ultérieurement dans un contexte entièrement professionnel ». Le Fonds est une société anonyme, dont la gestion relève du droit privé. Le Fonds se voit doté, sans compensation, de toute sorte de droits de propriété détenus par l'État par une simple décision du comité ministériel compétent. Les biens transférés au Fonds par l'État ne font pas partis de son capital social. L'unique but de la nouvelle société est de liquider les biens afin que l'État paie ses dettes. Il n'est fait référence à aucun autre but que celui de satisfaire, de la manière la plus efficace, les intérêts des créanciers de la Grèce.

À l'occasion de l'examen de la requête formulée contre la décision (n° 206, 25 avr. 2012) du « Comité interministériel pour la restructuration et la dénationalisation » (ΔΕΑΑ ΔΕΑΑ) qui ordonna le transfert de 34 % des parts du ΕΥΔΑΠ s.a. (*Eydap s.a.* au Fonds (ΤΑΙΠΕΔ) en vue de leur futur transfert au profit d'investisseurs privés, le Conseil d'État déclara que l'acte administratif violait les articles 5.5<sup>8</sup> et 21.3<sup>9</sup> de la Constitution grecque. Nous nous permettons de citer de longs passages de cette remarquable décision (tous tirés du considérant 22) :

« 22. [...] *La fourniture des services d'utilité publique ne constitue pas une activité faisant partie intégrante du noyau du pouvoir de l'État. Il en est de même concernant les services d'eau et d'assainissement, lesquels peuvent être fournis par une entreprise publique, revêtue du statut juridique d'une société anonyme.*

[...] *Cependant, le caractère d'une entreprise comme [entreprise] publique est levé lorsque l'État se prive du contrôle de la société anonyme, en ayant transféré à des investisseurs privés des parts de la société qu'il détient supérieures à celles qui lui permettraient d'être le propriétaire de l'entreprise et de faire élire par l'assemblée des actionnaires la majorité de membres du Conseil d'administration de l'entreprise, lequel détermine les priorités stratégiques de l'entreprise et contrôle son budget. Dans ce cas, l'entreprise publique est privatisée en substance, parce qu'est ainsi donnée à des investisseurs privés l'opportunité d'acquérir la propriété de l'entreprise et d'être représentés au conseil d'administration de l'entreprise par une majorité des membres du conseil d'administration.*

[...] *La conversion, en substance, de l'entreprise publique en entreprise privée, laquelle est guidée dans ses opérations par la réalisation de profits, rend incertaine la poursuite de la fourniture des services d'utilité publique, de haute qualité, accessible* ●●●

8. « Toute personne a droit à la protection de sa santé et de son identité génétique. »

9. « L'État doit veiller à la santé des citoyens et doit prendre des mesures particulières de protection de la jeunesse, des personnes âgées et d'assistance aux nécessiteux. »

●●● *par tous [les citoyens], parce que le monitoring par l'État ne sera pas pleinement garanti. L'incertitude [qui prédomine] dans la permanence de la fourniture des services d'utilité publique de telle importance, ne peut se permettre ni en vertu de l'article 5 § 5 de la Constitution, qui garantit le droit à la protection de la santé, ni en vertu de l'article 21 § 3, qui dispose que l'État prend soin de la santé des citoyens.*

*Par conséquent, la perte par l'État de la majorité des parts de l'EYDAP, dont le maintien – sous le régime juridique en vigueur – est nécessaire afin que l'entreprise publique ne se convertisse pas en entreprise privée, constitue une violation des articles 5 § 5 et 21 § 3 de la Constitution et pour cette raison, qui est valablement introduite devant notre Cour, la requête doit être déclarée partiellement recevable et la décision attaquée devant la DEEA doit être déclarée nulle et non avenue, dans sa partie qui ordonne le transfert au TAIPED des dernières parts de la société [anonyme] dont la propriété appartient à l'État. »*

Il ne fait pas de doute que le coup d'arrêt à la privatisation de l'eau prononcé par le Conseil exprime cette sensibilité particulière qui fait de l'eau un bien dont la marchandisation en règle générale met mal à l'aise, et à propos duquel un discours tenu sur les choses communes a timidement fait son apparition ces derniers temps (voyez également le référendum sur la question en Italie). La décision fut reçue avec consternation par la coalition gouvernementale menée par le parti conservateur Nouvelle démocratie en 2014. La plupart des commentaires juridiques sur la décision sont, eux aussi, trop anecdotiques pour mériter une discussion plus poussée, et, comme nous l'avons noté, la décision n'a en général suscité que très peu de commentaires, en raison sans doute de la rapidité et de l'intensité des évolutions politiques environnantes. Relevons toutefois dans cette décision l'affirmation claire de l'autonomie et de la dignité de la réflexion judiciaire, telle qu'elle s'exprime dans un jugement qui ne succombe pas à l'esprit de nécessité économique lorsqu'il s'agit de fixer certains seuils. Et saluons dans cette décision la formulation d'une conception du bien public qui demeure irréductible à la logique du prix. À propos de ces seuils, de cette attention portée à ce qui n'est pas négociable, et de cette défense de l'incommensurable, nous pouvons, à la suite d'Alain Supiot, les considérer comme les ressources dogmatiques du pouvoir judiciaire<sup>10</sup>.

### ► La constitutionnalité de l'austérité : la décision n° 668/2012

Les dispositions du premier mémorandum qui renferment les « conditions » vexantes, ont été introduites en droit grec par la loi n° 3845/2010 votée par le Parlement grec en 2010<sup>11</sup>. Le Conseil a pu statuer sur la constitutionnalité de ce premier mémorandum d'entente dans sa décision n° 668/2012. L'affaire a été portée devant le Conseil par le Barreau d'Athènes en liaison, entre

autres, avec le syndicat des fonctionnaires publics. Les requérants ont demandé que la décision du gouvernement de couper dans les salaires et les pensions, en conformité avec les revendications de la Troïka, soit censurée pour violation de certaines dispositions importantes de la Constitution grecque<sup>12</sup>. Les dispositions constitutionnelles en cause sont celles prévues à l'article 28 de la Constitution qui concerne les relations entre le droit national et le droit supranational. En fait, les demandeurs soutenaient que le mémorandum, en raison de la manière dont il fut intégré dans la législation nationale, menaçait la souveraineté budgétaire dans la mesure où il transférait des compétences nationales à des instances internationales. Selon l'interprétation dominante (et jusqu'à présent restée incontestée) de l'article 28, qui avait été adoptée pour permettre l'intégration de la Grèce dans la Communauté économique européenne, les trois paragraphes de l'article doivent être interprétés conjointement : le premier paragraphe posant qu'un traité international ratifié par le Parlement est juridiquement supérieur à la loi nationale ne s'applique que si deux conditions supplémentaires sont satisfaites : la ratification doit avoir été votée à la majorité des trois cinquièmes qui est prévue au paragraphe second ; et les conditions fixées au troisième paragraphe doivent être satisfaites ; à savoir, le texte intégré au droit interne doit « promouvoir l'intérêt public » et ne pas violer (notamment) les droits de l'homme. L'article 28 pose ainsi deux séries de conditions : un impératif procédural positif – l'obligation d'atteindre les trois cinquièmes du nombre total des votes au Parlement –, et une condition substantielle négative – le respect des droits de l'homme, de la démocratie, de l'égalité et de réciprocité. Les demandeurs soutenaient que le programme d'austérité faisait porter sur les fonctionnaires et les bénéficiaires des pensions une charge disproportionnée, et violait le principe constitutionnel de respect de la dignité humaine, compris comme comportant la garantie d'un niveau minimum de subsistance.

La demande fut rejetée par le Conseil d'État grec. La décision en la matière (n° 668/2012), rendue par l'assemblée plénière le 20 février 2012, écarta l'objection d'inconstitutionnalité soulevée par les demandeurs. Le Conseil jugea que le mémorandum ne constituait pas un traité international transférant des pouvoirs exercés par des organes de l'État vers une organisation internationale et, à ce titre, devant être approuvé par la majorité des trois cinquièmes des membres du Parlement : les actes administratifs en cause n'impliquaient pas, en effet, le transfert de souveraineté vers des organisations internationales. Par conséquent, indépendamment du fait que le mémorandum annexé au droit interne soit le produit d'une coopération entre la Grèce et un organisme international (rassemblant la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fonds

10. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris : Seuil, coll. « La Couleur des idées », 2005.

11. Loi n° 3845/2010, intitulée « Mesures pour la mise en œuvre du mécanisme de soutien de l'économie grecque par les États membre de l'eurozone et le Fonds monétaire international ».

12. Leur demande tendait techniquement à ce que le Conseil annule les actes administratifs qui réalisaient les coupes budgétaires et adoptaient d'autres mesures d'austérité prévues dans le Mémorandum signé entre la Grèce et les représentants de la Troïka.

monétaire international), il s'agissait en fait du programme adopté par le gouvernement national pour faire face à la crise financière et le risque d'une banqueroute de l'État. Selon le Conseil, le fait que le mémorandum soit annexé à la loi n'était juste qu'une façon de « faire connaître officiellement et publiquement son contenu et l'agenda de sa mise en œuvre ». Par conséquent, le mémorandum, non seulement, ne donne aucun pouvoir à des organes d'instances internationales, mais n'a pas non plus d'effet direct : les instances nationales conservent le pouvoir de mettre en œuvre les mesures adoptées.

La décision fait valoir que « l'intérêt public » réclamait l'accord de prêt et que, par conséquent, la mise en œuvre des conditions imposées n'étaient pas « disproportionnées », et qu'il ne « pouvait être soutenu que [ces conditions] n'étaient pas nécessaires ». De manière significative, le Conseil d'État grec statua que :

« 13. [...] La réduction de salaires, d'allocations et des pensions de retraite des fonctionnaires de l'État, instaurée en vertu des lois n° 3833/2010 et n° 3845/2010, fait partie d'un programme plus vaste d'ajustement budgétaire et de réforme structurelle de l'économie grecque, lequel, [s'il est] intégralement appliqué, vise à affronter, selon l'appréciation du législateur, l'exigence immédiate de satisfaire les besoins économiques du pays et à entraîner l'amélioration de sa situation budgétaire et économique dans l'avenir, c'est-à-dire à servir des objectifs qui représentent des raisons importantes d'intérêt public et qui sont, en même temps, des objectifs d'intérêt commun des États membres de l'eurozone, compte tenu de l'obligation, établie en vertu de la législation de l'Union européenne, de discipline budgétaire et de sauvegarde de la stabilité de la zone euro dans son ensemble. Ces mesures, de par leur nature, contribuent directement à la réduction des dépenses publiques. Compte tenu [...] des conditions qui persistaient, selon l'appréciation du législateur, au moment de l'adoption des mesures litigieuses, celles-ci ne sont pas manifestement inappropriées pour la réalisation des objectifs poursuivis [...] il ne peut non plus être considéré qu'elles ne soient pas nécessaires, compte tenu, d'ailleurs, que l'appréciation du législateur en ce qui concerne l'affrontement de la situation budgétaire critique du pays, telle qu'il l'avait lui-même constatée, est soumise uniquement à un contrôle judiciaire restreint. »

### 3 LE NOUVEAU FONCTIONNALISME

Peut-on vraiment faire l'éloge d'une décision judiciaire qui est bien loin d'être une forme de rejet du programme d'austérité ? Pour les critiques qui se sont exprimées en Grèce contre la décision, l'acte de ratification des mesures d'austérité voté par le corps législatif ainsi que le contrôle judiciaire de ces mêmes mesures ont vidé de sa substance la souveraineté budgétaire, garantie par l'article 82

de la Constitution grecque, pour n'en conserver que sa dimension strictement formelle. Ce qui en pratique vaut approbation sans réserve des conditionnalités imposées. Pour ces critiques, la Constitution « matérielle » présente désormais une double face en proclamant dans le même temps le principe d'autodétermination et son évidente capitulation face aux conditionnalités<sup>13</sup> imposées. Nous ne contestons pas ces analyses. Pourtant, nous souhaiterions montrer que la décision ne constitue pas une approbation sans réserve de la constitutionnalité du mémorandum, tel que cela a été généralement dépeint. Ce qui nous intéresse ici, et ce nous voudrions retenir de cette analyse, c'est l'écart qu'il y a entre une argumentation formaliste et une argumentation de type fonctionnaliste. Les mémorandums de la Troïka ont été incorporés au droit national en tant qu'annexes des actes législatifs. S'appuyant sur une interprétation formaliste, le Conseil considéra que leur intégration dans le droit interne n'avait aucun effet direct. Il se réserva le droit d'examiner les dispositions de n'importe quel de ces mémorandums si, et uniquement si, ils étaient promulgués comme source valide du droit grec ; mais en tant que dispositifs interprétatifs, en tant qu'ils sont en pratique des programmes politiques, ils ne sont pas justiciables – une cause légale d'incompétence pour le Conseil à en connaître. Les attentes entrevues et les buts poursuivis impliquent l'existence de motifs politiques ; un tribunal ne pourrait examiner leur constitutionnalité, définie par le caractère légitime ou non de l'intervention de l'État dans l'économie, qu'au moment où et seulement s'ils sont adoptés dans des lois.

En quoi cela a-t-il de l'importance ? Étant donné que le mémorandum s'apparentait à « une créature inconnue de la taxonomie juridique traditionnelle et inclassable »<sup>14</sup> parmi les sources formelles du droit, le refus d'examiner le mémorandum en tant que tel – renforcé par l'argumentation du Conseil, selon lequel l'affaire pendante n'avait rien à voir avec l'article 28.1 relatif aux majorités qualifiées, aux transferts de souveraineté et toute autre considération – signifiait que le Conseil considérait la loi du Parlement grec non comme un acte ayant été édicté par un organisme extérieur, mais comme un acte de souveraineté. Le Conseil a bien décidé de manière controversée que l'acte pendant ne violait pas des droits et la dignité constitutionnellement protégés, au regard et en considération de la situation exceptionnelle. Mais il est important de noter qu'à aucun moment le Conseil n'imagina que cela autorisait une diminution de la souveraineté budgétaire au profit des créanciers du pays. C'est à cette aune que la lecture formaliste peut être vue comme l'affirmation de l'autonomie constitutionnelle de la nation, ou de la primauté des juridictions. Le Conseil d'État grec se déclara compétent et examina la constitutionnalité de la loi nationale au regard des dispositions de la Constitution grecque, ●●●

**13.** Pour les défenseurs de la décision, d'un autre côté, la souveraineté budgétaire n'est pas mise en cause dans la mesure où son exercice ne peut être pensé indépendamment du consensualisme présidant la création des normes dans l'euro zone par lequel la prise de décision se fait entre partenaires égaux (pour un tel argument voir Maniatakis) et, par extension, concourt à la convergence des intérêts des créanciers et des débiteurs.

**14.** X. Contiades et I. Tassopoulos, *The Impact of the Financial Crisis on the Greek Constitution*, in Xenophon Contiades (éd.), *Constitution in the Global Financial Crisis*, Farnham : Ashgate, 2013, p. 202.



●●● c'est-à-dire des garanties constitutionnelles et fondamentales des droits nationaux. Si, à l'inverse, la loi avait été considérée comme une mise en application du mémorandum, décidée par les créanciers et non pas par le Parlement grec souverain, elle aurait logiquement<sup>15</sup> pu faire l'objet d'un examen sur le fondement de diverses dispositions de droit de l'Union européenne, y compris la Charte européenne des droits fondamentaux, et elle aurait clairement été hors du ressort de la juridiction grecque ; le rôle du Conseil n'aurait alors consisté qu'à formuler une demande de renvoi préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union européenne.

Que les mémorandums restent ignorés et intouchables, tout comme la question de leur constitutionnalité, cela reste un point controversé peut-être, en fin de compte, en raison de l'approbation de la constitutionnalité du programme d'austérité. Mais ce qui importe néanmoins ici, du point de vue du déploiement des concepts juridiques et du déroulement du raisonnement judiciaire, c'est de clarifier la distinction entre une lecture formaliste et une lecture fonctionnaliste. La lecture formaliste met entre parenthèses les questions politiques que le Conseil juge inhérents aux mémorandums ; ils n'ont pas d'effet juridique, aussi bien en tant que supports pour l'interprétation, y compris l'interprétation de ce qui est raisonnable parce que proportionné. Et quelle que soit la forme juridique qu'ils pourraient prendre à l'avenir, quelles que soient les dispositions juridiques qu'ils autorisent, ils pourront être à leur tour modifiés par n'importe quelle genre de loi future et ils pourront être à nouveau examinés par le Conseil. L'article 82 qui pose le principe de souveraineté budgétaire n'est pas transgressé ici parce que la Constitution déclare que le gouvernement détermine l'action politique et qu'il est responsable de son orientation et de sa mise en œuvre. Au nom de la souveraineté populaire, la *determinatio* spécifique que cet impératif constitutionnel suppose (et que la loi n° 3845/2010 exprime après tout), est toujours susceptible d'abrogation (législative) et d'invalidation (judiciaire). Le gouvernement Syriza s'est basé sur une telle lecture à l'époque pour soutenir ses revendications : le mandat démocratique pour investir à nouveau la *determinatio*, à savoir l'exercice du pouvoir législatif par ses prédécesseurs. On peut rétorquer qu'un équilibre trop subtil est recherché ici, sous la forme d'une mise en pratique ou d'une détermination, entre l'obligation préalablement admise de respecter un programme économique de stabilité des prix d'un côté, et sa mise en œuvre par l'effet du geste souverain accompli par le Parlement grec de l'autre. On pourrait objecter, alors, que cette démarcation conduit à distinguer l'obligation de payer la dette et celle tirée du principe *pacta sunt servanda* d'une manière inacceptable juridiquement : un subterfuge qui prospère sur les distinctions des plus subtiles.

Je ne le pense pas. Restons pour cela aux côtés du Conseil. Sa lecture formaliste, étroite et bornée, détonne avec une lecture fonctionnaliste bien plus répandue, et au combien plus dangereuse, qui, selon moi, est précisément ce que la constitutionnalisation rampante du néolibéralisme est en train d'imposer partout en Europe, tant au niveau national qu'au niveau supranational. Selon cette autre imaginaire constitutionnel, de type fonctionnaliste, les associés et les créanciers ne peuvent être distingués. Les mémorandums d'entente jouent le rôle de préambules ; ils sont indispensables en tant qu'instruments interprétatifs de cadrage. Ils fournissent les guides et les combinaisons des agencements, ainsi que le contexte pour mesurer la proportionnalité, l'équilibre entre la liberté et la nécessité et la juste étendue de la dignité. De la sorte ils redonnent cohérence au texte de la Constitution, ils réaménagent l'imaginaire constitutionnel, et imposent la logique de l'économie de marché comme la forme indépassable, voire même constitutive, de la pensée constitutionnelle.

Une nouvelle fonctionnalité imprègne le droit de l'Union européenne et justifie ce qui en réalité ne peut être conçu que comme un affaiblissement de la légalité, voire même comme sa dépréciation. Prenez le déluge de lois ersatz des dernières années, le *six-pack* et le *two-pack* (du Pacte de stabilité et de croissance), la proposition Monti avortée et ses suites, le EFSM et le EFSF, la totalité des mesures que les politiques d'assistance aux prêts de dettes souveraines ont adoptées en opposition aux dispositions de l'article 125 du TFEU qui avaient clairement interdit aux États membres et à l'Union européenne de venir en aide à un État défaillant, l'interdiction absolue du financement de la dette entre États. Telle n'est pas l'opinion de Paul Craig, l'une des voix les plus influentes du monde universitaire, pour qui « la réalité économique rend la séparation nette entre les objectifs et l'interprétation de l'article 125 bien plus précaire encore ». « Le mélange de textes, d'objectif posé en amont et de perspective téléologique qui forment l'essence même du raisonnement juridique », est, pour lui, ce que l'arrêt Pringle pose de manière manifeste. D'autres chercheurs ont donné du poids à cet argument de telle sorte que l'opinion dominante, défendue avec beaucoup de perspicacité par Michelle Everson dans un article récent, va jusqu'à encenser les efforts de la CJUE pour maintenir la stabilité monétaire. L'affaire Pringle est emblématique à cet égard, dans la mesure où la Cour soutient que les conditionnalités posées au cœur du ESM fixent clairement comme finalité première la stabilité des prix au sein de l'EMU en veillant à ce que les États membres endettés se soumettent à la discipline des marchés par le maintien d'une politique budgétaire saine. L'intérêt commun de l'Europe, dont l'approbation est désormais un prérequis aux mesures d'assistance, est lié au principe d'une bonne politique fiscale, mesurée à l'aune de la stabilité, de la discipline et de l'austérité.

15. Il existe des opinions divergentes à ce sujet. Voir C. Kilpatrick, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, Oxford JLS, 2015, pp. 1-29. Au sujet de cette controverse, Kilpatrick se réfère plus spécialement à : R. Cissotta et D. Gallo, *Il tribunale costituzionale portoghese : risvolti sociali delle misure di austerità ed il rispetto dei vincoli internazionali ed europei* (2013) 7 *Diritti umani e diritto internazionale* 465 ; K. Armstrong, *Differentiated Economic Governance and the Reshaping of Dominium Law*, in M. Adams, F. Fabbrini and P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart : 2014, p. 65 ; S. Peers, *Towards a New Form of EU Law ? The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, (2013) 9 *ECL Rev* 37 ; C. Kilpatrick, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge because they are not EU Law ?*, (2014) 10 *ECL Rev* 393.

La lecture fonctionnaliste de cette décision veillant à garantir l'euro, rattache l'imaginaire constitutionnel européen au leitmotiv de la conditionnalité à l'encontre des alternatives politiques de nature démocratique, actuelles et futures. « *Une pensée juridique tristement amoindrie* », selon les termes d'Everson, abandonne l'imaginaire constitutionnel aux faits accomplis de la science économique. Voici ses remarques à ce sujet :

« *L'arrêt Pringle échoue sur tous les plans. Dans une Europe de protestations et de révoltes contre les régimes d'austérité, ainsi que de vives inquiétudes budgétaires partagées, ou de réticence populaire à se soumettre au destin commun de la communauté européenne, le jugement du fait accompli, formulé sans référence au contexte social et se déployant uniquement dans le cadre des arguties techniques d'une pensée juridique tristement amoindrie rejette toute éventualité pour que se développe vraiment une tradition constitutionnelle européenne qui réponde aux attentes sociales. Dans le même temps, au regard de toutes ses hésitations ridicules entre le formalisme, le littéralisme, les références téléologiques et la reformulation à dessein de ces références, la décision est de la même manière incapable de se rattacher à une quelconque tradition constitutionnelle et juridique précise, s'exposant de la sorte à l'accusation d'une manipulation juridique à des fins politiques mises au service d'un sauvetage forcé de l'euro d'inspiration fonctionnaliste.* »

Ce dont nous sommes les témoins aujourd'hui, c'est l'apparition d'une discipline de contrôle, de formes de pensées juridiques de type managérial qui sont promulguées précipitamment pour soutenir la stabilité dans les modalités de réponses *ad hoc* et sous le signe de l'urgence ou de la nécessité en tant qu'états interchangeable (je reviendrai plus tard sur cette distinction). Quoi qu'il en soit, nous ne devons pas employer les termes, tel que *telos*, avec mépris. *Telos* et fonction sont des termes distincts et cela de manière déterminante ; ils ne peuvent et ne doivent pas être utilisés de manière interchangeable ou être confondus l'un l'autre. Pour tous ceux qui restent sceptiques face à la recherche à perte d'haleine de la discipline de marché, il peut y avoir quelque réconfort à trouver dans un formalisme qui résiste à de tels *telos*.

### 4 L'URGENCE COMME IMPÉRATIF ET COMME NÉCESSITÉ

Sous le signe de « l'exceptionnalité », un équivoque se fait jour entre, d'une part, l'impératif et, d'autre part, la nécessité. Il s'agit de notions bien différentes et leur amalgame sert des politiques opportunistes. L'impératif renvoie au besoin de prendre des décisions en dehors de la temporalité normale et des impératifs procéduraux qui garantissent une prise de décision satisfaisante. La nécessité, d'un autre côté, renvoie à l'absence d'alternatives : ce qui est nécessaire s'impose à nous

avec la force d'une catastrophe naturelle. Bâtit des alternatives, envisager d'autres options, c'est cela la tâche toute particulière qui définit la rationalité politique. En fait, il ne s'agirait pas d'une exagération si l'on affirmait que la réflexivité politique est concomitante du refus des fausses alternatives. Là je fais référence à l'austérité.

Qu'arrive-t-il lorsque l'impératif et la nécessité ne se distinguent plus l'un l'autre dans la notion d'exceptionnalité ? Tout d'abord, l'horizon de la prise de décision politique s'éloigne. Le besoin d'agir sur le champ afin d'éviter une calamité (l'impératif) rencontre l'amoindrissement ou l'élimination des options (la nécessité) ; la limitation de la délibération démocratique devient l'outil pour administrer l'urgence. La délibération démocratique implique des processus d'apprentissage et requiert la présence de différences, la négociation de ces différences, l'ajustement mutuel des attentes, elle nécessite du temps. Le temps est ce que l'impératif ne peut se permettre ; la nécessité se substitue alors à la démocratie.

Voyez comment les discours de l'économie, du politique et du judiciaire entrent en concurrence à travers et au sujet de l'organisation du temps, et comment, en pratique, la rapidité de la prise de décision finit par occuper le cœur de la bataille idéologique, supposant que c'est cela même qui est perçu comme une bataille. La demande politique en faveur d'une organisation démocratique de l'économie est mise en concurrence avec l'accélération sans fin et la rapidité des libres marchés de telle sorte qu'elle est toujours présentée comme vieillotte, dépassée par une temporalité différente qui n'a pas le temps pour des processus d'apprentissage mutuel et qui à l'inverse s'est placée au-delà d'un point critique de désynchronisation. De la sorte, l'intérêt public, politique ou commun ne peut être conceptualisé que sous la forme du salut fiscal, et c'est précisément ce qui donne naissance au discours apocalyptique du salut dans le discours des tribunaux. La stabilité doit être assurée face à l'accélération, la promiscuité et l'imprédictibilité des marchés. Le couplage constitutionnel entre le politique et le juridique a succombé face à une nouvelle constellation dans laquelle chacun est assujéti aux effets non-négociables de la véridiction du marché.

Personne d'autre que Hartmut Rosa n'a mieux écrit, et de manière si perspicace, sur la distanciation de la démocratie par l'économie<sup>16</sup>. La charge de sa critique des conceptions dialogiques de la démocratie porte sur le fait qu'elles négligent les impératifs temporels de la démocratie et que, par conséquent, elles échouent à saisir la crise actuelle de l'autodétermination démocratique dans le contexte de la globalisation. L'argument principal de Rosa tient à ce que, si « l'accélération » de la société a dans un premier temps permis la démocratisation, passée un certain palier critique, la vitesse du développement socio-économique – un *speed-frame* du changement social, selon

16. H. Rosa, *The Speed of Global Flows and the Pace of Democratic Politics*, *New Political Science*, Volume 27, Number 4, December 2005, pp. 445-459.



●●● ses termes – menace le fonctionnement même de la démocratie. Il soutient que la vitesse du changement, ou la dynamique de la société, doit être abaissée suffisamment pour que soient réellement effectifs les processus politiques, démocratiques et délibératifs, de la formation de la volonté générale et de la prise de décision, ou pour que la politique puisse réellement contrôler (ou piloter) le développement social et en fixer l'allure. Il soutient également qu'au-delà d'un certain palier temporel, les forces dynamiques de la société sont trop fortes pour que soient mises en œuvre de manière sensée en démocratie l'autodétermination politique, la formation de la volonté générale, la délibération et l'action collectives. L'autopropulsion de la société vers l'avant a ainsi lieu en dépit de toute forme de pilotage voire même d'une représentation adéquate « *d'elle-même* », qui aurait nécessité du temps, un certain ancrage historique, un déploiement de la réflexion à différents niveaux.

Si tels sont les impératifs temporels de la démocratie, alors nous pouvons voir comment la soumission des processus sociaux aux processus économiques implique une perte constitutive de contrôle politique. Ce qui est perdu c'est la possibilité de penser l'économie politiquement et l'Europe comme une société politique dont nous sommes les bâtisseurs. Le problème, comme c'est trop souvent le cas lorsque les batailles sont gagnées

par défaut, réside dans la difficulté qu'il y a de cerner et fixer les lignes de bataille. Le dépérissement du langage est manifeste dans la constitutionnalisation de l'austérité. À chaque décision est renouvelé le choix par les juges de la référence standard de la stabilité des prix et dans le même temps la négation de la dimension politiquement intégrative du projet européen. Les données de l'intégration économique empêchent toutes évolutions des politiques européennes, médiatisées politiquement, qui ne soient ni adaptées ni adaptables aux exigences de pilotage variables du cœur et de la périphérie de l'eurozone. Si l'idée même de constitutionnalisme implique dans sa conception et son développement une coévolution du politique et de l'économique autour des concepts structurant le judiciaire, un discours constitutionnel européen tristement diminué sous le signe de l'urgence forclos alors la possibilité d'une réponse constitutionnelle. Et avec cela, nous retournons là où nous avons débuté : l'urgence en vient à prendre la place du cadre temporel dans lequel la société doit être renouvelée et la nécessité se présente alors comme l'autre face de la pièce, puisque toute forme de résistance à cette nécessité a périclité sous l'effet de la dimension temporelle et du rythme des préférences de marché. Alors, exiger à nouveau du temps contre le message apocalyptique de l'urgence, devient une condition préalable à la pensée politique et au sens démocratique. ■

**Allemagne**



# L'État social dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande

**Dieter Grimm**, Professeur à l'Université Humboldt de Berlin, Membre du *Wissenschaftskolleg zu Berlin*, ancien Membre du *Bundesverfassungsgericht*

## 1 IMPRÉCISION DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL

Parmi les principes fondamentaux de la Constitution allemande dans les articles 20 et 28 le principe de l'État social est le moins précis. Tous les autres principes fondamentaux (la démocratie, l'État de droit, le fédéralisme) trouvent de nombreuses concrétisations et développements dans la Loi fondamentale. Ces développements offrent des renseignements clairs sur la structure de la démocratie, de l'État de droit et de la fédération de la République fédérale. En revanche, la clause de l'État social ne s'y trouve pas concrétisée. C'est pourquoi il est difficile d'évaluer son contenu, à tel point que Roman Herzog, ancien président de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, parlait de « *difficultés insurmontables* ». Sa genèse est également succincte. Le recours à la tradition constitutionnelle allemande n'est pas non plus possible. Ceci ne veut pas dire que les éléments sociaux étaient absents des Constitutions antérieures. Mais ils ne se trouvaient pas sous la forme d'une clause générale non encore concrétisée.

Au cours de la révolution de 1848 où la question sociale joua déjà un rôle considérable, l'Assemblée nationale de l'Église Saint-Paul à Francfort discuta l'inscription de droits fondamentaux sociaux dans la Constitution, puis finit par la refuser. La représentation que le libéralisme se faisait de la liberté, qui considérait l'ordre social équitable comme le résultat évident de la liberté individuelle n'était pas seule en cause. De même, les députés qui reconnurent la nécessité d'une réponse positive à la question sociale, en vinrent pour une majorité à penser que les problèmes sociaux ne pouvaient pas être résolus au niveau de la Constitution mais uniquement au niveau de l'administration. Ils étaient convaincus que les droits sociaux fondamentaux qui ne s'adressaient pas aux abstentions de l'État comme les droits à la liberté classiques, mais aux prestations de l'État, ne pouvaient revendiquer une valeur juridique directement applicable. Ils étaient bien davantage tributaires des

lois qui décidaient dans quelles conditions et dans quelle mesure chaque individu a droit aux faveurs de l'État.

La révolution de 1848 échoua et avec elle la Constitution de la Paulskirche. La première constitution de l'Allemagne vit le jour, en définitive, plus de vingt ans après. Elle n'était pas le fruit d'une révolution contre les monarques, mais la forme avec laquelle les monarques des différents États allemands fondèrent et organisèrent l'Empire allemand en monarchie. La Constitution de 1871 qui renonce complètement aux droits fondamentaux, ne portait pas, d'ailleurs, sur la question sociale. C'est pourtant sous cette Constitution que l'Allemagne amorça un changement vers un État social, même sans fondement ou mandat constitutionnel. L'instauration de la sécurité sociale bismarckienne ne s'est certes pas faite contre la Constitution, mais indépendamment d'elle en empruntant la voie législative. Le mobile de Bismarck était davantage politique que social. Il cherchait à aliéner les ouvriers du parti social-démocrate qui gagnait continuellement des voix depuis l'industrialisation de l'Allemagne.

À la différence de la Constitution de 1871, la Constitution de Weimar de 1919, première Constitution démocratique d'Allemagne, contenait un catalogue de droits fondamentaux. Car à l'époque de sa formulation, le ton était donné par les partis d'opposition à l'Empire, les sociaux-démocrates, le parti catholique (*Zentrum*) et les libéraux de la gauche démocratique, ce catalogue de droits fondamentaux ne comprenait pas seulement les libertés individuelles classiques, comme celles de la Constitution de la Paulskirche, mais également toute une série de droits et de principes sociaux fondamentaux allant dans le sens d'un développement social du système économique. Malgré tout, les réserves de l'Assemblée nationale de Francfort de 1848 s'imposèrent à nouveau et ce, par la doctrine de droit chargée d'interpréter la nouvelle Constitution. Elle dénia toute autorité juridique aux droits sociaux fondamentaux en raison de leur dépendance à l'égard d'une médiation légale et les considéra en définitive comme des proposi- ●●●

●●● tions de programmes ou des déclarations d'intention politique sans caractère juridique contraignant. Malgré tout, la République de Weimar alla beaucoup plus loin que l'Empire dans le développement de l'État social, sans toutefois que la Constitution n'y joue un rôle quelconque.

L'expérience de Weimar eut encore des répercussions lors de la délibération sur la Loi Fondamentale de 1948/49. Il fallait éviter de reproduire la « *version longue et juridiquement imprécise de Weimar* ». Hermann von Mangoldt, le rapporteur du Conseil parlementaire pour les droits fondamentaux, estime que la Constitution de Weimar était « *un mélange de propositions qui a conduit à des difficultés juridiques considérables, constitué d'une part de droits directement applicables, d'autre part seulement d'un programme destiné à mettre en place la législation, à exécuter une réglementation détaillée ou à garantir à la fois les libertés individuelles et le maintien de certaines institutions et institutions juridiques, comme on le trouve dans la seconde partie de la Constitution de Weimar* ». « *Ces difficultés devraient être autant que possible évitées.* ». Les droits de la Loi fondamentale ne devaient pas connaître le sort de ceux de Weimar, mais prendre la forme d'un droit directement applicable qui, selon le Conseil parlementaire ne s'accordait pas aux droits sociaux fondamentaux.

Par ailleurs de grands problèmes sociaux régnaient dans l'Allemagne détruite par la guerre : la famine, la crise du logement, le chômage, auxquels s'ajoutait l'intégration de douze millions de réfugiés et d'expulsés des (anciens) territoires allemands à l'est de la ligne Oder-Neisse, qui s'opposait à une titrisation des droits sociaux. Personne ne pouvait prédire à l'époque combien de temps cette situation difficile persisterait, ni quand les conditions pour les droits sociaux seraient réunies. C'est pourquoi le Conseil parlementaire se contenta d'une distribution des compétences législatives en matière de politique sociale entre l'État fédéral et les Länder et de la définition non spécifique de la République fédérale comme État social fédéral dans l'article 20 de la Loi fondamentale, et comme État de droit social dans l'article 28 de la loi précitée. On ne peut pas déterminer avec précision quelles propositions de fond y étaient associées. L'adjectif « social » fut introduit sans discussion dans les articles 20 et 28.

## 2 L'INTERPRÉTATION DU PRINCIPE SOCIAL PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE ALLEMANDE

En ce qui concerne l'interprétation du principe de l'État social, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et la doctrine du droit constitutionnel sont relativement d'accord sur deux conséquences essentielles qui découlent de l'engagement en faveur de l'État social, d'une part dans la Loi fondamentale, d'autre part sa formulation extrême-

ment vague dans le texte constitutionnel. Malgré les versions adjectivales « État fédéral social » et « État de droit social », il ne s'agit pas de simples qualifications s'appliquant à l'État fédéral et à l'État de droit, mais d'un principe de droit autonome doté du même rang juridique que « démocratie », « État de droit » et « État fédéral ». Cependant, en raison de son maigre contenu et de sa forme peu définie, il n'est pas possible de tirer de ce principe des conclusions concrètes pour un type précis d'État social et encore moins pour des revendications spécifiques d'individus envers l'État. Le principe social sera compris comme rupture juridique avec l'État de droit libéral. Il autorise et oblige l'État à tendre ses efforts vers une justice sociale, sans pourtant lui imposer de modèles ni de moyens précis avec lesquels accomplir cette mission.

Il est également important que la réalisation du principe de l'État social s'exprime en termes de prestations d'État, en partie avec la mise en place de structures sociales utiles, mais surtout sous forme des systèmes de sécurité sociale qui présentent des prestations en monnaie ou en nature. Par conséquent, la réalisation dépend des ressources disponibles. Ces ressources sont créées par les prélèvements de l'État, en particulier par ses recettes fiscales. Elles dépendent ainsi de la capacité et de la croissance économique du pays, mais aussi de son cycle conjoncturel. En raison de cette dépendance, elles ne peuvent pas encore être spécifiées au niveau de la Constitution. Au contraire, l'État doit conserver la possibilité d'adapter ses dépenses sociales à des situations changeantes. Il n'en serait pas allé autrement si des droits sociaux fondamentaux avaient été inscrits dans la Constitution.

Alors que les développements des autres principes fondamentaux sont en grande partie définis dans la Constitution même, réduisant d'autant ici la marge de manœuvre du politique, le principe social est laissé presque complètement ouvert à un développement politique. En conséquence, pour la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, la clause d'État social s'adresse principalement au législateur. Ce dernier a pour devoir, en tenant compte des moyens financiers disponibles et des priorités politiques tels qu'ils résultent des programmes de partis et des résultats électoraux, de concrétiser la manière de s'acquitter des mandats issus des articles 20 et 28 de la Loi fondamentale. Il n'existe aucune garantie d'existence pour un modèle choisi ou un standard une fois atteint. Quelques tentatives occasionnelles pour interpréter le principe social comme mandat maximal ne rencontra de partisan, pas plus dans la théorie que dans la jurisprudence. Tant que le législateur ne se détourne pas complètement de la politique sociale, il ne se heurte pas aux limites du principe social, ni vers le haut ni vers le bas.

Bien sûr, le démantèlement des acquis sociaux à l'époque de la croissance continue n'était pas



un problème urgent. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. L'augmentation constante de la durée de vie des individus, les progrès des sciences médicales et pharmaceutiques avec l'augmentation des coûts de santé qui en résultent ainsi que le mouvement de mondialisation de l'économie, qui accroît la pression concurrentielle, tous ces facteurs exercent une pression sur les systèmes de sécurité sociale. La réforme des retraites, la réforme des soins de santé et la réforme du droit de travail sont à l'ordre du jour dans de nombreux pays et ce n'est qu'au prix d'efforts considérables que l'on en vient à bout, parce qu'elles se heurtent à de fortes résistances de la part des syndicats. Elles sont aussi coûteuses en voix comme le SPD en Allemagne en a fait d'ailleurs l'expérience, après que le chancelier Schroeder a mis en œuvre les réformes Hartz, du nom du président de la Commission de réforme. L'échec de ce type de projets de réformes n'est pas dû au principe de l'État social mais à la situation politique.

L'imprécision du principe de l'État social et la liberté de conception sous conditions du législateur, ont pour conséquence que le principe d'État social ne se condense pas en droits individuels indépendamment de la loi. Par conséquent il ne se trouve pas de décisions constitutionnelles qui reposeraient sur le seul principe d'État social. Jusqu'à maintenant il n'a pas été nécessaire d'examiner si le principe de l'État social a été violé par un abandon total. L'Allemagne ne s'est jamais approchée d'une semblable situation. Même après les réformes Hartz, le standard social en Allemagne était considérablement plus élevé que dans bien d'autres pays européens. Cela démontre que l'État social met en place des garde-fous, qui se situent en dehors de la Constitution. Ceci est voulu par tous les partis politiques parce que la garantie d'une protection sociale fait partie des facteurs les plus importants assurant la loyauté des populations dont les partis sont dépendants pour les élections. De nos jours l'État acquiert dans une large mesure sa légitimité en garantissant à ses citoyens une protection contre les risques sociaux que constituent la vieillesse, l'invalidité, la pauvreté ou la maladie. Un parti qui rejette cette protection sociale ou donne cette impression comme ce fut pendant un certain temps le cas du FDP (« *Le parti des personnes les plus favorisées* ») en paie électoralement le prix.

Quoique la clause d'État social elle-même, étant donné son imprécision, ne pose pas de limites à l'État, pour autant qu'il n'ignore pas complètement son devoir social, cela ne signifie pas qu'elle n'établit aucune limite constitutionnelle aux politiques sociales ou à leurs carences. Depuis les débuts de sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle fédérale est toujours partie du principe méthodologique de l'unité de la Constitution. Ce qui signifie que les dispositions de la Loi fondamentale ne doivent pas être interprétées isolément, mais toujours considérées en rapport avec la to-

talité des normes constitutionnelles. Ce qui ne va nullement de soi, comme le montre la pratique différente qu'en ont les États-Unis. En Allemagne, le principe de la cohérence de l'interprétation vaut également pour le principe d'État social le moins précis. Le principe d'État social peut venir renforcer d'autres normes et produire par ce rattachement des exigences concrètes. D'autres normes constitutionnelles peuvent voir leur contenu élargi.

Cela concerne avant tout les droits fondamentaux. Deux droits fondamentaux y jouent un rôle particulièrement important, le respect de la dignité humaine de l'article 1, alinéa 1 de la Loi fondamentale ainsi que le principe de l'égalité de l'article 3, alinéa 1 de ladite loi. De ce rattachement naissent des exigences et des limites échues à l'État beaucoup plus concrètes que le principe d'État social. En Allemagne, le respect de la dignité humaine est entendu au sens absolu. La dignité humaine ne peut donc pas être restreinte au profit d'un autre droit civique pas plus qu'elle ne peut être mise en balance avec d'autres droits. Toute atteinte à la dignité humaine est en même temps une violation. À la différence des autres droits fondamentaux aucune atteinte à la garantie de la dignité humaine pourrait être justifiée. Dans un conflit opposant la dignité humaine et d'autres droits fondamentaux, la dignité humaine prévaut toujours. Il en résulte une définition étroite du domaine de protection du droit à la dignité humaine. Elle protège des grandes atteintes contre l'humanité et l'individualité, tandis qu'une protection moins importante est fournie par les droits fondamentaux suivants.

La conséquence la plus importante du rattachement entre le principe d'État social et le respect de la dignité humaine est la déduction d'un droit fondamental garantissant un minimum vital décent. Le résultat de la portée absolue de l'article 1, alinéa 1 de la Loi fondamentale est que la garantie est indisponible sur le fond et doit être honorée, et cela indépendamment du fait que les parties concernées soient responsables de leur situation d'urgence ou non. Cependant le droit fondamental ne précise pas quelles prestations exactes sont nécessaires à un moment donné. Une concrétisation et une actualisation permanente par le législateur s'imposent, ce dernier disposant d'une marge de manœuvre considérable. Un aménagement ou un changement du droit social qui ne garantirait plus à toute personne vivant en République fédérale d'Allemagne le minimum vital, serait contraire à la Loi fondamentale. Ceci a des répercussions importantes par exemple sur la fiscalité. Le minimum vital doit dans tous les cas être exonéré d'impôt.

La question de savoir ce qui relève du minimum vital et comment le déterminer reste pourtant sans réponse. Elle est au centre du dernier arrêt important de la Cour constitutionnelle allemande sur le principe de l'État social, le jugement Hartz IV de 2010, arrêt dans lequel le tribunal avait ●●●

●●● à juger de la constitutionnalité d'une importante réforme du système en 2003 concernant les aides sociales en cas de besoin. Une innovation considérable de cet arrêt réside dans la différenciation des besoins qui relèvent du minimum vital. Ce qui jusque là était considéré normalement comme les besoins essentiels des personnes, comme la nourriture, l'habillement, le mobilier, le logement, le chauffage, l'hygiène et la santé, ces besoins minimums vitaux s'étendent désormais au-delà de l'« *existence physique des personnes* ». « *La garantie d'avoir la possibilité d'entretenir des échanges relationnels et de participer un minimum à la vie sociale, culturelle et politique* » relève aussi du minimum vital.

Tous ces facteurs doivent déboucher finalement à un acquis qui satisfait au besoin minimum vital et auquel a droit toute personne dans le besoin. La Constitution échoue cependant en matière de quantification. Ce n'est pas seulement le cas en matière de droit social. Il ressort en effet de la Constitution qu'une certaine prestation doit être fournie. Mais à quel niveau précisément, la Constitution ne permet pas de le déduire. Ce niveau doit donc être fixé par le législateur, c'est-à-dire la politique, qui doit également pouvoir le modifier, car l'idée de la dignité humaine peut évoluer avec les circonstances, mais surtout les coûts de la couverture des besoins. Pour ces raisons et d'autres, le droit social est un domaine du droit qui connaît le plus de changements législatifs. Souvent la qualité juridique des normes en souffre.

Comme la Constitution reste muette sur le niveau du minimum vital, le contrôle de la constitutionnalité de la définition légale ne peut pas être exhaustif. Cette compétence est limitée aux conditions de la Constitution. Là où les critères matériels échouent à définir le montant, la procédure prend une importance particulière. Pour guider le législateur et l'administration à compenser la faiblesse de la caractérisation des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle avait déjà autrefois développé la figure de « *la protection des droits fondamentaux par procédure* ». Là où les droits fondamentaux ne peuvent garantir une détermination précise des résultats de décision (comme les quantifications), une plus grande importance est accordée à la procédure de la prise de décision. Tiré des droits fondamentaux ce type de procédures doit être développé de façon à éviter autant que possible la violation des droits fondamentaux.

Ce concept a été transféré au législateur par le jugement Hartz IV sur la détermination du minimum vital. La Cour constitutionnelle tire du respect de la dignité humaine conjugué au principe d'État social trois exigences procédurales censées garantir la conformité des résultats aux droits fondamentaux. Le législateur doit d'abord établir une méthode valable pour la détermination du minimum vital. Il lui faut par ailleurs fournir les

données empiriques nécessaires de manière complète et précise. Enfin il doit également se conformer à la méthode retenue. Le respect de ces exigences peut être contrôlé par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne. Pour le permettre, le législateur a une obligation de transparence concernant les procédures et la collecte de données.

Ainsi, selon l'arrêt Hartz IV, la législation sociale qui fixe le droit à l'aide publique destinée à couvrir le minimum vital devient inconstitutionnelle si le minimum fait à l'évidence défaut, si elle se base sur une procédure non valable pour l'établissement du minimum vital ou si les informations empiriques se révèlent erronées ou incomplètes ou encore si, sans motif suffisant, le législateur ne s'est pas conformé à sa procédure. Concernant l'arrêt Hartz IV, le tribunal ne put constater d'erreur évidente quant au minimum vital. Il n'y avait ni dans les procédures ni dans l'établissement des faits matière à grief, à une exception près notable : aucune investigation n'avait eu lieu concernant les besoins des enfants. En lieu et place, les barèmes pour les enfants avaient été simplement diminués par comparaison avec ceux des adultes. Enfin, la Cour considéra que le législateur dans le cas de certains groupes de dossiers ne s'en était pas tenu à la procédure qu'il avait lui-même arrêtée. Dans ce cas de nouveaux calculs doivent donc être effectués. Il se peut cependant qu'ils confirment les résultats existants.

Un manquement évident au minimum vital a été établi par la Cour constitutionnelle deux ans plus tard lors d'un contrôle après que des aides de l'État ont été accordées à des demandeurs d'asile. Quiconque dépose en Allemagne une demande d'asile politique, est soumis à une procédure de reconnaissance qui prend du temps et que les recours auprès de la juridiction peuvent prolonger. Les possibilités d'emploi et donc de gagner sa vie sont limitées durant cette période, de sorte que la majorité des demandeurs d'asile sont dépendants des aides de l'État. Elles sont fournies la plupart du temps non pas sous forme de versements en numéraire mais en nature, fixées par la législation. Sans entrer dans les détails de la validité de la méthode de calcul et du soin apporté à l'établissement des faits, la Cour constitutionnelle trouva une violation du droit fondamental à un minimum vital décent, du fait que les prestations n'avaient plus été augmentées depuis 1993 alors qu'entretiens le niveau des prix en Allemagne était monté de 30 %.

Le rattachement entre le principe d'État social et l'article 1 de la Loi fondamentale fait qu'un droit individuel peut résulter directement de la Constitution. Ceci est une conséquence du caractère absolu de l'article 1, alinéa 1 de la Loi fondamentale. Le respect de la dignité humaine attaché au principe d'État social intervient lorsque le droit social, en raison d'un vide juridique, ne prévoit aucune garantie du minimum vital pour certains cas.

La garantie doit alors être accordée par l'administration ou le tribunal sur le modèle des dispositions légales sur le principe d'État social rattaché directement au minimum vital par l'article 1, alinéa 1 précité. Habituellement un tel vide juridique motive une violation du principe général d'égalité, qui ne peut dans ce cas être rectifiée que par une injonction à fournir les prestations correspondantes, car les possibilités d'intervention du législateur dans ce cas de figure sont nulles.

À la différence de l'article 1, alinéa 1 de la Loi fondamentale, normalement l'article 3, alinéa 1 de ladite loi ne peut ouvrir des droits aux prestations initiales là où le législateur ne les a pas prévues. En revanche, des droits dérivés peuvent tout à fait découler du principe d'État social attaché à l'article 3, alinéa 1 précité. Si le législateur a décidé de créer un système de protection sociale, il est alors tenu d'y observer le principe d'égalité. Des différenciations non justifiées par une raison objective rendent une loi inconstitutionnelle. Ce type d'infractions n'est pas rare. À la différence des cas pour lesquels la dignité humaine est en jeu, en règle générale l'atteinte à la Constitution ne conduit pas ici à l'attribution de droits aux prestations pour les groupes plaignants. Il incombe bien plus au législateur de déterminer la manière dont il veut corriger l'atteinte à l'égalité, en procédant à l'extension de la prestation ou à son abrogation. Étant donné que cette alternative est offerte au législateur, l'inconstitutionnalité ne conduit pas à la nullité de la loi, mais impartit au législateur un mandat législatif.

L'article 1, alinéa 1 et l'article 3, alinéa 1 de la Loi fondamentale font partie des droits fondamentaux les plus liés au principe de l'État social. Cependant, la possibilité d'établir un lien ne se limite pas à ces droits fondamentaux. En 2005 la Cour constitutionnelle fédérale a déduit un droit à une prestation publique du droit à la vie de l'article 2, alinéa 2 de la loi précitée en relation avec le principe d'État social. Le plaignant âgé de 18 ans était atteint d'une maladie rare et mortelle pour laquelle n'était alors disponible aucun traitement reconnu scientifiquement. Une nouvelle médication, bien que recommandée par l'un des médecins mais dont l'efficacité était encore incertaine, n'a pas été prise en charge par la caisse de maladie publique. Les tribunaux sociaux confirmèrent le refus. La Cour constitutionnelle fédérale déclara cette médication comme étant la seule chance de préserver la vie du plaignant et annula le jugement du tribunal administratif.

### 3 LES LIMITES DES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES

Même après les réformes Hartz le niveau de la sécurité sociale en Allemagne est resté exceptionnellement élevé. Ce qui donne l'occasion d'examiner de nouveau le rapport entre l'État social et

la Constitution en général. La brève rétrospective a déjà montré que l'État social d'un pays n'est pas dans une relation de dépendance nécessaire avec sa Constitution. Un pays peut s'orienter vers un État social sans reconnaître de droits fondamentaux sociaux, comme le montre l'exemple de l'Empire allemand. Vice versa un pays peut professer l'État social ou la garantie des droits sociaux fondamentaux, sans tenir ses promesses, comme le montrent de nombreux pays à travers le monde. Enfin, un pays peut professer l'État social dans sa Constitution et agir réellement comme un État social, tandis qu'au niveau de l'interprétation, la valeur juridique des composantes sociales de la Constitution est contestée, comme dans la République de Weimar.

Ceci confirme l'ancienne réserve selon laquelle l'État social ne peut pas s'accomplir au niveau de la Constitution. Au contraire, une action au niveau législatif est en permanence nécessaire, afin de concrétiser l'obligation constitutionnelle ainsi qu'une autre action au niveau réel, qui permet de mettre à disposition les moyens nécessaires qui seront distribués aux personnes dans le besoin. Cela suppose toutefois que l'État dispose des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission d'État social. Ce qui ne signifie pas que les prescriptions de la Constitution concernant l'État social ne soient pas importantes. Cela revient simplement à dire que l'affirmation constitutionnelle n'équivaut pas à la réalisation des objectifs. Mais il n'est pas sans importance si les actions indispensables pour la réalisation de ces objectifs ont un caractère juridiquement obligatoire ou non.

De la même façon les droits sociaux fondamentaux ne peuvent pas modifier cette constellation de base. Les droits sociaux fondamentaux diffèrent des libertés classiques. Les droits des libertés classiques restreignent l'État. Ils sont remplis par une abstention d'agir. Ils ne dépendent pas habituellement d'une concrétisation par la loi ordinaire. Il n'existe pas non plus en règle générale de problèmes de ressources. L'abstinence en matière d'action n'est ni limitée ni onéreuse. L'objectif juridiquement réalisable est donc atteint avec la reconnaissance des libertés civiles dans la Constitution. Une atteinte à une liberté civile peut être réglée au niveau juridique, à savoir par l'*actus contrarius*. L'acte inconstitutionnel est annulé. Ce n'est pas le cas cependant en ce qui concerne les conséquences réelles en cas de violation des droits sociaux fondamentaux. Une expropriation inconstitutionnelle peut, certes, être rectifiée par la restitution de l'objet. Mais cette possibilité n'existe pas dans le cas d'une incarcération, de la dispersion d'une manifestation ou d'écoutes téléphoniques inconstitutionnelles. Il ne reste ici que la possibilité du paiement d'une indemnité.

En revanche, le principe de l'État social ou les droits sociaux fondamentaux dépendent de la concrétisation législative, de la création de certaines organisations, de la mise à disposition des moyens nécessaires ainsi que de leur attri- ●●●

●●● bution aux ayants droits. Leur but n'est donc pas atteint avec leur seule inscription dans la Constitution. Un problème de ressources subsiste en permanence. Par conséquent une violation des droits sociaux fondamentaux ne peut pas être réglée au niveau juridique mais uniquement au niveau factuel. Un *actus contrarius* seul ne rétablit pas la situation constitutionnelle. L'absence de tout accomplissement actif de la part du législateur ou de l'administration ne peut pas être remplacée par la décision d'un tribunal. Car un tribunal peut réclamer une loi manquante, mais il n'est pas en mesure de la promulguer. Il ne pourrait donc satisfaire les droits d'un ayant droit que par une prestation réelle, pour laquelle il ne dispose cependant pas des conditions requises. Cette différence fonde la faiblesse constitutionnelle des droits sociaux fondamentaux.

Une position intermédiaire entre les libertés individuelles et les droits sociaux est occupée par le devoir constitutionnel de l'État de protéger les droits fondamentaux envers des atteintes émanant des acteurs privés. Ce devoir ne forme pas une troisième catégorie de droits fondamentaux mais à une nouvelle dimension positive des libertés qui s'ajoute à la dimension traditionnelle négative. L'obligation de protection est une évolution de la dogmatique du droit fondamental conduite par la Cour constitutionnelle. Elle remonte à l'expérience que la liberté individuelle dépend d'un prérequis que la théorie libérale ne le laisse supposer. La liberté individuelle et la limitation de l'État ne sont pas identiques. Tel serait le cas si des atteintes à la liberté ne pouvaient émaner que de l'État. Mais il ne saurait en être question. Les atteintes qui mettent en péril la liberté proviennent également d'intérêts privés et peuvent, dans certaines circonstances, avoir des effets bien plus décisifs que les atteintes venant de l'État.

Le devoir de protéger les droits fondamentaux répond à ce problème. Tandis que la dimension négative de la liberté individuelle s'adresse aux atteintes à la liberté qui émanent de l'État, la dimension positive s'adresse à des atteintes à la liberté émanant d'intérêts privés. La Constitution fait front aux atteintes en provenance de l'État contre la liberté individuelle par le devoir d'abstention du côté de l'État et par un droit de défense du côté des personnes. Contre les atteintes aux libertés individuelles qui proviennent d'intérêts privés, l'État peut offrir à lui seul une protection. Le sens de cette obligation de protection est d'astreindre constitutionnellement l'État à accorder cette protection. La protection de la liberté contre des atteintes venant d'intérêts privés n'est donc pas laissée à la libre appréciation de l'État mais elle lui est prescrite.

Étant donné que, de son côté, le comportement d'une personne privée menaçant la liberté individuelle d'autres personnes tombe souvent sous le coup de la protection des droits fondamentaux, la protection de la liberté des uns ne peut se faire

que par la restriction de la liberté des autres. Ceci ne peut que prendre la voie de la législation. Pour cette raison, l'obligation de protection fixée par le droit fondamental est remplie par la législation. C'est du droit fondamental affecté lui-même que découle de l'obligation du législateur d'intervenir. Cependant, toute latitude lui est laissée sur la manière dont il accomplit cette mission. Les obligations de protection ont en commun avec les droits sociaux fondamentaux que leur accomplissement nécessite une prestation de l'État, et non une abstention. Toutefois, elles se différencient des droits sociaux fondamentaux en ce que cette prestation est fournie par l'acte législatif et non par la remise en premier lieu de biens matériels aux personnes dans le besoin, et elle est également fournie par le fait que le législateur ne dépend pas en général de ressources comme c'est le cas pour l'exécution des droits sociaux fondamentaux.

La comparaison montre clairement pourquoi en matière d'État social la Constitution joue un rôle considérablement plus réduit que dans le domaine traditionnel de l'État de droit. Elle est davantage dépendante de la politique, et la politique, à son tour, dépend de ressources. Que l'État social en Allemagne soit par comparaison très développé et qu'il reste à un haut niveau même après les changements ayant accompagné les réformes Hartz, a donc assez peu à voir avec la Loi fondamentale. Il possède des forces motrices plus puissantes que les normes de la Constitution. L'État social allemand ne se serait pas en principe développé différemment si le principe fondamental de l'État des articles 20 et 28 de la Loi fondamentale n'avait pas existé. Pour autant, le fait que la Constitution oblige l'État ou non à la protection sociale n'est pas indifférent. Mais la distinction doit être correctement opérée. Un regard sur les possibilités de la Constitution peut s'avérer utile, lorsqu'échoue l'obligation d'État social ou la protection des droits sociaux fondamentaux.

Si un État présente un gros déficit dans le domaine social, par exemple de nombreuses couches de la population, voire la majorité, sont sans abris, dépourvus de soin de santé, de vêtements et de nourriture, il n'est alors pas possible de remédier à cet état inconstitutionnel par le truchement d'un arrêt de la Cour constitutionnelle. Il en va de même pour le minimum vital décent. Un tribunal ne peut ni fournir lui-même les moyens nécessaires pour parer à l'urgence, ni en sommer l'acquisition. Il ne peut même pas ordonner un changement de priorités, comme par exemple entre le budget de l'armée et le budget social. À la rigueur il peut charger les organes politiques compétents constitutionnellement d'examiner le problème et d'améliorer au cours du temps la situation. L'Allemagne a déjà connu une telle situation, non pas toutefois dans le domaine du droit social mais dans celui de l'université avec le *numerus clausus*.

Qu'une Cour constitutionnelle agisse autrement en allant malgré de grands déficits sociaux au-



delà en aidant requérant à obtenir une prestation de l'État, elle ne pourra alors que constater son erreur dès que se présenteront les mille requérants qui se trouvent dans la même situation. Les pays qui connaissent un grand déficit social tel que l'Inde, l'Afrique du Sud et le Brésil se sont heurtés aux limites de ces réglementations constitutionnelles. En s'acquittant simplement de leur rôle constitutionnel social les Cours constitutionnelles peuvent parer à de petits déficits, comme une différence de traitement dans des situations semblables, une lacune dans la législation, une détermination insuffisante des besoins minimaux, une erreur de calcul des prestations sociales, etc. L'existence d'une Constitution qui contient des éléments sociaux et celle d'une Cour constitutionnelle qui puisse aider à les concrétiser fait donc, sur ce point toute la différence.

### **4 LE PRINCIPE D'ÉTAT SOCIAL DE LA LOI FONDAMENTALE ET LE DROIT EUROPÉEN**

Les Constitutions nationales sont souvent écartées, modifiées ou vidées de leur substance par le droit européen. La question est de savoir dans quelle mesure sont affectés le principe d'État social de la Loi fondamentale et la jurisprudence correspondante de la Cour constitutionnelle allemande. Les traités européens contiennent un engagement général en faveur de la solidarité et de la justice sociale. La Charte européenne des droits fondamentaux comporte un nombre considérable de droits sociaux et économiques. Toutefois dans le domaine de la politique sociale l'Union européenne n'offre que des compétences de soutien et complémentaires. Ses pouvoirs législatifs sont très limités. Les compétences législatives en matière de droit social restent pour l'essentiel l'affaire des États membres. Leurs systèmes de sécurité sociale diffèrent considérablement. Les tentatives d'harmonisation du droit européen se heurtent à de difficiles questions. C'est pourquoi l'influence du droit européen et de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice sur les droits sociaux des États membres n'est qu'indirecte. Quatre constellations se distinguent.

Le premier groupe est en rapport avec l'asymétrie connue entre l'intégration positive et négative. Une intégration négative signifie la levée du droit national, qui entrave la réalisation du marché commun, et la privatisation des services publics. Une intégration positive correspond à une re-régulation au niveau européen. Sur la base des décisions radicales de la CJCE dans les affaires *Van Gend & Loos* et *Costa v. ENEL* de 1963 et 1964, l'intégration négative est entre les mains de la Commission et de la CJCE. Elle s'accomplit d'un trait de plume. En revanche, l'intégration positive exige des actes législatifs européens beaucoup plus difficiles à réaliser que l'intégration négative en raison du nombre d'institutions impli-

quées et du quorum parfois élevé. L'effet de libéralisation de la jurisprudence de la CJCE trouve ici son origine. Les conséquences s'en ressentent au niveau de la protection nationale des droits sociaux. Dans le Marché commun ils constituent alors un handicap à la compétitivité de l'économie locale sur le marché intégré et finissent par être soumis à la pression politique.

Le deuxième groupe concerne l'extension des prestations sociales des systèmes de sécurité sociale aux citoyens étrangers et aux membres de leur famille qui n'y ont pas contribué. Le cercle des bénéficiaires en est élargi. Toutefois même si cet élargissement se fonde sur la citoyenneté européenne, d'un point de vue européen il ne se fait pas en priorité au service d'un objectif de politique sociale, mais favorise plutôt la libre circulation des travailleurs, au sens d'une liberté économique. Les systèmes sociaux nationaux n'en sortiront pas renforcés.

Le troisième cas de figure concerne l'extension du domaine d'application des droits fondamentaux européens au détriment des droits fondamentaux nationaux que produit la jurisprudence de la CJCE. Selon l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux, les droits fondamentaux européens s'appliquent aux institutions de l'Union européenne ainsi qu'aux États membres mais uniquement lorsque ces derniers exécutent la législation européenne. Or pour la CJCE, l'application de la législation européenne inclut l'application du droit national dans la mesure où celui-ci est lié au droit européen, n'importe comment. C'est ce que montre le jugement de l'affaire *Akerberg Fransson*. Compte tenu du degré de mélange entre le droit national et la juridiction européenne, il n'est pas facile de trouver des législations nationales sans aucun lien avec le droit européen. C'est une nouvelle source de risque qui se développe pour les droits sociaux au niveau national.

Enfin, il existe des cas ayant une incidence directe sur la reconnaissance des droits sociaux et économiques des États membres. Les arrêts *Viking* et *Laval* en rendent compte. Dans ces arrêts, la CJCE a reconnu les droits fondamentaux nationaux comme motif justifiant la restriction des libertés économiques européennes et a essayé de trouver un équilibre entre les deux. L'équilibre ne conduit pas automatiquement à la prépondérance des libertés économiques, mais dans ce cas précis il a abouti à imposer les libertés fondamentales sur la législation nationale du travail, législation sur laquelle l'Union européenne n'est pas autorisée à légiférer.

À ce jour, aucun cas ne s'est présenté dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui affecte directement le rapport du principe de l'État social au droit européen. Cependant la Cour constitutionnelle fédérale a développé des lignes directrices touchant au rapport entre le droit européen et le droit national. Elles sont rassemblées dans le jugement de ●●●

●●● Lisbonne. Premièrement la Cour constitutionnelle fédérale a défini les limites de l'intégration. Conformément à celles-ci, le transfert de souveraineté à l'Union européenne est exclu par la Loi fondamentale. Elle interdit simultanément la transformation de l'Union européenne en État fédéral. En outre les États membres de l'Union européenne doivent demeurer « *Parties contractantes* ». Un pouvoir constituant européen est incompatible avec la Loi fondamentale. Cela signifie que les principes de l'habilitation spéciale et de compétence ne peuvent être modifiés. En outre, le Parlement allemand doit conserver suffisamment de compétences pour traduire en mesure politiques la volonté populaire exprimée par les urnes.

Deuxièmement, la Cour constitutionnelle allemande désigne certains domaines du droit dans lesquels les décisions politiques importantes doivent rester entre les mains des États membres, en raison du rôle essentiel qu'ils jouent dans la souveraineté de la démocratie et l'autodétermination du peuple. La Cour y inclut aussi le droit social dont font partie les prestations de sécurité sociale. Le passage décisif est le suivant : « *Les décisions importantes en matière de politique sociale doivent être prises sous la responsabilité des organes législatifs allemands. Notamment la sécurité matérielle de la personne, une tâche assurée par l'État, fondée non seulement dans le principe d'État social mais également dans l'article 1, alinéa 1 de la Loi fondamentale, doit*

*rester une prérogative fondamentale des États membres, même si une coordination pouvant aller jusqu'à un alignement progressif n'est pas exclue. Ceci est en conformité avec les possibilités limitées en droit et en fait de l'Union européenne à former des structures d'un État social.* » (BVerfGE 123, 267, 362 f.)

Troisièmement la Cour constitutionnelle met en garde contre l'érosion rampante de la démocratie dans les États membres. Elle insiste pour que l'autorité du droit européen en Allemagne relève de l'ordre d'application allemand et trouve sa base de validité non pas dans une source indépendante de la volonté étatique. Il s'en suit que les actes *ultra vires* de l'Union européenne ne s'appliquent pas en Allemagne. C'est à la Cour constitutionnelle allemande que revient le dernier mot quand il s'agit de déterminer un acte *ultra vires*, car elle estime qu'il n'existe pas d'autre protection contre l'évidement de la substance des compétences nationales par l'Union européenne. Enfin, l'identité de la Loi fondamentale représente une limite absolue de la validité du droit européen au niveau national. Cette identité est constituée de la Cour constitutionnelle allemande et du principe d'État social qui comprend en particulier de la protection des droits fondamentaux nationaux. Le jugement d'avril 2013 montre que la Cour constitutionnelle allemande n'est pas prête à accepter l'interprétation extensive de l'article 51 de la Charte européenne des droits fondamentaux. ■



**Portugal**



# La jurisprudence constitutionnelle portugaise sur la crise de la dette publique, vue de l'intérieur

Ana Maria Guerra Martins, Professeur à la faculté de droit de l'Université de Lisbonne, ancienne Juge à la Cour constitutionnelle portugaise, et Chercheur au centre de recherche en droit public de Lisbonne<sup>1</sup>

## 1 INTRODUCTION

Le but de cet article est de démontrer la consistance et la cohérence de la jurisprudence constitutionnelle portugaise relative aux droits sociaux pendant la crise de la dette souveraine (2010-2014). En effet, dans le prolongement de la crise financière en général, la crise de la dette publique a conduit le législateur portugais à adopter un paquet de mesures d'austérité, dont la contestation mobilisa fortement la Cour constitutionnelle.

Dans un premier temps, ces mesures ont été limitées au domaine fiscal, mais au fur et à mesure que les crises s'aggravaient, et surtout après la demande de l'aide extérieure et la signature du Programme d'assistance financière par le Portugal<sup>2</sup> en mai 2011<sup>3</sup>, les mesures furent étendues à d'autres domaines, comme la réduction du personnel, de salaires et d'autres avantages sociaux dans le secteur public, la réduction des pensions de retraite dans les secteurs public et privé, l'introduction de la « flexibilité » au marché du travail et la réduction des allocations chômage pour le secteur privé.

Une partie de ces mesures furent intégrées dans les lois du budget de l'État de 2011<sup>4</sup>, 2012<sup>5</sup>, 2013<sup>6</sup> et 2014<sup>7</sup>, qui ont été toutes contestées devant la Cour constitutionnelle. D'autres mesures étaient formellement indépendantes des lois du budget, mais y restaient étroitement liées, et il existait enfin un autre groupe de mesures qui était entièrement autonome.

Compte tenu du nombre important des décisions sur ce sujet, nous n'analyserons que celles qui ont été le plus critiquées par les chercheurs. Cette étude se propose de contester leurs arguments, en soutenant la cohérence et la consistance de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle portugaise<sup>8</sup>.

À cette fin, la section 1 présente de manière très synthétique cette jurisprudence<sup>9</sup>, la section 2 se penche sur les réactions de la doctrine et la section 3 développe le débat doctrinal et répond aux critiques. Enfin, la section 4 esquisse quelques conclusions.

## 2 BRÈVE ANALYSE DE LA « JURISPRUDENCE DE LA CRISE » DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE PORTUGAISE

### ► Présentation des principales décisions

#### Le contrôle des mesures du domaine fiscal

La jurisprudence dénommée « de la crise » a commencé avec la décision n° 399/10 du 27 octobre 2010<sup>10</sup> qui concernait des normes variées du Code de l'impôt personnel sur le revenu<sup>11</sup> (*Código do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares*), permettant l'application d'un taux augmenté de l'impôt sur le revenu que les personnes privées avaient gagné à un moment antérieur à l'entrée en vigueur des normes en cause. Ces normes étaient destinées à réagir à la situation financière et au besoin urgent de réduire le déficit et les coûts de la dette publique accumulée, en assurant une recette fiscale plus élevée.

La Cour a souligné que la Constitution interdit clairement la rétroactivité des lois fiscales (*Art. 103(3)*), mais cette rétroactivité est comprise comme l'application d'une nouvelle loi à des faits anciens en matière fiscale (plus anciens que l'entrée en vigueur de la nouvelle loi) qui sont cependant conclus, ce qui n'était pas le cas.

D'après la Cour constitutionnelle, les normes qui étaient soumises au contrôle de constitutionnalité poursuivaient un but légitime du point de vue constitutionnel (assurer la recette fiscale pour rétablir l'équilibre des comptes publics), étaient urgentes et pressantes, et, dans le contexte de l'annonce des mesures combinées pour lutter contre le déficit et la dette publique accumulée, ne violaient pas le principe de sécurité juridique.

Par conséquent, la Cour constitutionnelle déclara que ces normes n'étaient pas inconstitutionnelles<sup>12</sup>.

#### Le contrôle des mesures budgétaires formelles

L'année suivante, dans la décision n° 396/11 du 21 septembre 2011<sup>13</sup>, la Cour a contrôlé plusieurs normes contenues dans la loi budgétaire pour 2011<sup>14</sup>, sans, toutefois, se prononcer sur la ●●●

<sup>1</sup> Lisbon Centre for Research in Public Law, aguerramartins@gmail.com. Une version plus développée de cet article portant le titre de

« Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis – The Portuguese Constitutional Case-Law », est parue au *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22 (2015) 5, p. 687-705. Le texte français ici publié a été préparé avec le concours de Linxin HE, attaché de recherche au Collège de France.

<sup>2</sup> Ce programme comporte une série de dispositifs juridiques : d'une part, le gouvernement portugais et le Fonds monétaire international (FMI) signèrent un *Mémorandum d'Entente technique* (« Technical Memorandum of Understanding ») et un *Mémorandum de politique économique et financière* (« Memorandum of Economic and Financial Policies »), qui établirent les conditions de l'aide financière offerte par le FMI au Portugal ; d'autre part, le gouvernement portugais et l'Union européenne signèrent un *Mémorandum d'Entente sur la conditionnalité spécifique de la politique économique* (« Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality »). Ces mémoranda imposent au gouvernement portugais l'adoption de mesures qui y sont établies comme l'une des conditions de la réalisation écbelon- ○○○

○○○ née des contrats de financement entrés en vigueur entre les mêmes parties.

3. Le Programme d'assistance financière pour le Portugal ainsi que tous les documents qui s'y rapportent peuvent être trouvés sur le site internet de la Banque du Portugal : <https://www.bportugal.pt>

4. L. n° 55-A/2010, 31 déc. 2010 (« Lei do Orçamento de Estado para 2011 »).

5. L. n° 64-B/2011, 30 déc. 2011 (« Lei do Orçamento de Estado para 2012 »).

6. L. n° 66-B/2012, 31 déc. 2012 (« Lei do Orçamento do Estado para 2013 »).

7. L. n° 83-C/2013, 31 déc. (« Orçamento do Estado para 2014 »), modifiée par la loi n° 13/2014 du 14 mars 2014.

8. Pour une présentation plus complète des décisions et de leurs analyses, v. notre étude, *Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis – The Portuguese Constitutional Case-Law*, Maastricht *Journal of European and Comparative Law*, 22 (2015) 5, p. 687-689. V. aussi M. Canotilho, T. Violante, R. Lameiro, *Austerity Measures under Judicial Scrutiny: the Portuguese Constitutional Case-Law*, *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, 1, p. 155-183. 9. Les résumés en anglais des arrêts cités dans cet article sont disponibles sur le site internet de la Cour constitutionnelle portugaise : <http://www.tribunalconstitucional.pt>

10. Cette question fut apportée devant la Cour constitutionnelle par le président de la République sur le fondement d'un contrôle abstrait successif de constitutionnalité. La version portugaise du jugement est disponible à l'adresse suivante : <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100399.html>.

11. L. n° 11/2010, 15 juin 2010 et L. n° 12A/2010, 30 juin 2010. 12. La décision commut cinq opinions dissidentes, dont une partiellement dissidente.

13. La version portugaise de la décision est disponible à l'adresse suivante :

○○○

●●● constitutionalité des *memoranda* susmentionnés<sup>15</sup>. Ces normes contenaient des mesures qui devaient procéder à la réduction des salaires des travailleurs dans le secteur public qui gagnaient plus de 1 500 € par mois.

La Cour a reconnu qu'il y avait un droit constitutionnel à un salaire (Art. 59 (I) (a)), mais il n'existait aucun droit au maintien du niveau de salaire établi par la législation en vigueur. La réduction des salaires envisagée par la loi de 2011 visait à réduire la dette publique à un montant imposé de manière précise par le Programme d'assistance financière pour le Portugal.

Enfin, la Cour décida que la réduction des salaires des travailleurs dans le secteur public constituait une dérogation au principe de l'égalité entre ces derniers et les travailleurs du secteur privé ou des secteurs coopératifs, les travailleurs indépendants, ou toute autre personne qui obtient une rémunération par d'autres moyens. Toutefois, elle conclut qu'il y avait des raisons légitimes pour cette différenciation, et par conséquent, elle n'a pas considéré ces mesures comme inconstitutionnelles<sup>16</sup>.

Ensuite, plusieurs dispositions contenues dans la loi budgétaire pour 2012<sup>17</sup> ont été contestées sur le fondement de la violation des principes d'un État démocratique fondé sur l'État de droit (protection de la sécurité juridique), la proportionnalité et l'égalité.

Ces mesures consistaient à suspendre de 2012 à 2014 le paiement d'avantages ou de primes qui ont lieu normalement à Noël et pendant les mois de congés pour les personnes qui reçoivent une rémunération salariale des entités publiques et pour les personnes qui reçoivent des pensions de retraite grâce au système public de Sécurité sociale. Le législateur justifiait ces mesures en raison de la nécessité de respecter les limites du déficit budgétaire (4,5 % du PIB en 2012) imposées par le mémorandum technique de compréhension<sup>18</sup> et le mémorandum de politiques économiques et financières<sup>19</sup>.

Dans la décision n° 353/12 du 3 juillet 2012<sup>20</sup>, tout en maintenant sa jurisprudence antérieure, la Cour rejeta certaines nouvelles mesures, surtout lorsqu'elles exigeaient davantage de sacrifices de la part des mêmes catégories de personnes.

La Cour constitutionnelle considéra qu'il était nécessaire de limiter la différence entre le degré du sacrifice des personnes affectées par ces mesures et d'autres personnes non affectées ; et que l'inégalité causée par cette différence des situations devait être soumise à un contrôle de proportionnalité. La conjoncture économique et financière extrêmement difficile, ainsi que la nécessité de rendre effectives les mesures adoptées contre la crise, ne saurait servir de fondement pour dispenser le législateur du respect des droits fondamentaux et des principes structurels clés de l'État de droit. Par conséquent, même une inégalité justifiée par la différence des situations ne pouvait être soustraite au contrôle de proportionnalité. La

Cour jugea que la différence de traitement était en l'espèce si substantielle et importante, que les raisons d'efficacité avancées en faveur de ces mesures n'étaient pas suffisantes pour justifier cette différence.

La Cour constitutionnelle déclara donc ces dispositions législatives non conformes à la Constitution. Toutefois, compte tenu du fait que le budget de l'année 2012 était déjà en cours d'exécution, la Cour, en vertu de l'article 282(4) de la Constitution, limita les effets de son jugement, qui ne concernent donc pas les paiements de l'année 2012<sup>21</sup>.

Il faut souligner que ce n'est pas la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui change de 2011 à 2012, mais les mesures d'austérité qui deviennent de plus en plus dures.

L'une des décisions les plus difficiles dans la « jurisprudence de la crise » fut la décision n° 187/2013 du 5 avril 2013<sup>22</sup>, en raison non seulement de l'étendue des requêtes, mais aussi de la complexité des questions constitutionnelles soulevées. Le législateur, en réaction à la déclaration d'inconstitutionnalité des normes de la précédente loi budgétaire, essaya de trouver de nouvelles mesures qui puissent à la fois atteindre le but de lutter contre le déficit public et éviter une censure de la Cour constitutionnelle.

L'objet de la procédure concernait plusieurs normes, mais la Cour constitutionnelle déclara inconstitutionnelles avec force obligatoire générale uniquement trois groupes de dispositifs. Le reste ne fut pas jugé inconstitutionnel<sup>23</sup>.

Concernant la suspension du congé payé supplémentaire ou son équivalent pour les employés de l'administration publique, la Cour, se référant à la décision n° 353/12, considéra qu'elle violait le principe de l'égalité, qui demande la juste distribution des dépenses publiques. D'après la Cour, les effets cumulatifs et continus des sacrifices imposés aux personnes travaillant dans le secteur public représentaient une différence de traitement qui ne pouvait trouver une justification adéquate dans le but de réduire le déficit public. Elle constituait en revanche une violation du principe de l'égalité proportionnelle fondée sur l'idée selon laquelle une inégalité issue d'une différence entre situations doit être appréciée en termes de proportionnalité et ne peut de toute façon être excessive.

La Cour appliqua le même raisonnement à la suspension des pensions du treizième mois rémunéré pour les retraités des secteurs public et privé et la déclara par conséquent inconstitutionnelle avec force obligatoire générale. Le même sort fut aussi réservé au dispositif relatif à l'imposition des allocations de l'assurance-maladie et de l'assurance chômage.

D'autres dispositions ne furent pas considérées comme inconstitutionnelles, telles que la réduction continue des salaires payés par des fonds publics (la Cour se ravisa ainsi de son ancienne dé-

cision n° 396/2011) et celle qui soumettait les pensions de retraite à la « Contribution extraordinaire de solidarité ». Dans ce dernier cas, la Cour considéra que ce fut une mesure appropriée et proportionnée et qu'elle ne comportait aucun élément pouvant constituer une expropriation. Cette contribution extraordinaire était destinée à s'opérer en combinaison avec d'autres mesures, afin de répondre à la crise économique et financière qui demanda aux autorités publiques de faire des choix incluant une protection urgente du système de sécurité sociale aux dépens de ses bénéficiaires<sup>24</sup>.

Dans la décision n° 572/14 du 30 juillet 2013<sup>25</sup> ont été contestées deux dispositions modifiant la loi budgétaire pour 2014<sup>26</sup> : l'une sur la Contribution extraordinaire de solidarité, et l'autre sur le reversement à l'État de la moitié des recettes issues des contributions patronales à l'ADSE (un fonds qui fournit aux fonctionnaires une couverture pour les soins de santé), la Cour, suivant son ancienne jurisprudence (la décision n° 187/2013, en ce qui concerne la première disposition), considéra que ces dispositions n'étaient pas contraires à la Constitution<sup>27</sup>.

### Le contrôle des mesures budgétaires substantielles

Afin d'éviter une déclaration d'inconstitutionnalité de dispositions contenues dans la loi budgétaire après son entrée en vigueur, le président de la République portugaise saisit en 2014 la Cour constitutionnelle pour un contrôle préventif de constitutionnalité<sup>28</sup> de deux décrets de l'Assemblée de la République<sup>29</sup>.

Le premier décret approuvait l'établissement de mécanismes temporaires de réduction de paiements et les conditions selon lesquelles ces mécanismes seraient abolis au bout de quatre années au maximum. Étaient concernées la réduction en 2014 pour les employés payés par les fonds publics (similaire à celle déjà créée dans la loi budgétaire pour 2011) ; la réduction de paiements en 2015 d'une valeur équivalente à 80 % de celle de 2014 ; et l'inclusion dans la loi des dispositions selon lesquelles d'autres réductions similaires s'appliqueraient dans les années suivantes jusqu'en 2018. À la différence de 2014 et 2015, le décret ne spécifiait pas le montant des réductions qui devraient s'appliquer pour chacune des années entre 2016 et 2018.

Tout en rappelant l'essence de sa jurisprudence antérieure, la Cour considéra dans la décision n° 574/14 du 14 août 2014<sup>30</sup> que, puisque les mesures de réduction de paiements imposées depuis 2011 étaient systématiquement présentées comme transitoires (*i.e.* elles allaient être supprimées), le législateur avait alors créé des anticipations – que les salaires allaient augmenter au fil du temps – pour les travailleurs payés par les fonds publics.

Cependant, la Cour reconnut que l'État portugais avait bien rempli les conditions du Programme d'assistance financière pour le

Portugal, mais que les contraintes issues des engagements internationaux et européens – en particulier ceux résultant du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>31</sup> et le Traité de stabilité, de coordination et de gouvernance dans l'Union économique et budgétaire (connu comme le « Pacte Fiscal »)<sup>32</sup>, et les effets de la procédure de déficit excessif allaient persister.

La conséquence logique de ces circonstances, qui justifiaient la pertinence de l'intérêt public sous-jacent, fut que la réduction de paiements prévue pour 2015 restait dans les limites de ce qui pouvait être considéré comme prévisibles et par conséquent comme compatible avec la protection de la confiance.

En ce qui concerne la période entre 2016 et 2018, toutefois, une série d'indicateurs variés représente un scénario économique dans lequel il y aurait une amélioration de la situation économique et financière, et on pouvait espérer que cela aurait un impact sur la situation des travailleurs payés par les fonds publics.

D'après la Cour constitutionnelle, une fois que le pays entrerait dans l'année 2016, le Programme d'assistance financière serait terminé et la procédure de déficit excessif arriverait à sa fin, il faudrait donc trouver de nouveaux fondements pour maintenir la constitutionnalité des mesures de réduction de paiements.

En conclusion, la Cour déclara inconstitutionnelles les mesures prises pour la période entre 2016 et 2018<sup>33</sup>.

Le second décret de l'Assemblée de la République concernait la création d'une Contribution de durabilité<sup>34</sup> (*contribuição de sustentabilidade*). Dans la décision n° 575/14 du 14 août 2014<sup>35</sup>, la Cour rejeta entièrement l'idée de la comparabilité entre cette contribution et la Contribution extraordinaire de solidarité, de même que l'affirmation selon laquelle les personnes affectées par la nouvelle contribution seraient dans une meilleure situation que si elles étaient soumises à la Contribution extraordinaire en termes de montant de leur pension.

La Cour suivit aussi sa propre jurisprudence en matière de droits sociaux et considéra qu'il était nécessaire, d'une part, d'assurer la stabilité de l'« acquis » législatif déjà obtenu dans le domaine social et, d'autre part, de respecter la liberté de légiférer du législateur. Par ailleurs, la Cour confirma aussi sa propre jurisprudence sur le principe de la confiance.

La Cour reconnut, toutefois, que, à la lumière des déséquilibres manifestes d'un régime de sécurité sociale qui, s'il continuait de fonctionner tel qu'il était, pouvait finir par contraindre la République à violer ses engagements en matière de discipline budgétaire pris envers ses partenaires dans l'Union européenne – un échec qui pourrait alors impliquer à son tour le sacrifice des droits et intérêts constitutionnellement protégés ●●●

○○○

<http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>.  
14. L. n° 55-A/2010, art. 19, 20 et 21 (« Lei do Orçamento de Estado para 2011 ») du 31 décembre 2010.

15. Cependant, certains auteurs soutiennent que la Cour constitutionnelle aurait dû contrôler la conformité des Mémoires avec la Constitution, en tant que gardien de la Constitution. V. J. Melo Alexandrino, *Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades*, in G. A. Ribeiro et L. P. Coutinho, *O Tribunal Constitucional e a crise – ensaios críticos*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 62, 63. Sur la nature juridique des mémoires, v. F. Pereira Coutinho, *A natureza jurídica dos memorandos da « troika »*, *Themis*, XIII, N. 24/25, 2013, p. 147-179. 16. La décision fut accompagnée de trois opinions dissidentes.

17. L. n° 64-B/2011, 30 déc. 2011 (« Lei do Orçamento de Estado para 2012 »).

18. Disponible à <https://www.imf.org/external/np/loi/2011/prt/051711.pdf>

19. Disponible à <https://www.imf.org/external/np/loi/2011/prt/051711.pdf>

20. Pour un commentaire de cette décision, v. G. Fonseca, *Anotação ao Acórdão n.º 96/11 do Tribunal Constitucional*, *Revista de Direito Público*, n° 6, 2011, p. 269 et s.

21. Trois juges furent d'avis que les effets de ce jugement devaient s'étendre à l'année en cours, et formulèrent donc une opinion dissidente à cet égard. Trois autres juges se sont prononcés contre la déclaration d'inconstitutionnalité elle-même.

22. La version portugaise est disponible à l'adresse suivante : <http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

23. Cette décision fit l'objet de nombreuses opinions partiellement dissidentes. 24. Pour un commentaire de cette décision, v. A. P. Antunes, *Breves Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013 quanto à contribuição extraordinária*

○○○



○○○ *nária de solidariedade, E-Pública, Revista Electrónica de Direito Público (www.e-publica.pt), N. 2, 2014, p. 1 et s. Pour une critique de la décision à propos de la réduction des pensions pour les secteurs public et privé, v. J. Reis Novais, O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira, E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público (www.e-publica.pt), N. 1, 2014, p. 2 et s.*

**25.** La décision en langue portugaise est disponible à l'adresse suivante : <http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20140572.html>

**26.** L. n° 83-C/2013, 31 déc. 2013 (« Orçamento do Estado para 2014 »), mod. par L. n° 13/2014, 14 mars 2014.

**27.** Six Juges formulèrent une opinion dissidente sur la première disposition et un seul sur la seconde. De plus, deux juges rendirent des opinions concordantes à la décision majoritaire.

**28.** V. Art. 278(1) de la Constitution portugaise.

**29.** D. n° 264/XII de l'Assemblée de la République et D. n° 262/XII de l'Assemblée de la République.

**30.** La version portugaise de cette décision est disponible à l'adresse suivante, <http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html>.

**31.** Version consolidée du TFUE, [2008] JO C 115/1.

**32.** La version anglaise de ce traité est disponible ici : <http://www.european-council.europa.eu/media/579087/treaty.pdf>.

**33.** Trois Juges émièrent une opinion dissidente (dont une partielle) à propos de la constitutionnalité de la réduction prévue pour 2014 et 2015 et cinq Juges furent d'un avis différent en ce qui concerne la période entre 2016 et 2018. Un Juge donna une opinion concordante à la décision.

**34.** Cette contribution s'appliquait aux pensions payées par le secteur public et consistait à : a) 2 % sur la totalité des pensions de valeur par mois jusqu'à 2 000 € ; b) 2 % sur la valeur entre ○○○

●●● des générations futures afin de réaliser les droits et intérêts (tout aussi constitutionnellement protégés) des générations présentes – la Constitution portugaise pouvait être considérée comme donnant au législateur ordinaire le pouvoir de modifier le régime et de l'adapter aux besoins actuels.

La Cour décida donc que la Contribution de durabilité n'était pas arbitraire ou inintelligible, mais que cette mesure *sub judice* soulevait de sérieuses difficultés en termes d'égalité, d'équité interne et de justice intergénérationnelle. D'un côté, elle ne résolvait aucun problème relatif à la justice intergénérationnelle ; de l'autre, les dispositions prévues pouvaient aggraver aussi bien la situation d'inégalité entre les retraités existants que celle entre les contributeurs et les bénéficiaires du régime actuel des retraites.

La Contribution de durabilité étant une mesure définitive, elle affecterait aussi des pensions futures, sans toutefois procéder à une évaluation des effets sérieux que pourraient produire immédiatement les changements à venir dans le régime de calcul des pensions et l'introduction du facteur de durabilité en matière de détermination du montant des pensions et même de l'âge de la retraite.

La Contribution de durabilité serait entièrement indifférente aux efforts réalisés par de futurs retraités et à la réduction que la révision législative pouvait imposer aux retraités existants.

En somme, la Cour constitutionnelle retint que ces mesures violaient le principe de la confiance et les déclara alors inconstitutionnelles<sup>36 37</sup>.

## Le contrôle de la « flexibilité » du marché du travail

Finalement, en ce qui concerne le marché de travail nous devons mentionner deux décisions : la décision n° 602/13 du 20 septembre 2013<sup>38</sup> et la décision n° 862/13 du 19 décembre 2013<sup>39</sup>.

Dans la première de ces décisions, la Cour constitutionnelle déclara inconstitutionnelle avec force obligatoire générale quelques dispositions contenues dans une loi modifiant le Code du travail portugais<sup>40</sup>.

La première de ces dispositions concernait les conditions pour licencier un travailleur sur le fondement de suppression d'emploi. La Cour souligna que le concept constitutionnel de « cause juste » de licenciement comprenait à la fois une dimension subjective et une dimension objective.

L'interdiction constitutionnelle de licenciement sans cause juste (*article 53 de la Constitution portugaise*) peut être violée aussi bien par les dispositions législatives qui admettent des fondements inappropriés pour le licenciement, que par celles qui établissent des règles qui ne protègent pas assez les travailleurs.

La Cour considéra que la nouvelle disposition déléguerait à l'employeur la tâche de définir le critère qui devrait déterminer la sélection du travailleur à licencier. Seules quelques lignes direc-

trices étaient indiquées. Autrement dit, ce serait finalement la personne qui a un intérêt à licencier un travailleur qui formulerait le critère pour justifier la mesure.

La deuxième disposition portait sur le licenciement pour inadéquation du travailleur à son emploi.

La loi de 2012 permet deux types de licenciement pour inadéquation : la situation traditionnelle, dans laquelle le travailleur devient inadéquat après des modifications apportées à son poste de travail ; l'autre type est nouveau (d'aucuns l'appellent « *inaptitude* » plutôt que « *inadéquation* ») et implique un changement substantiel dans la performance du travailleur qui fait preuve d'une productivité ou qualité continuellement déclinante, que son poste soit modifié ou non. La nouvelle disposition supprimait deux conditions du licenciement pour inadéquation après modification du poste de travail : le fait que l'employeur ne dispose pas d'un autre poste vacant compatible avec les qualifications professionnelles du travailleur ; et le fait que l'inadéquation ne soit pas issue d'un défaut dans les conditions d'hygiène et de sécurité au travail dont l'employeur est responsable.

La Cour conclut que n'était pas inconstitutionnel un licenciement pour inadéquation fondé uniquement sur la réduction de la qualité du travail accompli comme l'un des deux cas susmentionnés et dans les cas où il est raisonnable de prédire que la réduction est permanente. Mais la Cour jugea que le licenciement pour inadéquation ne pouvait avoir lieu que si aucun poste alternatif n'était disponible et compatible avec les qualifications du travailleur.

Le troisième groupe de dispositions abolissait certaines règles relatives à des instruments collectifs de réglementation du travail (*instrumentos colectivos de regulamentação do trabalho, IRCT*) et des clauses du contrat de travail précédant l'entrée en vigueur de la loi en question, qui concernaient les périodes de repos compensateur pour les heures supplémentaires sur les jours ouvrés normaux et le repos hebdomadaire compensateur et les jours fériés<sup>41 42</sup>.

Dans la décision n° 862/13 du 19 décembre 2013<sup>43</sup>, la Cour constitutionnelle a exercé un contrôle sur un décret<sup>44</sup> de l'Assemblée de la République, destiné à développer des mécanismes de convergence entre la protection sociale du régime général et la *Caixa Geral de Aposentações (CGA)* qui est le fonds de pension du secteur public<sup>45</sup>. Les mesures prévues par ce décret devaient s'appliquer uniquement aux bénéficiaires de l'assurance vieillesse, de la retraite, de l'assurance d'invalidité et des pensions de la *Caixa Geral de Aposentações (CGA)*, dont le montant mensuel dépasse 600 €. Il réduisait de 10 % la valeur des pensions soumises au régime établi par la loi régissant la retraite du personnel du secteur public et donnait une nouvelle formule pour le calcul des pensions. Ce décret faisait partie de la réforme gé-

nérale visant à assurer la convergence entre le régime général de la sécurité sociale et celui du secteur public (imposé par l'article 63(2) de la Constitution portugaise).

La Cour constitutionnelle décida que les mesures contenues dans les dispositions en cause causeraient une réduction drastique des pensions concernées et qu'elles ne faisaient pas partie des mesures de réduction croisée structurelle conçues en vue d'assurer le mouvement général en satisfaisant l'intérêt de la convergence sur d'autres niveaux.

D'après la Cour, les mesures ne protégeaient pas de manière adéquate les intérêts généraux invoqués par l'auteur de ces normes (la durabilité financière de la CGA, l'équité intergénérationnelle et le besoin pour le pays de faire converger ses différents systèmes de Sécurité sociale). Une protection plus importante de ces intérêts aurait pu rendre acceptable le fait que ces mesures l'emportent sur le préjudice causé aux droits déjà acquis par les retraités relevant de la CGA et leur attente légitime que le montant de leurs pensions reste toujours le même pour l'avenir. Par conséquent, la Cour constitutionnelle décida que ces dispositions violaient le principe constitutionnel de la confiance<sup>46 47</sup>.

## ► Les principales lignes-force de la « jurisprudence de la crise »

En résumé, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle pendant la crise financière a reconnu que les mesures d'austérité pouvant mettre en danger certains droits fondamentaux (par exemple, celles réduisant les salaires du secteur public) étaient conformes à la Constitution, d'abord parce qu'elles avaient un caractère transitoire et provisoire ; qu'ensuite, le législateur jouissait d'une large marge d'appréciation et qu'enfin, le contrôle de la dette publique était absolument urgent.

Étant donné que le législateur votait des mesures d'austérité de plus en plus drastiques, la Cour constitutionnelle s'est trouvée de plus en plus sollicitée dans le contrôle de leur constitutionnalité.

À travers ces décisions, l'uniformité et la cohérence ont toujours été les grands soucis de la Cour constitutionnelle. Les déclarations et jugements successifs d'inconstitutionnalité n'étaient pas la conséquence directe d'un changement d'attitude de la Cour constitutionnelle d'une décision à l'autre, mais plutôt la même analyse appliquée à des objets différents. Nous pouvons donner deux exemples qui ont été controversés. Alignée sur sa première décision (Déc. n° 396/11), la Cour a toujours admis que les réductions des salaires similaires à celles imposées par la loi budgétaire pour 2011 n'étaient pas contraires à la Constitution (voir par exemple, Déc. n°s 353/12, 187/13 et 574/14). En revanche, suivant la décision n° 187/13 qui considéra la « contribution extraordinaire de solidarité » sur les pensions comme une mesure appropriée et proportionnelle pour atteindre le but du contrôle de la dette pu-

blique, et conforme au principe de la confiance, la Cour a pris la même position dans la décision n° 572/14.

En effet, la Cour constitutionnelle adopte des décisions différentes lorsque les mesures contestées changent. À titre d'exemple, la suspension du paiement du treizième mois et du quatorzième mois ou d'autres avantages équivalents (voir Déc. n°s 353/12 et 187/13) n'est pas similaire aux réductions de salaires. De même, la « contribution de durabilité » était différente de la « contribution extraordinaire de solidarité » en raison, entre autres, de son caractère définitif (Déc. n° 575/14).

## 3 LES RÉACTIONS DOCTRINALES À LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE PORTUGAISE

Comme nous l'avons déjà souligné, la « jurisprudence de la crise » a été objet de plusieurs critiques qui provenaient surtout du monde académique<sup>48</sup> et qui révélaient de fortes divergences à propos des questions constitutionnelles fondamentales, telles que :

- a) l'effectivité et la force obligatoire des droits sociaux ;
- b) la distinction entre règles et principes et le rôle de ces derniers dans la jurisprudence constitutionnelle ;
- c) la légitimité de la Cour constitutionnelle en général ;
- d) la légitimité de la Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des mesures « politiques » ;
- e) le rôle de la Constitution dans des situations d'urgence ;
- f) la position du droit international et du droit de l'UE dans l'ordre juridique portugais ;
- g) l'« activisme » de la Cour ;

Vu l'importance de chacun de ces sujets, nous allons les développer séparément.

### ► L'effectivité et la force obligatoire des droits sociaux

En ce qui concerne les droits sociaux, selon l'opinion de certains auteurs<sup>49</sup>, la Cour devrait être limitée à un contrôle minimaliste, et ne pourrait déclarer l'inconstitutionnalité d'une norme, que dans l'hypothèse où cette inconstitutionnalité serait si évidente que tout le monde serait d'accord pour la reconnaître.

À notre avis, cette position est absolument insoutenable pour les raisons suivantes :

- a) la reconnaissance et la protection que la Constitution portugaise confère aux droits sociaux ;
- b) la jurisprudence existante de la Cour sur les droits sociaux ;
- c) le fait que la crise financière et la dette ne suspendent pas la Constitution ;
- d) en dépit de la situation d'urgence financière, la Cour constitutionnelle demeure la gar-

○○○ 2 000 € et 5,5 % sur le restant des pensions de valeur de 3 500 € ; c) 3,5 % sur la totalité des pensions de valeur supérieur à 3 500 €. **35.** La version portugaise de cette décision est disponible à l'adresse suivante, <http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html>. **36.** Cette décision comporta trois opinions dissidentes et deux opinions concordantes. **37.** Pour une appréciation critique de cette décision, v. J. Loureiro, *Contribuição de sustentabilidade § compãmbia – linhas para uma discussão constitucional*, Le site internet de l'Université de Coimbra (2014), [http://apps.uc.pt/my-page/files/fil\\_loureiro/707](http://apps.uc.pt/my-page/files/fil_loureiro/707). **38.** La version portugaise de cette décision est disponible à l'adresse suivante, <http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html>. **39.** La version portugaise de cette décision est disponible à l'adresse suivante, <http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>. **40.** L. n° 23/2012, 25 juin 2012 qui modifie le Code du travail, approuvée par L. n° 7/2009, 12 févr. 2009. **41.** Dans cette décision, la Cour refusa aussi de déclarer inconstitutionnelles d'autres dispositions de cette loi, qui concernaient (i) les banques de temps individuels et collectifs de travail ; (ii) l'élimination de certaines périodes de repos compensateur et du paiement des heures supplémentaires ; (iii) l'abolition de certains jours obligatoirement chômés et l'augmentation du congé annuel pour les travailleurs spécifiquement assidus ; (iv) les conditions pour licencier un salarié sur le fondement de l'inadaptation à leur travail ; (v) les dispositions concernant certains aspects des relations entre les sources en droit du travail (Code du travail versus instruments collectifs de réglementation du travail) ; (vi) une suspension de deux ans de certains instruments collectifs de réglementation et des clauses du contrat de travail contenant des dispositions sur des taux addi- ○○○



○○○ tionnels d'heure supplémentaire plus élevés que ceux établis par le Code du travail, sur le paiement ou des repos compensateurs pour le travail accompli lors des jours fériés, dans les entreprises qui peuvent continuer à exercer leurs activités lors de ces journées.

42. Cette décision a connu un nombre important d'opinions dissidentes, accompagnées toutes sauf une de textes explicatifs, ce qui manifeste bien la nature extrêmement complexe des questions devant la Cour. La majorité dans la décision varie aussi bien en taille qu'en composition par rapport à chaque question triviale.

43. La version portugaise de cette décision est disponible à l'adresse suivante,

<http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>.

44. D. n° 187/XII de l'Assemblée de la République.

45. L. n° 478/72, 9 déc 1972.

46. La décision fut unanime.

47. Pour un commentaire de cette décision, v. N. C. Cabral, *Convergência do Regime de Proteção Social da Função Pública com o regime geral da Segurança Social, Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 6, N. 4, 2013, p. 255 et seq.; L. P. Coutinho, *A « convergência das pensões » como questão política*, *E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público* ([www.e-publica.pt](http://www.e-publica.pt)), N. 1, 2014, p. 14 et s.; V. Canas, *Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao "corte" de pensões)*, *E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público* ([www.e-publica.pt](http://www.e-publica.pt)), N. 1, 2014, p. 28 et s.

48. Pour des critiques sur cette jurisprudence, v. les articles in G. A. Ribeiro et L. P. Coutinho, *O Tribunal Constitucional e a crise – Ensaíos críticos*, op. cit. Pour une réponse à ces critiques, v. J. Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos críticos*, Coimbra, Almedina, 2014.

49. V. p. ex., M. Nogueira de Brito, op. cit., p. 116 et s. ○○○

●●● dienne de la Constitution et doit continuer à veiller à que ces droits demeurent respectés.

En fait, conformément à la Constitution portugaise et d'après une jurisprudence constitutionnelle constante<sup>50</sup>, les droits sociaux sont de vrais droits fondamentaux, et non pas de simples principes de politique sociale ; par conséquent, dans un État constitutionnel, la loi doit respecter ces droits. Les limitations imposées par la loi à ces droits doivent donc être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle et ce contrôle ne peut être minimal ou symbolique<sup>51</sup>.

Par ailleurs, la Constitution n'a pas été suspendue par la crise financière et de la dette. Elle demeure en vigueur. Il s'ensuit que la Cour constitutionnelle est tenue par sa jurisprudence antérieure sur les droits sociaux<sup>52</sup>.

Cette jurisprudence de la Cour considérait les droits sociaux comme de vrais droits fondamentaux, mais reconnaissait le pouvoir du législateur de réduire le niveau de réalisation des droits sociaux constitutionnellement protégés. Cela signifie que la Cour constitutionnelle n'a jamais déclaré que la Constitution contiendrait un principe de « l'interdiction de régression ».

La Cour constitutionnelle a maintenu cette position dans la « *jurisprudence de la crise* ». Par exemple, s'il existe un droit au salaire minimum, à une pension de retraite, ou encore à des allocations sociales, il n'y a pas de droit au maintien du salaire, de la pension, ou des allocations sociales au montant établi par la loi à un moment donné. Cela signifie que, selon la Cour constitutionnelle, il est possible de réduire les rémunérations et les pensions ou encore des allocations chômage (couverture, durée et montant). Toutefois, conformément à l'ancienne jurisprudence de la Cour, la baisse du niveau de protection des droits sociaux est limitée et doit respecter le contenu essentiel du droit social en cause, et reste soumise aux contrôles de proportionnalité et de non-discrimination.

Dans la « *jurisprudence de la crise* », la Cour constitutionnelle a motivé ses décisions dans un sens légèrement différent, intégrant notamment le contrôle de proportionnalité dans le principe de l'égalité. Selon elle, l'égalité juridique est toujours une égalité proportionnelle<sup>53</sup>. Cela signifie que, tout en acceptant qu'il y ait par exemple une différence entre ceux qui sont payés par les fonds publics et ceux qui ne le sont pas, la Cour considère qu'une différence de traitement si substantielle et importante qu'elle excède les limites de l'admissible est contraire à la Constitution.

D'après l'auteur de ces lignes, le rôle des cours constitutionnelles ne doit pas diminuer dans des situations d'urgence. Au contraire, tant que les situations sont susceptibles d'aboutir à des restrictions ou même des violations des droits fondamentaux, le devoir de la Cour constitutionnelle est de protéger les individus, même contre les ingérences d'un pouvoir politique élu de manière démocratique.

Les droits fondamentaux sont si importants qu'ils ne sauraient être conditionnés par les décisions politiques d'une majorité parlementaire. Au contraire, ils sont un atout<sup>54</sup> face à la majorité, qui doit être garanti par les Cours constitutionnelles. La situation est certes exceptionnelle, mais les cours constitutionnelles ne sont pas supposées d'intervenir uniquement dans les situations « normales ». Cela ne veut pas dire que le juge constitutionnel n'a pas à tenir compte de l'urgence financière dans l'interprétation de la Constitution, qui est un texte dynamique devant être interprété au regard des circonstances réelles de la vie.

À notre avis, la Cour constitutionnelle portugaise était pleinement consciente de la gravité de la situation. C'est pourquoi elle a considéré que le contrôle de la dette publique concernait un intérêt général important qui pouvait justifier des mesures de limitation<sup>55</sup>. On doit aussi garder à l'esprit que la Cour constitutionnelle n'a pas déclaré inconstitutionnelles plusieurs mesures contestées, y compris des réductions de salaires dans le secteur public et des réductions de pensions dans tous les secteurs. Et dans la décision n° 353/12, pour la première fois dans l'histoire de sa jurisprudence, la Cour limita les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité comme il est permis par l'article 282 (4) de la Constitution et en exempta la réduction des primes de Noël, des bonus de congé ou d'autres paiements équivalents pour l'année 2012.

## ► Le rôle des principes en droit constitutionnel

Un autre sujet qui divisa profondément la doctrine concerne la motivation des décisions, qui était principalement fondée sur les principes de l'égalité, de proportionnalité et de confiance, et non sur des règles certaines, évidentes et claires.

D'aucuns<sup>56</sup> considèrent que ces principes sont trop vagues, faibles et incertains pour apprécier l'invalidité d'une règle juridique, surtout si elle est contenue dans la loi budgétaire. Pour ces auteurs, seules les dispositions contenant des règles sont suffisantes pour atteindre ce but<sup>57</sup>. En revanche, un autre courant de la doctrine<sup>58</sup> soutient que les principes d'égalité, de proportionnalité et de confiance font partie du noyau d'un État démocratique fondé sur le principe de l'État de droit. Par conséquent, ces principes sont parfaitement appropriés pour fonder une déclaration d'inconstitutionnalité avec force obligatoire.

Laissant de côté les difficultés qui apparaissent dans la distinction entre règles et principes constitutionnels<sup>59</sup>, qu'il serait trop long de traiter dans cette étude, nous devons aussi souligner qu'aucune Cour constitutionnelle dans le monde ne se limite à déclarer inconstitutionnelles les seules dispositions législatives qui enfreignent sans aucun doute possible une norme évidente. Chaque Cour constitutionnelle, du moins en Europe, apprécie la constitutionnalité non seulement au regard des

règles constitutionnelles, mais aussi des principes. La Cour constitutionnelle portugaise ne fait pas exception.

De plus, les principes d'égalité, de proportionnalité et de confiance sont plutôt consensuels dans un État démocratique qui obéit au principe de l'État de droit. La Constitution portugaise n'invoque pas de principes rares, étranges ou discutables. Par ailleurs, ces principes participent de l'héritage juridique européen commun et restent obligatoires pour le Portugal comme pour l'Union européenne.

Bien évidemment, il est nécessaire d'interpréter aussi bien les règles que les principes. On peut aussi désapprouver une interprétation, mais cela ne signifie pas que l'inconstitutionnalité ne peut être appréciée sur la base de principes. On peut même reconnaître que la Cour constitutionnelle aurait pu ou dû décider différemment, mais les raisons susmentionnées ne sont pas convaincantes. On peut comprendre que quelqu'un puisse interroger le point de départ de la Cour constitutionnelle – l'existence de certains droits sociaux constitutionnels, tels que le droit à allocations sociales, et le droit à une pension de retraite et l'existence d'un droit social à un certain montant de rémunération, allocation sociale ou pension – mais nous comprenons difficilement l'exclusion des principes d'égalité, de proportionnalité et de sécurité juridique des paramètres constitutionnels appropriés pour invalider une disposition limitant les droits fondamentaux.

En somme, la Cour constitutionnelle a admis les réductions de salaires, d'allocations sociales et de pensions, tout en dessinant certaines limites constitutionnelles, ce qui à notre avis montre que la Cour a rempli sa fonction de gardienne vigilante de la Constitution portugaise et des droits constitutionnels.

### ► La légitimité de la Cour pour contrôler les « mesures politiques » dans des situations d'urgence

Un autre argument contre la « *jurisprudence de la crise* » concerne la légitimité de la Cour constitutionnelle pour contrôler les mesures « politiques » dans une situation d'urgence<sup>60</sup>. Pour certains auteurs<sup>61</sup>, la plupart des mesures étant incluses dans la loi budgétaire, qui est le principal instrument d'un gouvernement démocratiquement élu pour appliquer son programme électoral et ses politiques publiques, la Cour constitutionnelle aurait dû se limiter et respecter les choix du gouvernement.

D'après cette doctrine, comme la Cour constitutionnelle ne tire pas sa légitimité directement du peuple, elle aurait dû déclarer l'inconstitutionnalité seulement si cette dernière était si évidente que tout le monde adopterait la même appréciation. Comme ce n'était pas le cas, elle aurait dépassé les limites de ses pouvoirs. Par ailleurs, à l'égard des mesures qui ne sont pas incluses dans

la loi budgétaire, les mêmes auteurs soutiennent que, dans la mesure où l'application des droits sociaux dépend de choix publics et de l'existence de ressources publiques, la Cour aurait dû se garder d'intervenir dans ce débat<sup>62</sup>.

La question de la légitimité judiciaire<sup>63</sup>, en particulier au niveau interne, est actuellement une question épineuse. Elle a occupé des philosophes, des politistes et des juristes dans les trois derniers siècles et elle reste un sujet fondamental<sup>64</sup>.

Dans un État démocratique, puisque les fonctions du juge incluent la réalisation de la justice au nom du peuple, les juges ont besoin, comme tout pouvoir politique, d'un titre de légitimité démocratique.

En effet, la pratique de la justice au nom du peuple présuppose que les hommes et les femmes qui ont le pouvoir de décision dans un cas concret ou dans une procédure abstraite, comme les juges constitutionnels, conformément aux règles démocratiquement adoptées au parlement ou au gouvernement ou dans le respect de la constitution, doivent être au moins tout aussi légitimes que les membres du parlement ou du gouvernement. Toutefois, nous savons bien que, contrairement aux parlements et aux gouvernements, les juges sont aujourd'hui rarement élus par les citoyens, au moins en Europe continentale. Cela ne signifie pas que la légitimité des juges n'existe pas. Bien que tout le monde admette que la méthode la plus démocratique pour désigner un mandat politique est l'élection directe, à notre avis<sup>65</sup>, cette méthode n'est pas la plus appropriée pour désigner les juges.

En réalité, dans une perspective de droit constitutionnel comparé, il n'y a aucun système dans lequel les juges de la juridiction suprême soient élus par le vote des citoyens. Même dans les systèmes où les cours inférieures sont élues par le peuple, comme dans certains cas aux États-Unis<sup>66</sup>, la compétence professionnelle, l'indépendance, l'autonomie, et la qualité des décisions rendues ne sont pas nécessairement garanties. Tout au contraire, l'élection par le peuple suppose des attaques durant la campagne, des contributions financières et des engagements politiques qui sont en quelque sorte incompatibles avec la principale fonction du juge, à savoir rendre des jugements de manière impartiale. En effet, si quelqu'un reçoit de l'argent de certains secteurs de la société, y compris des industriels, comment peut-il juger ces entreprises de manière impartiale ? Si quelqu'un assume des engagements politiques et exprime des idées durant la campagne, par exemple, contre le mariage homosexuel ou en faveur de la pénalisation de l'avortement, comment un autre individu, qui a soutenu ouvertement des idées opposées, peut-il être sûr qu'un tel juge décidera d'une manière impartiale et indépendante ? Cela est théoriquement concevable, il est vrai. Mais la connaissance préalable des préjugés des candidats va nécessairement affaiblir l'autorité de leurs décisions de justice<sup>67</sup>.

○○○ 50. Pour plus de détails, v. J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 377 et s. 51. J. Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 138 et s. 52. Pour éviter des duplications avec l'article de V. Moreira dans cette revue, *Droits sociaux constitutionnels sous pression (Leçons de l'expérience portugaise, nous ne le développons pas ici ce sujet. Pour une étude plus approfondie de ces questions, v. notre article Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis – The Portuguese Constitutional Case-Law*, p. 689-696. 53. Cette formule fut utilisée, pour la première fois, par la Cour constitutionnelle dans sa « jurisprudence de la crise » (v. Déc. n° 396/11, 353/12, 187/13, etc.). Le principe de l'égalité proportionnelle est fondé sur l'idée qu'une inégalité résultant d'une différence entre les situations doit aussi être jugée d'un point de vue de leur proportionnalité. 54. Cette expression est de Dworkin, v. R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Duckworth, 1977, p. xi. 55. Dans ce sens, v. J. Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 67 et s. 56. G. A. Ribeiro, *O Constitucionalismo dos princípios*, in G. A. Ribeiro / L. P. Coutinho, op. cit., p. 71 et s.; L. P. Coutinho, *Formular e preservar: A Constituição do Tribunal Constitucional*, in G. A. Ribeiro / L. P. Coutinho, op. cit., p. 245 et s. 57. G. A. Ribeiro, *O Constitucionalismo dos princípios*, op. cit., p. 97. 58. J. Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 110 et s.; T. Antunes, *Reflexões constitucionais em tempos de crise económico-financeira*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 727 et s. 59. Sur cette distinction entre règles et principes, v. notamment R. Alexy, *Theorie der* ○○○

○○○ Grundrechte, Frankfurt am Main, Subkamp, 1986, p. 71 et s.

60. V. avant tout, L. P. Coutinho, *A « convergência das pensões » como questão política*, E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público (www.e-publica.pt), N. 1, 2014, p. 14 et s.

61. L. P. Coutinho, *Formular e prescrever...*, op. cit., p. 253 et s. 62. L. P. Coutinho, *Formular e prescrever...*, op. cit., p. 256 et s.; cet argument a déjà été réfuté.

63. A ce sujet nous avons déjà écrit, A. M. Guerra Martins, *Judicial Legitimacy and the Functions of the Judge in a Multilevel Constitutional System*, European Review of Public Law/Revue Européenne de Droit Public, vol. 24, n° 1, 2012, p. 139-163; Idem, *Size and*

*Composition of Highest Courts – Selection of Judges*, in I. Pernice, J. Kokott et C. Saunders (ed.), *The future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 203-210. 64. V.F. Delpérée, *La légitimité du juge*, in:

*Convergence of legal systems in the 21st century*, Brussels, 2006, p. 241-264, p. 243 et s. 65. A. M. Guerra Martins, *Size and Composition of Highest Courts...*, op. cit., p. 149.

66. Pour une étude générale, v. J. L. Gibson, *Challenges to the Impartiality of State Supreme Courts: Legitimacy Theory and « New-Style » Judicial Campaigns*, American Political Science Review, vol. 102, n° 1 2008, p. 59-75. V. aussi A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, vol. I, Paris, Gallimard, 1961, p. 164 et s. et 217 et s.

67. En ce sens, F. Delpérée, *La légitimité du juge*, op. cit., p. 249; E. M. Costa, *Poder judicial: independéncia e legitimidade*, Seara Nova, n° 1695, 2006, p. 4.

Contra, J. L. Gibson, *Challenges to the Impartiality...*, p. 60 et s. 68. V.M. Rebelo de Sousa, *«Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais* ○○○

●●● Les juges de juridictions suprêmes sont souvent désignés par des autorités publiques<sup>68</sup> : le pouvoir exécutif<sup>69</sup>, comme au Royaume-Uni, en Australie, au Canada<sup>70</sup>, en Finlande, au Norvège, ou encore en Malte ; le parlement<sup>71</sup>, en Allemagne<sup>72</sup> ou en Ukraine par exemple ; ou les deux pouvoirs dans un système mixte<sup>73</sup>, tel qu'aux États-Unis, en Israël, en Lituanie, en France, en Grèce, ou aux Pays-Bas.

Quelle que soit la méthode pour la désignation des juges constitutionnels, elle inclut presque toujours une procédure politique<sup>74</sup>, qui fonde la légitimité de ces juridictions.

En somme, on doit partir du principe selon lequel, à la différence des autres organes de l'État, la légitimité démocratique des juges n'a pas à se fonder nécessairement sur une élection par les citoyens. Il existe d'autres méthodes de légitimation<sup>75</sup>. En effet, la légitimité des juridictions est aujourd'hui inférée fondamentalement de la constitution d'un État. La Cour constitutionnelle portugaise, comme beaucoup d'autres cours constitutionnelles en Europe, tire sa légitimité de la Constitution (Art. 221<sup>76</sup> à 224). Elle est composée de treize juges, dont dix doivent être désignés par l'Assemblée de la République et trois cooptés par les dix<sup>77</sup>.

Une fois que l'argument sur le manque de légitimité de la Cour constitutionnelle est réfuté, on doit délaissier le sujet de la nature politique de la loi budgétaire, qui empêcherait la Cour constitutionnelle de déclarer l'inconstitutionnalité de ses dispositions. En dépit de la dimension politique des lois budgétaires, nous ne pouvons admettre que leurs dispositions ne relèvent pas du contrôle de la Cour constitutionnelle. Au contraire, la loi budgétaire est bien un acte législatif, et les dispositions contestées devant la Cour constitutionnelle sont bien des règles juridiques qui ne sauraient être considérées comme des « questions politiques » au sens utilisé par la Cour suprême des États-Unis.

En conséquence, la Cour constitutionnelle portugaise ne pouvait pas décliner la compétence de contrôler ces dispositions, à moins qu'elle donne un *non liquet*. Par ailleurs, la Constitution portugaise n'était pas suspendue pendant la crise de la dette publique<sup>78</sup>.

## ► La place du droit international et européen dans l'ordre juridique portugais

Certains auteurs ont soutenu que la Cour constitutionnelle aurait dû se concentrer davantage sur le droit international et européen, puisque ce dernier aurait imposé d'autres solutions<sup>79</sup>. Une opinion contraire<sup>80</sup> a soutenu que la Cour constitutionnelle aurait dû appliquer la Constitution portugaise, qui est plutôt protectrice en matière des droits sociaux<sup>81</sup>, même si elle était contraire aux règles internationales et européennes. De notre point de vue, aucune de ces opinions ne devrait être suivie.

La première présuppose que la Cour constitutionnelle n'aurait pas tenu suffisamment compte

du droit international et européen, ce qui n'est pas vrai. Au contraire, puisque la Constitution portugaise contient un principe fondamental d'« amitié » face au droit international<sup>82</sup>, la Cour constitutionnelle doit tenir compte du droit international et européen dans ses décisions et cela constitue une pratique uniforme et constante de la Cour constitutionnelle, du moins, pendant la dernière décennie<sup>83</sup>. La Cour constitutionnelle était, en effet, complètement consciente des obligations de l'État portugais issues du droit international et européen et les prenait en considération dans toutes ses décisions. Toutefois, on doit prêter attention au fait que certaines mesures contestées n'étaient ni explicitement ni implicitement imposées par les engagements internationaux et européens.

En d'autres termes plus clairs, il est vrai que le mémorandum d'entente technique et le mémorandum de politique économique et financière, qui donnèrent les conditions régissant la fourniture de l'aide financière au Portugal signés par le FMI et le gouvernement portugais, ainsi que le Mémorandum d'entente sur la conditionnalité spécifique de la politique économique signé par le gouvernement portugais et l'Union européenne, demandent à l'État portugais d'adopter les mesures qui y ont été établies, comme l'une des conditions pour la réalisation échelonnée de contrats financiers entrés en vigueur entre les mêmes parties.

Néanmoins, les *memoranda* n'imposent pas toujours des mesures certaines et spécifiques qui ne laissent aucune marge d'appréciation au législateur portugais. À titre d'illustration, les *memoranda* imposèrent à l'État portugais l'obligation de réduire un certain pourcentage des dépenses publiques concernant les fonctionnaires et les services de santé, mais ils n'ont pas explicitement indiqué les mesures concrètes que le gouvernement devait prendre pour atteindre ce but. Réduire des rémunérations, des pensions de retraites et des allocations sociales, augmenter les impôts ou intervenir dans les partenariats publics-privés sont assurément des moyens appropriés pour atteindre les objectifs esquissés.

Par ailleurs, la Cour constitutionnelle n'a mis en question ni les buts détaillés du Programme d'assistance financière, ni l'obligation de l'État portugais de les atteindre. Au contraire, elle a même considéré le contrôle de la dette publique comme un intérêt général pertinent qui justifie des mesures restrictives (voir par exemple, *Déc. nos 399/10, 396/11, 354/12, 187/13*, etc.). La Cour constitutionnelle contrôlait seulement la constitutionnalité des moyens, lorsqu'ils n'étaient pas expressément prévus dans un acte juridique international ou européen.

La seconde opinion implique que, en cas de conflit entre une règle du droit de l'UE et la Constitution portugaise, la Cour constitutionnelle ne doit pas accorder la primauté au droit de l'UE. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'écrire<sup>84</sup>,



la Constitution portugaise ne laisse aucun doute sur la primauté du droit de l'UE sur l'ordre juridique interne, y compris la Constitution, sauf s'il ne respecte pas les principes fondamentaux d'un État démocratique fondé sur l'État de droit (cf. *article 8 (4) de la Constitution*)<sup>85</sup>. En d'autres termes, la Constitution portugaise remet au droit de l'Union européenne la solution des conflits entre ce droit que ce soit primaire ou secondaire adopté par les institutions européennes dans leurs compétences<sup>86</sup> et le droit national. Néanmoins, selon la Constitution portugaise, la solution de ces conflits ne résulte pas seulement du droit de l'UE, mais aussi d'une décision constituante prise indirectement par les citoyens portugais, à travers leurs représentants, pendant la révision constitutionnelle de 2004. Une autre question serait de savoir si la Cour constitutionnelle était la juridiction compétente pour traiter ce sujet. Dans cette étude, nous n'entrons pas plus dans cette question<sup>87</sup>.

En effet, au regard du droit de l'UE, dans la « *jurisprudence de la crise* », la Cour constitutionnelle portugaise a reconnu expressément les contraintes résultant des engagements européens – en particulier celles issues du TFUE et du Traité de stabilité, de coordination et de gouvernance dans l'Union économique et budgétaire, et la procédure de déficit excessif (voir par exemple, *Déc. n° 574/14*). Toutefois, comme la Cour constitutionnelle n'a pas trouvé de conflit entre droit interne et droit de l'UE, elle n'avait pas à se prononcer sur ce sujet.

Concernant le droit international<sup>88</sup>, malgré le principe d'« amitié » face au droit international, la Constitution n'a pas conféré une suprématie au droit international sur le droit national en général et encore moins sur la Constitution.

La place des règles et principes du droit international général au sein de la hiérarchie des sources portugaises du droit est réglée par l'article 8 (1) de la Constitution qui dispose qu'ils sont considérés comme faisant « *partie intégrante du droit portugais* », sans répondre à la question de leur présence ou non sur le droit interne, y compris la Constitution. Il est généralement admis que les normes impératives du droit international (*jus cogens*)<sup>89</sup> l'emportent sur le droit national, y compris le droit constitutionnel. Pour d'autres questions, la doctrine est très divisée.

En ce qui concerne les pactes internationaux, au regard de l'article 8 (2) de la Constitution qui dispose que « *[l]es dispositions des conventions internationales régulièrement ratifiées et adoptées sont applicables dans l'ordre interne après leur publication officielle, dans la mesure où elles engagent l'État portugais au plan international* », toutes les conventions internationales sont obligatoires pour la République portugaise, lorsqu'elles sont dûment ratifiées<sup>90</sup> ou signées<sup>91</sup> par le chef de l'État, puisqu'elles sont aussi entrées en vigueur au niveau international et aussi longtemps qu'elles le de-

meurent. La ratification ou la signature du chef de l'État dépend du fait qu'il s'agit de « traités » ou d'« accords ». Pour éviter tout conflit éventuel avec le droit constitutionnel, l'article 278 (1) de la Constitution<sup>92</sup> prévoit un contrôle abstrait préventif de constitutionnalité.

Cependant, le fait est que certains conflits peuvent émerger et l'article 8 (2) de la Constitution ne donne aucune solution claire à ce problème. Par conséquent, les chercheurs portugais et les autorités judiciaires ont exprimé des opinions différentes, soutenant le courant majoritaire que les sources internationales du droit l'emportent sur la loi ordinaire mais pas sur la Constitution<sup>93</sup>.

Au regard de l'article 8 (3) de la Constitution, « *[l]es dispositions adoptées par les organes compétents des organisations internationales dont le Portugal est membre sont applicables directement dans l'ordre juridique interne dès lors que le traité constitutif de ces organisations le prévoit* ».

Cette disposition fut introduite par la révision constitutionnelle de 1982, en raison de la perspective de l'adhésion du Portugal aux Communautés européennes<sup>94</sup>. Elle avait pour objectif de recevoir automatiquement le droit dérivé de l'UE et de l'intégrer dans l'ordre juridique interne sans passer par une procédure de réception. Toutefois, en raison de la rédaction de cette disposition, elle peut être appliquée aussi en dehors du droit de l'UE.

En somme, concernant les règles internationales, à moins qu'elles fassent partie du *jus cogens* – ce qui ne fut pas le cas dans la « *jurisprudence de la crise* » – elles ne l'emportent pas sur le droit constitutionnel. Par conséquent, la Constitution portugaise n'a pas donné une suprématie au droit international.

## ► L'« activisme » de la Cour constitutionnelle portugaise

En dernier lieu, on a reproché à la Cour d'être une « force de blocage » qui aurait cédé à un « activisme judiciaire ». Avant de développer cet argument, on doit clarifier ce que signifie l'« activisme judiciaire ». Il ne peut compromettre la mission créative d'interprétation, voire de création de règles, étant donné qu'il existe une *lacuna* dans le système juridique, puisque la conception du juge comme « bouche de la loi » est complètement dépassée<sup>95</sup>. Les juges sont habilités à décider de manière créatrice<sup>96</sup>. Le concept d'« activisme judiciaire » présuppose qu'une certaine juridiction excède ses fonctions, en s'immisçant dans les fonctions d'un autre organe, qu'il soit législatif ou exécutif. Cela signifie que l'« activisme judiciaire » implique une violation du principe de séparation des pouvoirs.

Cependant, si l'on analyse soigneusement la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur la crise de la dette publique, on ne peut y trouver ni lignes directrices adressées au législateur ou au pouvoir exécutif, ni une intervention de ●●●

○○○ *constitucionais, in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio n° 10° aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra editora, 1995, p. 218, 219.* 69. V. D. ten Brinke et H. M. Demi (ed.), *Judges in the Service of the State? Procedures, Criteria and Political Influence on National Selection of Judges for the Highest Judicial Offices and their Possible Influence on the International Criminal Court, Aachen, Shaker, 2002 p. 9 et s.* 70. V. B. McLachlin, *The Structure and Role of a Supreme Court in a Federal System – the Canadian Experience, in I. Pernice, J. Kokott et C. Saunders (ed.), The future of the European Judicial System in a Comparative Perspective, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 145 et s.* 71. V. D. ten Brinke / H. M. Demi (ed.), *Judges in the Service of the State?...*, op. cit. p. 37 et s. 72. V. P. Häberle, *Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective, in I. Pernice, J. Kokott et C. Saunders (ed.), The future of the European Judicial System in a Comparative Perspective, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 65 et s.* 73. V. D. ten Brinke / H. M. Demi (ed.), *Judges in the Service of the State?...*, p. 55 et s. 74. V. Louis Favoreu, *La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles, in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio n° 10° aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra editora, 1995, p. 233.* 75. V. E. M. Costa, *Poder judicial...*, op. cit., p. 5; O. Viegas M. Afonso, *Poder Judicial – Independência in Dependência, Coimbra, Almedina, 2004, p. 53.* 76. *Cet article dispose que « [l]a Cour constitutionnelle est la juridiction compétente pour administrer la justice dans* ○○○

●●● la Cour dans les choix de politique par le législateur. Au demeurant, cela ne veut pas dire que, à nos yeux, l'intervention de la Cour constitutionnelle reste neutre. Cela dit, même lorsque l'Assemblée de la République demanda à la Cour comment appliquer la décision, comme dans la décision n° 413/14, la Cour décida qu'il ne relevait pas de sa compétence d'éclairer d'autres organes souverains sur les conditions sous lesquelles ils doivent exercer leur pouvoir au niveau administratif ou législatif<sup>97</sup>.

À notre avis, l'expression d'« activisme judiciaire » n'était pas employée dans un sens rigoureux. Ce qui était considéré comme « activisme judiciaire » n'est rien d'autre que l'activité normale de l'interprétation créative des règles que chaque juridiction utilise.

## 4 CONCLUSIONS

Les arguments présentés dans cet article permettent d'affirmer que, entre 2010 et 2014, en raison de la crise économique et financière qui conduisit le gouvernement à demander de l'aide externe et à signer le Programme d'assistance financière, le législateur portugais adopta un paquet de mesures variées, qui réduisirent les dépenses sociales dans les secteurs publics comme privé, pour un certain nombre d'acteurs. Une partie de ces mesures fut contestée devant la Cour constitutionnelle portugaise, qui a soutenu que le droit à un salaire équitable, le droit à une pension de retraite, et le droit à une allocation sociale ne comprenaient pas le droit à un certain montant de salaire, de pension ou d'allocation sociale. Par conséquent, le législateur avait une large marge d'appréciation pour réduire le niveau de protection des droits sociaux. Toutefois, la

régression finale des droits sociaux ne pouvait être effectuée à tout prix.

Bien qu'elle admît que le Portugal devait respecter ses engagements internationaux et européens, tels que le contrôle de la dette publique qui comporte un intérêt général important, la Cour constitutionnelle considéra que les principes d'un État démocratique fondé sur l'État de droit (égalité, proportionnalité et sécurité juridique) devaient être respectés. Chaque fois que ces principes furent violés, la Cour constitutionnelle n'hésita pas à déclarer ou qualifier une norme d'inconstitutionnelle, même lorsque, d'après le gouvernement portugais, il y allait d'une disposition cruciale et nécessaire pour lutter contre la crise économique et financière.

Cette jurisprudence a été soumise à de sévères critiques. Le manque d'effectivité et de force obligatoire des droits sociaux, la faiblesse des principes en droit constitutionnel, l'absence de légitimité de la Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des mesures politiques dans une situation d'urgence, la suprématie du droit international et européen dans l'ordre juridique portugais, et l'« activisme judiciaire » de la Cour furent les remarques critiques les plus importantes.

Dans cet article, tous ces arguments se trouvent réfutés. Il est souligné que la « jurisprudence de la crise » suit une tradition consistante et cohérente de la Cour constitutionnelle relative aux droits sociaux qui a commencé peu après sa création dans les années 1980.

La légitimité de la Cour constitutionnelle portugaise provient de la Constitution elle-même, qui ne fut jamais suspendue pendant la crise. C'est pourquoi la Cour ne vit aucune raison de négliger les règles et principes constitutionnels. L'« activisme judiciaire » allégué n'est rien d'autre qu'une activité normale d'une Cour constitutionnelle, qui par nature traite des questions politiques. ■

○○○ les affaires de nature juridico-constitutionnelle ». 77. V. l'article 222 (1) de la Constitution portugaise. 78. J. Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 51 et s. 79. R. Medeiros, *A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional*, in G. A. Ribeiro et L. P. Coutinho, op. cit., p. 263 et s. 80. J. Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 162 et s. 81. Sur le caractère protecteur de la Constitution portugaise en matière des droits sociaux, v., dans la doctrine portugaise, en particulier, J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 5<sup>e</sup> éd., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 257 et s. et p. 474 et s.; J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 333 et s.; J. C. Vieira de Andrade, op. cit., p. 359 et s.; J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 473 et s. 82. R. Medeiros, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, UCP, 2015, p. 291 et s. 83. Cf. A. M. Guerra Martins et M. Prata Roque, *Judicial Dialogue in a Multilevel Constitutional Network – the Role of the Portuguese Constitutional Court*, in M. Andenas and D. Fairgrieve, *Courts and Comparative Law*, OUP, 2015, p. 300-328. 84. A. M. Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia* (Almedina, 2012), p. 511 et s.; A. M. Guerra Martins, *A Portuguese Perspective of the Accession to the European Union to the European Convention of Human Rights*, J. Iliopoulos-Strangas et al. (eds), *The Accession of the European Union to the ECHR*, Nomos, 2013, p. 205 et s.; A. M. Guerra Martins et M. P. Roque, *Chapter 18 – Universality and Binding Effect of Human Rights from a Portuguese Perspective*, in R. Arnold (ed.), *The Universalism of Human Rights, Jus Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 16, Springer, 2013, p. 310 et s. 85. Cet article dispose que « [l]es traités de l'Union européenne et les dispositions adoptées par ses institutions dans le cadre de leurs compétences sont applicables dans l'ordre interne, conformément au droit de l'Union, dans le respect des principes fondamentaux de l'État de droit démocratique. » 86. Dans le même sens, v. P. Otero, *Direito Constitucional Português* (Almedina, 2010), p. 133; J.-J. Gomes Canotilho et V. Moreira, *Commentary to Article 8*, in J.-J. Gomes Canotilho et V. Moreira, *CRP – Constituição da República Portuguesa*, p. 265. 87. Pour plus de détails, v. A. M. Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, p. 511 et s. 88. R. Medeiros, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisbonne, UCP, 2015, p. 291 et s. 89. Nous pouvons admettre que certaines dispositions du droit international et universel des droits de l'homme soient qualifiées de dispositions impératives du droit international (« jus cogens »), par exemple, l'interdiction de la torture, l'interdiction du génocide, le droit à l'auto-détermination. Ils l'emportent sur chaque règle simple et ils ne permettent pas leur suppression par une interprétation corrective quelle qu'elle soit. 90. Article 135 (b) de la Constitution portugaise. 91. Article 134 (b) de la Constitution portugaise. 92. Cet article dispose que « [l]e Président de la République peut demander à la Cour constitutionnelle le contrôle préventif de la constitutionnalité de toute norme d'un traité international qui lui aura été soumis pour ratification, [...] ou de tout accord international dont le décret d'approbation lui aura été transmis pour signature. » 93. J. Miranda, *Curso de Direito Internacional Público* 1, 4<sup>e</sup> éd., Lisbonne, Principia, 2009, p. 155-156; J.-J. Gomes Canotilho et V. Moreira, *Commentary to Article 8*, op. cit., p. 258, 260, 258; E. Correia Baptista, *Direito Internacional Público*, Vol. I, Conceito e fontes, Lisbonne, Lex, 1998, p. 438-442. 94. La République portugaise est devenue membre de l'UE depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1986. 95. A. M. Guerra Martins, *Judicial Legitimacy and the Functions of the Judge in a Multilevel Constitutional System*, op. cit., p. 144. 96. V. P. Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, p. 172. 97. Déc. n° 468/2 014, 18 juin 2014, la version portugaise est disponible à l'adresse suivante : <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140468.html>



# Droits sociaux constitutionnels sous pression : leçons de l'expérience portugaise

Vital Moreira, Professeur à l'Université de Coimbra, ancien Juge à la Cour constitutionnelle portugaise<sup>1</sup>

## 1 ÉTAT-PROVIDENCE ANCRÉ DANS LA CONSTITUTION

### ► Les droits sociaux fondamentaux dans la Constitution portugaise

L'ampleur et la minutie de la « charte constitutionnelle des droits économiques, sociaux et culturels » dans la Constitution portugaise de 1976 (qui contient pas moins de vingt-et-un articles) sont sans précédent aussi bien dans l'histoire constitutionnelle portugaise que dans les démocraties constitutionnelles et libérales modernes<sup>2</sup>.

Les principales sources du chapitre de la Constitution relatif aux droits sociaux sont la Charte sociale européenne de 1961, et le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU de 1966. La plupart des dispositions dans la Constitution sur les droits économiques, sociaux et culturels sont des transcriptions littérales de ces deux conventions internationales.

D'après la définition constitutionnelle (implicite) des droits sociaux (*lato sensu*, incluant les droits économiques, sociaux et culturels), ce sont des droits positifs (*positive rights*), au sens qu'ils requièrent une action positive de l'État (action politique, législative, et administrative), en vue de les réaliser et de les présenter à leurs bénéficiaires. Dans ce sens, ils sont des « droits-créances » des personnes à l'égard de l'État. Ils ne traitent pas de la défense des droits de propriété, ni de la liberté d'agir face à l'ingérence de l'État dans la sphère privée des individus ; en revanche, ils créent pour les individus des droits justiciables (*entitlements*) à quelque chose qu'ils n'ont pas, mais auquel ils ont droit, à savoir, les redistributions financières (allocations chômage, ou pensions de retraite, par exemple) ou des avantages en nature (éducation dans les écoles publiques ou assurance-maladie dans les hôpitaux publics).

Dans la Constitution portugaise, les droits sociaux au sens large englobent deux sous-catégories : droits sociaux particuliers des travailleurs et droits sociaux généraux dont les bénéficiaires tendent à être tout le monde.

Les droits sociaux particuliers des travailleurs (présents dans le chapitre constitutionnel relatif

aux droits économiques, *i. e.* articles 58 et 59 de la Constitution) sont les suivants : le droit au travail, y compris l'assurance chômage ; le droit à un salaire équitable, avec un salaire minimum légal ; le droit à un temps de travail limité ; le droit aux congés payés ; le droit à des conditions de travail décentes<sup>3</sup>.

Les principaux droits sociaux généraux garantis par la Constitution (présents dans deux chapitres, l'un sur les droits sociaux, *stricto sensu*, et l'autre sur les droits culturels, les articles 63 à 79) sont les suivants : le droit à l'éducation, y compris un système public de l'enseignement fournissant une éducation élémentaire gratuite et un enseignement secondaire et supérieur qui doit tendre à la gratuité ; le droit à la Sécurité sociale, avec un système public général et universel de sécurité sociale financé par les contributions des personnes économiquement actives, et les droits aux allocations de protection sociale financées par le budget ; le droit à la protection de la santé, y compris un service national de santé universel et général et qui « tendra à la gratuité », financé par le budget de l'État ; le droit au logement, y compris la fourniture du « logement social » avec de bas loyers et des soutiens fiscaux et/ou financiers pour la location ou l'achat d'un logement.

Dans la plupart des cas, les droits économiques, sociaux et culturels généraux sont à réaliser au travers de la prestation de services publics sous la responsabilité de l'État lui-même. « L'État social » portugais demeure un État de services publics (*public services state*), et ne se limite pas à « l'État garant » (*guarantor state*) dont le rôle est cantonné au financement et au contrôle de la prestation de services d'intérêt social général pour des prestataires privés<sup>4</sup>.

En tous les cas, pour autant, la fourniture publique ou le financement public des services éducatifs, des soins de santé, de la Sécurité sociale et du logement n'excluent pas la liberté d'une prestation privée des mêmes services sur le marché (écoles privées, assurance maladie privée, hôpitaux privés, plans de retraite privés et bien sûr logements privés). Les individus sont libres de choisir le secteur privé, en payant pour le service ●●●

1. Traduit de l'anglais par Linxin HE, attaché de recherche au Collège de France.

2. Une traduction française de la Constitution portugaise est disponible à l'adresse suivante : [www.fr.parlamento.pt/Legislation/CRP.pdf](http://www.fr.parlamento.pt/Legislation/CRP.pdf)

3. Les droits sociaux des travailleurs sont à distinguer de la liberté syndicale, c'est-à-dire, le droit de créer des syndicats et des instances de représentation des travailleurs, le droit de grève, etc., qui sont des « droits négatifs » (« *negative rights* ») dont le respect s'impose à l'État et aux employeurs, et qui sont garantis dans un autre chapitre de la Constitution (les articles 53 à 57), avec les droits civils et politiques généraux.

4. À cet égard, après la libéralisation des secteurs traditionnels d'utilité publique durant les trente dernières années (électricité, télécommunications, gaz naturel, service postal, etc.), les « services d'intérêt économique général » (SIEG) sont largement assurés par des entreprises privées sur la base d'un marché, bien que sous condition de respecter les « obligations en matière de service public ». Toutefois, si les SIEG sont inclus dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE (art. 36), ils ne sont pas inscrits dans la Constitution portugaise, ce qui se présente comme une surprise.

●●● correspondant, mais ils ont un droit d'accéder aux droits sociaux fournis par le secteur public<sup>5</sup>.

D'après la Constitution portugaise, les droits sociaux sont des droits fondamentaux véritables, et non pas seulement des principes ou des lignes directrices pour l'action gouvernementale. Ils créent des droits justiciables aux prestations des services publics correspondants (ou bien aux services fournis par des prestataires privés mais financés par le secteur public) et ils créent des obligations pour le gouvernement d'organiser ces prestations. Néanmoins, dans la plupart des cas, les droits sociaux ne sont pas auto-exécutoirs (*self-executing*) ; ils ont besoin d'être précisés par le législateur avant d'être fournis par l'administration et d'être exercés par les bénéficiaires. En principe, la Constitution laisse beaucoup de marge de manœuvre au législateur lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre législative des droits sociaux constitutionnels.

À cet égard il existe deux catégories différentes de droits sociaux.

Dans certains cas, la Constitution elle-même établit des mécanismes concrets pour réaliser les droits sociaux, en laissant peu de marge au législateur ; par exemple :

- le droit à la protection de la santé, qui est à assurer par un service national de santé universel et général ;
- le droit à la Sécurité sociale, qui est à assurer par un système de sécurité sociale unique et public ;
- le droit à l'éducation, qui doit être assuré par des écoles publiques laïques.

Les dispositions constitutionnelles relatives à d'autres droits sociaux sont beaucoup moins exigeantes, et laissent beaucoup de liberté au législateur pour leur mise en œuvre. Au-delà des mécanismes contraignants, la Constitution laisse une large marge au législateur pour la mise en œuvre des droits sociaux en ce qui concerne les moyens concrets à utiliser.

Avant toute chose, les droits sociaux sont des « droits positifs », exigeant une action réelle du législateur ou de l'administration pour les réaliser. Dans les deux obligations traditionnelles de l'État à l'égard des droits fondamentaux (obligation de respecter et obligation de réaliser), ils appartiennent à la deuxième catégorie. Mais il existe aussi des obligations négatives de l'État (l'obligation de respecter) : l'État doit respecter ces droits et ne doit pas contribuer à leur porter atteinte (par exemple, en autorisant des produits insalubres sur le marché) ; lorsque l'État met en œuvre les droits sociaux constitutionnels, le législateur doit respecter les limites définies par la Constitution (par exemple, l'éducation gratuite) ; une fois que les droits sociaux sont établis par le législateur et inscrits dans la législation, ils peuvent devenir des « droits négatifs », en interdisant ou en limitant l'action étatique à l'encontre d'eux-mêmes, dans la mesure où ils sont déjà mis en œuvre.

Cette dernière remarque est en effet d'importance, comme nous allons voir. L'État n'est pas entièrement libre de changer la législation existante qui met en œuvre les droits sociaux.

### ► Trente ans de mise en œuvre législative des droits sociaux

À l'issue de la révolution démocratique en 1974 au Portugal qui a mis un terme à presque un demi-siècle de dictature et de régime autoritaire, le Portugal était l'un des pays les plus pauvres et les moins développés en Europe.

En même temps que l'inexistence et la répression des droits civils et politiques (censure de la presse, autorisation administrative pour les associations et les rassemblements, nulle élection libre, nul parti politique, inexistence de droit de grève et de liberté syndicale, nulle liberté d'émigrer, etc.), il y avait presque une inexistence totale des droits sociaux élémentaires. Grande pauvreté, alphabétisme répandu, absence de couverture santé, système de retraite rudimentaire (uniquement pour les fonctionnaires ou les travailleurs formellement engagés), ghettos misérables dans les grandes villes – voici le paysage social du Portugal il y a seulement quarante ans. Malgré la rhétorique politique d'un « État social » dans la dernière phase déclinante du régime sous le règne de son second dirigeant (Marcelo Caetano, de 1968 à 1974), le pays était à l'exact opposé de tout État social digne de ce nom.

Quand la nouvelle Constitution démocratique fut adoptée en 1976, un progrès important avait été déjà accompli depuis la révolution de 1974 au travers des actions politiques et législatives des gouvernements provisoires, en particulier dans le domaine des droits sociaux des travailleurs et dans celui de la Sécurité sociale et de la protection sociale, à savoir, la législation sur le temps de travail, les congés payés, le salaire minimum garanti, l'assurance chômage, l'extension de la couverture des retraites, etc. À cet égard, les droits sociaux n'étaient pas créés par la Constitution à partir de rien, mais la garantie constitutionnelle les protégeait contre toute atteinte législative.

Après l'adoption de la Constitution et l'inauguration de la nouvelle ère constitutionnelle en 1976, il y eut un progrès constant dans la réalisation des droits sociaux :

La création d'un service national de santé en 1979, et la couverture effective à travers le pays.

L'extension progressive du système de sécurité sociale public (y compris les retraites) et du système de la protection sociale (allocations familiales, etc.).

La couverture universelle de l'éducation élémentaire gratuite et l'expansion constante de l'enseignement secondaire et supérieur.

L'établissement d'un salaire minimum garanti en 1997 et d'une allocation supplémentaire pour les retraités pauvres en 2006, les deux outils principaux pour lutter contre la pauvreté.

<sup>5</sup> Dans certains cas où des personnes font appel au secteur privé (pour l'éducation et les services de santé ou les retraites privées), ces consommateurs jouissent de crédits d'impôts pour leur impôt de revenus.

La réalisation progressive du droit au logement (programmes publics pour les logements sociaux, subventions des locataires pauvres, crédits d'impôts pour le paiement de loyers et d'intérêts hypothécaires).

D'importants programmes de construction d'infrastructures dans les secteurs de transport, d'énergie, de télécommunications, de services environnementaux (eau et salubrité), qui améliorent sensiblement l'accès des personnes aux services élémentaires et aux services économiques d'intérêt général.

Trente ans après la révolution et vingt ans après l'entrée dans la Communauté économique européenne (1986), le pays pourrait être fier d'un niveau raisonnable de protection des droits sociaux et de leur mise en œuvre effective, dans les actions législatives comme administratives.

L'accès universel à ces droits sociaux ne doit pas seulement être reconnu en droit, mais tendre à être réalisé en fait. Théoriquement tout le monde a accès à une école publique, à un hôpital ou un centre de santé public, à la Sécurité sociale et la protection sociale, y compris la retraite, et au logement (avec l'évaluation des moyens pour la mise en place de logements sociaux). Bien que dans tous les cas il existe un marché alternatif à la fourniture publique des services exigés par les droits sociaux, la majeure partie de la population recourt aux services publics afin d'avoir une solution sécurisée à leurs besoins en matière d'éducation, de santé, de Sécurité sociale et de protection sociale.

Malgré la Constitution, ce progrès n'aurait pas été possible sans les moyens économiques et financiers apportés par l'entrée du Portugal dans la Communauté européenne en 1986, qui a permis à ce pays de bénéficier des fonds structurels d'une somme considérable. Toutefois, ce progrès remarquable dans la mise en œuvre des droits sociaux fut obtenu au prix d'une augmentation constante des dépenses publiques, des impôts, et d'une dette extérieure, due à des déficits fiscaux persistants (déficits budgétaires et déficits de la balance commerciale extérieure). Au tournant du siècle, la question de la viabilité du système de sécurité sociale et du service national de santé fut soulevée. La réforme de la Sécurité sociale en 2006 et les mesures adoptées pour corriger le manque d'efficacité du service de santé ont atténué les problèmes mais sans parvenir à les résoudre de manière cohérente.

### ► L'impact de la crise financière et économique sur les droits sociaux<sup>6</sup>

Quand la crise financière internationale de 2008 frappa le pays, le Portugal, comme la plupart des pays européens, était mal préparé à y répondre. Suivant le chemin tracé par la Commission européenne et d'autres États (Espagne, Royaume-Uni, etc.), le gouvernement a tenté de lutter contre la crise avec des mesures « keynésiennes », en augmentant les dépenses publiques dans le domaine

économique et social. Mais ces mesures ont seulement retardé l'approfondissement de la crise, tout en rendant plus fragile la situation économique et fiscale du pays.

Lorsque la crise de la dette souveraine arriva (provoquée par la crise de la dette grecque en 2010), le Portugal n'avait pas de moyens pour se défendre, puisque la plupart de ses dettes étaient entre les mains de créanciers étrangers saisis de panique. Le taux d'intérêt des prêts atteignit un niveau inouï et le pays fut contraint de demander l'assistance financière externe. Afin de redresser les déficits fiscaux et de surmonter les difficultés d'accéder aux marchés financiers, le pays se vit imposer un programme d'assistance, en accord avec la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le FMI (Troïka) (mai 2011), qui contenait des mesures fiscales d'austérités très exigeantes.

Le programme d'assistance externe de 2011 avait deux grands objectifs :

- Des mesures fiscales (réduction des dépenses publiques et augmentation des recettes) en vue de rétablir l'équilibre budgétaire et d'obtenir à nouveau l'accès aux marchés financiers internationaux ;

- « Dévaluation interne » (réduction de salaires et d'autres revenus) en vue d'améliorer la compétitivité économique et de redresser la balance commerciale externe.

Les principales mesures furent les suivantes :

- pour le secteur public : réduction des effectifs, de la rémunération et d'autres avantages, des pensions de retraites, ainsi que des dépenses en matière d'éducation et de santé ;

- pour le secteur privé : « flexibilisation » du marché du travail ; réduction des allocations chômage (durée et montant) ;

- dans les deux secteurs : l'augmentation des impôts (en particulier l'impôt sur le revenu et la TVA) et d'autres contributions financières (frais pour les soins de santé).

Deux groupes de personnes, à savoir les fonctionnaires et les retraités – surtout ceux du secteur public, étaient particulièrement visés par l'austérité fiscale, en raison soit des réductions directes de leur revenu soit des mesures fiscales qui leur étaient spécifiquement applicables. Ils pesaient lourdement sur les dépenses publiques, et il était donc plus facile de les toucher ; et de plus, ils étaient considérés comme mieux rémunérés que les travailleurs et les retraités dans le secteur privé<sup>7</sup>.

Quelle que soit leur nécessité pour répondre à la situation fiscale du pays, les politiques fiscales d'austérité ont aggravé la crise économique (manque d'investissements publics comme privés, récession prolongée, faillites) et ont conduit à l'émergence d'une crise sociale profonde (chômage, pauvreté, immigration).

Il y avait plusieurs aspects de la crise sociale :

- augmentation du taux de chômage ●●●

<sup>6</sup> La « dépendance à l'égard des ressources » des droits sociaux (ou du moins le niveau de leur réalisation) est un thème bien connu de la théorie des droits sociaux. L'article 2 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU dispose que les États doivent atteindre progressivement la réalisation complète de ces droits, « au maximum de ses ressources disponibles ».

<sup>7</sup> Bien que la Constitution dispose qu'il y aura une sécurité sociale publique unifiée (l'article 63), il en était autrement dans la pratique jusqu'à une date très récente, en particulier dans le domaine des retraites, avec deux sous-systèmes différents, l'un pour les fonctionnaires et l'autre pour les retraités du secteur public. En principe, les retraités du secteur public jouissent d'une pension de retraite plus importante.

- (il atteignit plus de 17 % en 2013) ;
  - réduction des revenus personnels ;
  - réduction des allocations sociales ;
  - pauvreté grandissante ;
  - régression de la qualité des services publics sociaux.

En principe, les réductions des revenus, des pensions de retraites et des allocations ne touchaient pas les niveaux inférieurs (par exemple, les pensions de retraites en dessous de 600 € n'étaient pas concernées), afin de minimiser l'impact sur la pauvreté et la privation sociale. Toutefois, le taux de chômage galopant, la régression de la protection en cas de chômage (pour la durée comme pour le montant), des restrictions sur le champ couvert par les allocations familiales, des critères de moyens plus stricts sur d'autres allocations sociales (à savoir le revenu minimum garanti), la TVA plus élevée et des tarifs de services publics plus chers (électricité, transport, etc.), tous ces facteurs considérés ensemble ont abouti à une détérioration du niveau de revenus pour presque tout le monde, y compris les plus pauvres.

Ce tableau montre deux développements importants : une augmentation importante du taux

du risque de pauvreté réel entre 2010 et 2013, à l'apogée de la crise ; l'importance cruciale des redistributions sociales dans la réduction du risque de pauvreté, la différence en 2013 étant au-delà de 28 % !

En même temps, la crise s'est apaisée depuis le début de 2014. L'évolution récente en 2014 et 2015 inclut :

- la fin du programme d'assistance financière de la Troïka (2014) ;
- l'accès aux marchés internationaux de dette (avec des taux d'intérêts bas) ;
- la réduction des déséquilibres fiscaux et l'élimination du déficit de la balance commerciale extérieure ;
- la reprise de la demande privée, une certaine croissance économique et une réduction du chômage ;
- la diminution des réductions de revenus et de pensions de retraites dans le secteur public et de la charge générale d'impôt (l'impôt sur le revenu) ;

Des signes indiquant que la crise sociale devient moins importante.

Le taux du risque de pauvreté au Portugal (2010-2013)				
	2010	2011	2012	2013
Avant toute redistribution sociale	42,5 %	45,4 %	46,9 %	47,8 %
Après le versement des pensions	25,4 %	25,3 %	25,5 %	26,7 %
Après le versement de toutes les allocations	18 %	17,9 %	18,7 %	19,5 %

## 2 LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DES DROITS SOCIAUX AVANT ET PENDANT LA CRISE

### ► Droits civils et politiques versus droits économiques, sociaux et culturels

Empruntant la séparation traditionnelle entre droits civils et politiques (« *droits, libertés et garanties* ») et droits économiques, sociaux et culturels, la charte des droits dans la Constitution portugaise est répartie en deux chapitres séparés, consacrés à chacune de ces catégories.

D'après la Constitution, les différences entre les deux catégories de droits fondamentaux sont claires.

Les droits civils et politiques sont la propriété ou les droits-libertés. Ils exigent que le gouvernement les respecte (et les protège contre les atteintes des personnes tierces). Dans ce sens, ils sont des « droits négatifs ». Le gouvernement ne doit pas s'ingérer dans ces droits ou les affecter de manière défavorable. Les droits constitutionnels de cette catégorie sont directement contraignants pour le gouvernement (et pour les personnes tierces) même en l'absence de législation. Les individus

peuvent les faire valoir directement devant les juges contre les violations du gouvernement, dans des procédures civiles ou administratives.

Ils ne peuvent être limités que si la Constitution elle-même permet au législateur de le faire. Ces restrictions des droits civils et politiques sont d'ailleurs conditionnées par les exigences suivantes (*article 18 de la Constitution*) :

- elles doivent être établies par la loi, et non par des règlements du gouvernement ou directement par l'administration ;
  - elles doivent être générales et abstraites, non-discriminatoires et non-rétroactives ;
- Elles doivent être nécessaires à la protection d'autres droits fondamentaux ou d'autres intérêts protégés par la Constitution (justification constitutionnelle) ;
- elles doivent être limitées à ce qui est indispensable pour atteindre le but qui les justifie (proportionnalité) ;
  - elles ne doivent pas diminuer l'étendue et la portée du contenu essentiel des préceptes constitutionnels (protection du « contenu essentiel »)<sup>8</sup>.

Sensiblement différents, les droits économiques, sociaux et culturels ne peuvent être directement

<sup>8</sup> La plupart de ces exigences et limites de la limitation des droits fondamentaux sont les mêmes que celles établies dans l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.



appliqués par les juges. Ils établissent des buts (droit aux soins de santé, à la Sécurité sociale, au logement, etc.), mais il existe différents moyens pour arriver à ces résultats. Par conséquent, les droits économiques, sociaux et culturels exigent l'action législative et administrative pour être réalisés. Là où aucune législation n'existe, l'administration ne peut mettre en œuvre ces droits et les juges ne sauraient ordonner à l'administration de le faire.

Toutefois, si le législateur ne met pas en œuvre un droit économique, social et culturel, il manque à son obligation constitutionnelle correspondante. De même, si l'administration ne respecte pas son obligation d'appliquer la loi, il y aura à nouveau une omission illégale. La question est de savoir si ces manquements législatifs ou administratifs peuvent devenir justiciables.

Si les juges ne peuvent remplacer le législateur ou l'administration en cas de manquement à leur obligation positive, en raison du principe de la séparation des pouvoirs, ils peuvent néanmoins être appelés à contrôler et à déclarer l'existence d'une omission illégale et de les inviter ou de leur demander d'exécuter leur obligation, sans porter atteinte à leur pouvoir discrétionnaire dans le choix des meilleurs moyens pour le faire.

### ► Protection juridictionnelle différenciée des droits fondamentaux

A nouveau l'on doit tracer une ligne de démarcation entre les libertés négatives et les droits sociaux positifs.

D'après la Constitution, les premiers sont directement contraignants pour le gouvernement et l'administration (de même que pour les personnes tierces) et ils sont directement applicables par les juges, aussi bien par la Cour constitutionnelle à l'égard de la loi (*judicial review of legislation*) que par les juges ordinaires à propos des actes administratifs (*judicial review of administrative action*). Les dispositions législatives contraires aux droits fondamentaux doivent être déclarées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle et ne peuvent être par conséquent exécutées ; les actes administratifs contraires aux droits fondamentaux doivent être déclarés illégaux et annulés par les Cours administratives. Ces dernières peuvent aussi donner des dommages-intérêts aux victimes de la violation des droits fondamentaux.

Les choses sont plus compliquées s'agissant des droits économiques, sociaux et culturels. Tout d'abord et en théorie, les droits sociaux ne demandent pas à l'État de ne pas agir ; au contraire, leur but est de contraindre le gouvernement et l'administration à l'action pour les réaliser. Par conséquent, en théorie, les droits sociaux ne sont pas violés par des actions gouvernementales mais par l'inaction législative et administrative. Qui plus est, les juges ne sauraient se substituer au législateur, ni à l'administration quand ces derniers ne procèdent pas à leur réalisation.

Toutefois, le système constitutionnel et juridique portugais fournit un mécanisme et des recours contre l'inaction législative et administrative. Lorsque l'action législative est exigée en vue de réaliser un droit social fondamental, la Cour constitutionnelle peut être appelée à contrôler s'il y a bien une omission inconstitutionnelle et de donner ensuite sa décision (*judicial review of legislative inaction*). De la même manière, lorsqu'une action administrative est nécessaire pour l'exécution d'une obligation légale, les juges administratifs ordinaires peuvent être appelés à vérifier l'omission illégale et à condamner l'administration à agir (*judicial review of administrative inaction*).

De plus, lorsque les droits sociaux sont déjà mis en œuvre par le législateur, qui crée donc des droits concrets pour les individus et des obligations pour l'administration, toute action du législateur qui ferait marche arrière et qui enlèverait ou restreindrait la protection donnée aux droits sociaux pourra être considérée comme une violation des droits sociaux légalement établis. La question n'est donc plus celle de l'omission illégale de la mise en œuvre des droits sociaux fondamentaux ; mais celle d'une action législative qui vise à défaire ou à restreindre ce qui a été précédemment obtenu, donc à revenir à l'absence initiale de mise en œuvre législative de la Constitution ou limiter sa mise en œuvre actuelle. À cet égard, on peut concevoir ces régressions législatives comme une violation positive du droit social en jeu, qui pourrait être contestée devant la Cour constitutionnelle comme une norme inconstitutionnelle.

Comme nous allons voir, la « *jurisprudence en temps de crise* » de la Cour constitutionnelle portugaise est un excellent laboratoire de cette approche constitutionnelle des droits sociaux.

## 3 LA « DIMENSION POSITIVE » DES DROITS SOCIAUX : L'OBLIGATION LÉGALE DE LES RÉALISER

### ► L'obligation constitutionnelle de légiférer

Les droits sociaux fondamentaux impliquent avant toute chose l'obligation du législateur d'établir les conditions institutionnelles, administratives et financières pour réaliser chaque droit social constitutionnel. Ensuite, ils exigent l'application réelle de la loi par l'administration et l'organisation des services publics correspondants (par exemple, la création d'écoles et le recrutement d'enseignants ; la création d'hôpitaux et le recrutement du personnel médical ; l'établissement des institutions de la Sécurité sociale et les plans de retraites, etc.).

Dans un État constitutionnel, soumis au principe de l'État de droit, l'action législative est nécessaire pour mettre en œuvre les droits sociaux, mais elle n'est pas suffisante ; elle doit être exécutée par l'administration. Par conséquent, ●●●



●●● les droits sociaux impliquent d'ordinaire non seulement une obligation constitutionnelle de légiférer, mais aussi une obligation constitutionnelle de l'administration d'appliquer la loi<sup>9</sup>.

Si une disposition constitutionnelle contraignante doit être relayée par une action législative pour devenir effective, le législateur est obligé d'adopter la législation nécessaire, faute de quoi la disposition constitutionnelle restera non réalisée. Par conséquent, le premier destinataire constitutionnel des droits sociaux est le pouvoir législatif de l'État ; ces droits créent des obligations législatives contraignantes.

Cette règle s'applique naturellement à l'échec de l'État dans l'adoption d'une loi nécessaire à rendre les droits sociaux constitutionnels effectifs, par exemple la loi nécessaire pour créer le système des écoles publiques, le système national de santé, le plan public de retraite, l'assurance chômage, le salaire minimum, le revenu minimum garanti, etc.

Pour autant, l'obligation constitutionnelle de légiférer peut laisser beaucoup de marge de manœuvre quant au contenu réel de la législation. Cela dépend de la densité des dispositions constitutionnelles à propos de chaque droit social.

Comme nous l'avons déjà vu, dans certains cas la Constitution est assez stricte, et définit elle-même les instruments concrets par lesquels un droit social doit être réalisé. C'est le cas, par exemple, du droit à des soins de santé, pour lequel la Constitution dispose qu'il est à réaliser à travers un système national de santé universel et général qui tendra à la gratuité. Il n'existe ici aucune marge quant au contenu ou à la couverture de ce service de santé ; le seul pouvoir discrétionnaire concerne la nature « tendanciellement gratuite » du système national de santé, qui permet donc de demander aux bénéficiaires de payer des frais.

Dans d'autres cas, les frontières de la marge de manœuvre législative donnée par la Constitution sont beaucoup plus larges, laissant ainsi au législateur la liberté de définir les instruments et le niveau de prestation du service public demandé. Cela vaut, par exemple, pour le droit à la sécurité sociale et à la protection sociale. La seule exigence positive est que tout individu ait le droit à la protection sociale dans des situations de besoin et qu'il soit couvert par un système public d'assurance sociale, fournissant une pension de vieillesse ainsi qu'une protection sociale contre le chômage, la maladie, l'accident du travail, etc. Toute autre question est laissée à la discrétion du législateur.

### ► Le contrôle juridictionnel de l'inaction législative inconstitutionnelle

D'après la Constitution portugaise (qui ne fait pas preuve ici d'originalité), le manquement du législateur dans l'exécution de son obligation constitutionnelle d'adopter des lois est une « omission [législative] inconstitutionnelle », qui peut être contrôlée par la Cour constitutionnelle, sur la demande du médiateur de la République ou du pré-

sident de la République. Cela signifie que l'exécution des obligations législatives résultant de la nécessité de réaliser les droits sociaux est une obligation constitutionnelle justiciable. La Cour constitutionnelle peut être invitée à contrôler si le pouvoir législatif respecte ses obligations constitutionnelles de légiférer.

Il existe d'évidentes faiblesses dans le mécanisme constitutionnel du contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles.

Tout d'abord, la Cour ne peut être saisie sur ce fondement que par le président de la République ou le médiateur de la République. Les parties prenantes n'ont aucun droit d'agir devant la Cour constitutionnelle, sans même parler d'autres cours. La seule possibilité est d'adresser une demande ou une pétition à l'une des autorités susmentionnées en les invitant à poser la question à la Cour. Cela peut être fait par la demande des organisations de la société civile (syndicats, organisations des consommateurs, ONG, etc.).

Ensuite, la compétence de la Cour est limitée à la seule vérification de l'existence d'une omission inconstitutionnelle, les juges n'ayant aucun pouvoir de demander au législateur d'adopter la législation nécessaire, ni le pouvoir d'établir un délai pour l'action du législateur. Toutefois, la pression politique est normalement suffisante pour obliger le législateur à se sortir de la situation inconstitutionnelle<sup>10</sup>. Au Portugal, le pouvoir législatif a toujours respecté les décisions de la Cour condamnant une omission inconstitutionnelle.

Dans le domaine des droits sociaux, il n'existe pas beaucoup de cas de plainte contre le manquement du législateur à assurer la réalisation d'un droit social en particulier. Comme nous l'avons mentionné, au Portugal, la mise en œuvre législative des droits sociaux constitutionnels est relativement réussie, malgré son retard de temps à autre. Il existe un seul cas, du reste important. Dans la décision n° 474/2002, la Cour a décidé que le manque de législation établissant l'assurance chômage des fonctionnaires (traditionnellement ils ne pouvaient pas être licenciés...) ne leur permettait pas de jouir de leur droit constitutionnel à la sécurité sociale. Par conséquent, il y avait bien un recours pour manquement inconstitutionnel<sup>11</sup>.

## 4 LES DIMENSIONS « NÉGATIVES » DE LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DES DROITS SOCIAUX

### ► Limites constitutionnelles de la législation en matière des droits sociaux

Si l'inaction législative est impossible, il existe aussi deux différents types de limites pour l'appréciation discrétionnaire du législateur en matière des droits sociaux. Le premier type concerne les exigences établies par la Constitution elle-même pour la conception de chaque droit social. Le deuxième type concerne la révocation ou la modification de la législation existante.

9. Malgré cela, notre article ne traitera pas de cette obligation, ni du contrôle juridictionnel de l'action administrative (et son inaction...).

10. En plus, l'échec intentionnel dans l'adoption de la législation peut donner lieu à une action en dommages et intérêts.

11. Dans ce cas précis, il a fallu six ans pour que le vide législatif disparaisse.

### Limites constitutionnelles de la conception législative de chaque droit social

Comme nous l'avons vu, la Constitution laisse une marge au législateur dans la mise en œuvre de chaque droit social. Cette marge peut être étroite ou large, en fonction de la densité des dispositions constitutionnelles.

Quelle que soit la marge exacte d'appréciation, le législateur ne peut écarter ces limites et aller au-delà. Si, par exemple, la Constitution dispose que le système national de santé est gratuit, le législateur agirait contrairement à la Constitution s'il établissait des frais pour les soins de santé dans le système national de santé. Si la Constitution prévoit que le droit à l'éducation est garanti par un système d'écoles publiques, le législateur irait au-delà des limites constitutionnelles s'il choisissait de céder l'enseignement public à des écoles privées.

Les décisions de ce type dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle portugaise sont peu nombreuses ; la Cour était relativement ouverte à la reconnaissance d'une large marge de manœuvre législative à propos de la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles.

Dans une décision sur le paiement de « tickets modérateurs » (*moderating fees*) dans le système national de santé, à une époque où la Constitution prévoyait sa gratuité, la Cour a conclu que l'instauration d'un ticket modérateur n'enfreignait pas la règle de gratuité, car elle ne visait pas à financer le service, mais uniquement à diminuer des demandes vaines de services médicaux dans les hôpitaux publics et dans les centres de santé (*Déc. n° 39/84*). Dans une autre décision bien connue, à propos de l'exigence constitutionnelle d'interdiction de toute orientation religieuse de l'enseignement dans les écoles publiques (en raison du principe constitutionnel de la laïcité), la Cour a décidé que cette obligation n'était pas violée par une loi admettant l'enseignement de croyances religieuses dans les écoles publiques sur la base du volontariat et à la charge du budget de l'État, à condition que les classes soient organisées par les églises intéressées et non par l'État lui-même (*Déc. n° 423/87*).

### Limites constitutionnelles des modifications de la législation existante sur les droits sociaux

Une fois que le législateur a rempli son obligation de concrétiser un certain droit social constitutionnel, il n'est plus entièrement libre de changer ou de révoquer cette législation.

Au Portugal, les spécialistes du droit constitutionnel et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sont arrivés à une position commune selon laquelle, quelle que soit la marge de manœuvre législative, le législateur ne peut « défaire » son obligation d'ajouter de la « chair législative » aux dispositions constitutionnelles sur les droits sociaux, ou de retourner à une situation où le droit social précédemment mis en œuvre cesserait d'être

protégé purement et simplement. Par conséquent, la législation existante en matière des droits sociaux constitutionnels est elle-même protégée constitutionnellement contre tout changement législatif qui pourrait aboutir à l'élimination ou à une restriction substantielle et disproportionnée du niveau de protection précédemment atteint de ces droits sociaux.

La position dominante est la suivante :

– la législation existante n'est pas gravée dans le marbre et un législateur différent peut modifier cette législation, dans certaines limites, qui correspondent aux limites de la marge de manœuvre laissée par la Constitution au législateur lorsqu'il met en œuvre un droit social concret<sup>12</sup> ;

– par conséquent, la protection légale existante des droits sociaux peut être limitée, mais seulement dans les mêmes limites qui s'appliquent à la restriction de tout droit fondamental, à savoir : la forme légale de la mesure, la raison d'intérêt général, la non-rétroactivité, la non-discrimination et la proportionnalité ;

– en dernier lieu, le législateur ne peut porter atteinte au « contenu essentiel » (noyau dur) du droit social en jeu, sans même parler de l'élimination complète de la protection ;

La protection légale des droits sociaux peut donc être limitée mais non éliminée.

### ► Limites de la restriction de la protection législative existante des droits sociaux

#### La première dimension « négative » des droits sociaux : interdiction d'éliminer la mise en œuvre législative existante des droits sociaux

Comme nous l'avons vu, une fois qu'un droit social constitutionnel est mis en œuvre par la loi (par exemple, le droit aux soins de santé), qui concrétise ainsi la Constitution, la protection ne peut être éliminée par la suite, car cela constitue une action inconstitutionnelle. La Cour constitutionnelle maintient une jurisprudence constante à cet égard.

Dans une première décision (*Déc. n° 39/84*), relative à l'annulation du système national de santé, la Cour, tout en considérant que le législateur est relativement libre de modifier la manière dont le système est organisé depuis sa création en 1978, restait ferme en jugeant que le législateur ne peut le faire disparaître. Une fois que l'obligation de créer le système national de santé est accomplie par le législateur, il lui est impossible de le défaire, ce qui créerait une omission législative inconstitutionnelle.

Dans une deuxième décision (*Déc. n° 509/2002*), relative à la restriction de la couverture du revenu minimum garanti, la Cour a jugé que le législateur ne pouvait priver les personnes âgées de 18 à 25 ans de leur droit au revenu minimum garanti, par dérogation à la couverture universelle établie par une loi précédente, car cela priverait une partie des personnes dans le besoin d'en jouir. ●●●

<sup>12</sup> Comme nous l'avons constaté, cette marge de manœuvre peut varier de manière importante selon le droit social en cause.

●●● C'est pourquoi la réforme législative aurait créé une omission législative inconstitutionnelle, bien qu'étant limitée.

### La deuxième dimension « négative » des droits sociaux : limites de la restriction des droits sociaux

Comme il a été dit plus haut, le niveau actuel de la protection légale des droits sociaux peut être diminué par une loi ultérieure. Il n'y a pas d'« interdiction de régression », à moins qu'il n'y ait aucune marge quant à la manière d'exécuter l'obligation constitutionnelle et que la loi actuelle soit le seul moyen pour respecter la Constitution.

La marge de manœuvre législative comporte le pouvoir du législateur de réduire le niveau ou le degré de réalisation des droits sociaux constitutionnels déjà mis en œuvre ; par exemple, il est possible de réduire la durée et le montant de l'assurance chômage, ou le montant des pensions de retraite, ou encore le niveau et la couverture des frais du système national de santé. S'il y a, par exemple, un droit à une pension de retraite, il n'y a pour autant aucun droit absolu à maintenir la pension inchangée, telle qu'elle est établie par la législation préexistante.

Néanmoins, comme nous l'avons déjà vu, en plus de l'« interdiction de suppression », la marge pour modifier le niveau légal de la protection des droits sociaux est conditionnée par quatre exigences, ou limites de la restriction :

- un contrôle de non-discrimination ;
- un contrôle de non-rétroactivité ;
- un contrôle de proportionnalité ;
- le respect du contenu essentiel du droit social en cause (droit à la retraite, droit à l'allocation-chômage, etc.).

Dans la « jurisprudence de crise » de la Cour constitutionnelle, il existe plusieurs décisions qui appliquent ces critères<sup>13</sup>.

Parfois la Cour décide que la restriction du niveau existant de la mise en œuvre législative satisfait tous les critères, en particulier le contrôle de proportionnalité. Ce fut le cas, par exemple, lorsque la Cour a jugé (*Déc. n° 794/2013*) que l'augmentation du temps de travail hebdomadaire dans le secteur de l'administration publique, de trente-cinq heures à quarante heures, sans augmentation de salaire, n'était pas disproportionnée, compte tenu du fait que dans le secteur privé, la durée légale est de quarante heures et que les rémunérations dans le secteur public n'étaient pas inférieures à celles dans le secteur privé.

Dans d'autres cas, toutefois, la Cour a considéré que des mesures de restriction n'étaient pas admissibles. Par exemple, dans la décision n° 353/2012 (de même que dans les décisions n°s 187/2003 et 413/2014), la Cour a décidé que la réduction des rémunérations des fonctionnaires et des pensions n'était pas conforme à la Constitution parce qu'elle les discriminait par rapport aux salariés et retraités dans le secteur privé.

### La troisième dimension « négative » des droits sociaux : le principe de « protection de la confiance »

Une limite supplémentaire aux droits fondamentaux, et à la création d'obligations publiques nouvelles en général, est la clause de non-rétroactivité. De nouvelles restrictions (nouvelles incriminations, par exemple) ou de nouvelles obligations (nouveaux impôts, par exemple) ne peuvent être appliquées aux faits ou situations passés.

La restriction des droits sociaux soulève des problèmes spécifiques lorsqu'ils se rapportent à des situations déjà établies, et non seulement à des situations futures. En suivant la règle de non-rétroactivité, la restriction des droits sociaux fondamentaux ne peut s'appliquer aux faits ou situations passés. Mais on peut se demander si les restrictions sont valables pour les situations déjà établies pour le futur, par exemple, la réduction dans l'avenir de la valeur des pensions de retraite des personnes déjà retraitées (« effet rétrospectif »). De même, dans le cas déjà cité de l'augmentation du temps de travail dans le secteur public, la Cour n'a pas vu de problème dans l'application de cette mesure aux fonctionnaires déjà en place et non seulement aux futurs fonctionnaires.

La doctrine constitutionnaliste et la jurisprudence tendent, toutefois, à n'admettre aucune restriction rétrospective en cas de violation de la confiance des personnes concernées, qui pouvaient raisonnablement croire que leur situation ne serait pas affectée par des interventions législatives futures. C'est le « principe de protection de la confiance », c'est-à-dire la protection des attentes justifiées à l'égard de la stabilité de leur situation économique.

Cette position a été maintes fois réitérée par la Cour constitutionnelle dans sa « jurisprudence de crise ». D'après la Cour, la révision *in pejus* du niveau existant de la réalisation des droits sociaux constitutionnels ne pose pas de problème lorsqu'elle vise uniquement les situations futures : par exemple, la réduction de pensions pour les nouveaux retraités ; la réduction des rémunérations des fonctionnaires<sup>14</sup>. Il est aussi possible de les appliquer à des situations existantes (mais uniquement pour le futur), à condition qu'il existe une justification publique forte pour ce faire et que les mesures de restriction soient exceptionnelles et temporaires (par exemple, la Décision n° 396/2011, à propos de la réduction transitoire des rémunérations dans le secteur public, et la Décision n° 187/13, sur l'application d'un « devoir de solidarité » aux pensions en cours de paiement).

En revanche, la réduction permanente des allocations pour ceux qui jouissent déjà d'un certain niveau de protection des droits sociaux (application « rétrospective ») n'est pas possible lorsqu'elle peut être considérée comme une « rupture de la confiance » des citoyens dans l'État, en particulier lorsque le gouvernement a pris des engagements antérieurs sur le maintien de la situation, ce qui

13. La plupart de ces décisions « en temps de crise » de la Cour constitutionnelle sont relatives à des mesures fiscales visant les fonctionnaires et les retraités, car, comme on l'a mentionné précédemment, ils étaient la cible principale des mesures fiscales d'austérité.

14. Bien que cela crée une discrimination entre anciens travailleurs et retraités, qui jouissent des rémunérations et pensions de retraite plus élevées, et les nouveaux, avec un montant moins important *ceteris paribus*, en violation du principe constitutionnel du travail égal, salaire égal.

conduit les bénéficiaires à établir leurs « plans de vie » en s'y référant. Tel fut le fondement des décisions de la Cour relatives aux pensions de retraite, qui visaient à des réductions permanentes du montant de toutes les pensions en cours de paiement (*Déc. n<sup>os</sup> 862/2013 et 575/2014*)<sup>15</sup>.

Cette jurisprudence est fondée, selon la Cour, sur le principe général de sécurité juridique, lui-même dérivé du principe constitutionnel de l'État de droit<sup>16</sup>.

### 5 CONCLUSIONS

Les principales conclusions qui peuvent être tirées du cas portugais sur la protection constitutionnelle des droits sociaux – tels qu'ils sont établis par la Constitution elle-même et par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – sont les suivantes :

a) Il existe un haut niveau de protection des droits sociaux dans la Constitution portugaise, qui sont explicitement qualifiés comme des droits fondamentaux.

b) Les droits sociaux constitutionnels créent une obligation constitutionnelle contraignante de légiférer afin de les réaliser, de même qu'une obligation constitutionnelle contraignante pour l'administration d'appliquer la loi correspondante.

c) Dans le système constitutionnel portugais, ces deux obligations « positives » sont justiciables, la première devant la Cour constitutionnelle (*judicial review of unconstitutional legislative action*), la seconde devant les juges administratifs ordinaires (*judicial review of illegal administrative inaction*), donc contrairement à l'argument traditionnel de la non-justiciabilité inhérente aux droits sociaux.

d) Depuis l'entrée dans l'ère démocratique constitutionnelle en 1976, il y a toujours eu un niveau remarquable de la mise en œuvre législative et administrative des droits sociaux constitutionnels (si l'on tient compte du niveau du PIB et des ressources publiques disponibles).

e) La crise économique et sociale (2008-2014) constituait un défi majeur pour le niveau préexistant de la mise en œuvre législative des droits sociaux ; un certain nombre de mesures fiscales et législatives ont été adoptées en vue de limiter le niveau antérieur de la protection légale des droits sociaux.

f) Jusqu'à l'apparition de la crise (2008-2014) la Cour constitutionnelle eut peu d'occasions de se prononcer sur les droits sociaux, mais chaque fois qu'elle eut à le faire, en particulier en 1984 et en 2002, elle se révéla la gardienne responsable et équilibrée des droits sociaux constitutionnels ; pendant la crise, la Cour constitutionnelle a dû se prononcer sur certaines mesures législatives, notamment celles appliquant le programme fiscal qui visait à réduire les dépenses publiques et à augmenter les recettes de l'État.

g) Chaque fois qu'elle a été appelée à examiner ces mesures du gouvernement, la Cour a fait barrage à certaines d'entre elles (à savoir la réduction des pensions de retraite, des rémunérations dans le secteur public et d'autres allocations sociales), en particulier lorsqu'elles visaient à réduire le niveau de protection des situations établies et qu'elles étaient selon la Cour discriminatoires, disproportionnées et violaient le principe de la protection de la confiance des citoyens dans l'État.

h) La Cour a considéré un certain nombre de décisions comme contraires à la Constitution, non pas parce qu'elles violaient directement un droit social, mais parce qu'elles enfreignaient des règles constitutionnelles encadrant la limitation des droits fondamentaux, à savoir le principe d'égalité, le principe de proportionnalité, et le principe de protection de confiance face aux mesures « rétrospectives ».

i) Par conséquent, dans une certaine mesure, en affirmant la protection des droits sociaux fondamentaux même en temps de crise, la Cour a aidé à atténuer l'impact social du « programme d'ajustement », c'est-à-dire les mesures fiscales d'austérité et la récession économique.

j) Malgré la controverse et les critiques croisées soulevées par la « jurisprudence de crise » de la Cour constitutionnelle, on doit reconnaître qu'elle s'inscrit dans le fil d'une jurisprudence consistante, qui reconnaît aux droits sociaux constitutionnels comme des droits fondamentaux à part entière, qui créent des obligations législatives contraignantes susceptibles d'être contrôlées par les juridictions.

En conclusion, le point de vue portugais montre que les normes constitutionnelles et les cours constitutionnelles comptent lorsqu'il s'agit d'assurer le respect des droits sociaux. ■

**15.** Le problème principal soulevé par la jurisprudence consiste à savoir si ces attentes à propos du statu quo étaient encore raisonnables et défendables au milieu de la crise et en face des obligations bien connues du pays vis-à-vis de l'UE.

**16.** La jurisprudence de la Cour pendant la crise a donné lieu à deux critiques opposées : l'une accuse la Cour d'être excessivement tolérante (car certaines mesures restrictives étaient validées), l'autre critique la Cour pour son mépris excessif de la marge de manœuvre législative et des contraintes politiques et financières du gouvernement données par l'UE en matière de discipline budgétaire. L'auteur tend à être d'accord avec la seconde opinion.





**Espagne**



# La réforme du marché du travail en Espagne

## Contrôle de conventionnalité et Charte sociale européenne

**Carmen Salcedo Beltrán**, Professeur au sein du département de Droit du travail et de la Sécurité sociale, Université de Valence (Espagne) et Coordinatrice de la section espagnole du Réseau académique Européen sur la Charte sociale et les Droits sociaux<sup>1</sup>

### 1 INTRODUCTION

Le régime espagnol du travail a été atteint par une réforme très importante ayant bénéficié d'une énorme diffusion parmi les médias espagnols, ce qui fait preuve de son impact. Il s'agit de l'une des réformes les plus polémiques car elle a provoqué une importante régression des droits des travailleurs reconnus jusqu'à présent. Une des nouveautés inclues lors de son adoption, a été la création d'un nouveau modèle de contrat de travail, le contrat à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs, pour mettre ainsi en application les propositions concrètes de l'Union européenne (UE) « [...] d'étendre le recours à des dispositions contractuelles à durée indéterminée prévoyant une période d'essai suffisamment longue et une progressivité des droits en matière de protection du travail [...] » prévues par une stratégie pour des compétences nouvelles et des emplois, du 23 novembre 2010<sup>2</sup>.

Cette étude prétend analyser un des aspects plus controversés de ce contrat, la période d'essai établie, à travers de l'important jugement du Juge n° 2 de Barcelone du 19 novembre 2013 (*aff. n° 426/13*), le premier de toute une série de jugements de l'ordre social qui a appliqué directement la Charte sociale européenne (CSE) en Espagne et la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux (CEDS), en dépit d'une loi interne adoptée par le gouvernement début 2012 qui vient réformer le droit du travail.

L'article se concentre sur l'étude du jugement susmentionné puisqu'il détermine les lignes interprétatives qui ont été tout à fait suivies par le reste de jugements qui sont d'accord avec le *self-executing* de la CSE et les effets contraignants de la jurisprudence du CEDS. J'aborderai, en premier lieu, les principales caractéristiques de la mesure controversée, pour passer, en deuxième lieu, aux bases juridiques utilisées par le juge qui a prononcé la résolution. Enfin, il est nécessaire d'aborder les directives qui s'en sont suivies face à l'attitude du gouvernement qui a ignoré cette résolution et a considéré que l'application ne doit pas avoir lieu, ainsi que quelques critiques doctrinales qui affir-

ment que le jugement n'est pas conforme au droit, s'agissant de l'application directe de la réglementation et de la jurisprudence mentionnées.

### 2 L'ADOPTION D'UNE RÉFORME DU TRAVAIL TRÈS CONTESTÉE : LA PÉRIODE D'ESSAI DU CONTRAT DE SOUTIEN AUX ENTREPRENEURS

L'année 2012 s'est caractérisée en Espagne par l'adoption d'une réglementation caractérisée par une grande répercussion publique, je fais référence au Royal Décret-loi 3/2012 du 10 février, relatif aux mesures urgentes pour la réforme du marché du travail, validé ultérieurement par la Loi 3/2012 du 6 juillet.

Une des nouveautés incluses dans la réforme, a été la création d'une nouvelle modalité de contrat dénommée « *Contrat de soutien aux entrepreneurs* ». Son objectif, selon le texte de la Loi 3/2012, est de « [...] rendre facile l'emploi stable et, en même temps, favoriser l'initiative entrepreneuriale [...] » ; il est présenté, en principe, comme un contrat de travail à durée indéterminée, ayant pour destinataires les entreprises de moins de cinquante salariés<sup>3</sup>.

En bref, il s'agit d'un contrat à durée indéterminée qui peut être conclu pour une journée à temps complet ou partiel. Quant aux travailleurs bénéficiaires de ce contrat, il faut signaler que, en principe, il n'y a pas de limitations subjectives et peut être conclu avec quiconque. Pourtant, si l'entreprise veut bénéficier des avantages fiscaux et/ou des bonifications contenus dans la réglementation, celle-ci fait passer devant les collectifs des jeunes entre 16 et 30 ans, tous deux inclus, et les personnes âgées de plus de 45 ans. En somme, lors de l'embauche des premiers, d'après ce qui est établi par la Loi 3/2012, l'entreprise aura droit à une bonification sur le montant à payer à la Sécurité sociale pendant trois ans, soit une somme de 83,33 euros/mois (1 000 euros/an) la première année ; de 91,67 euros/mois (1 100 euros/an) la deuxième, et de 100 euros/mois (1 200 euros/an) la troisième année. Au cas où ces contrats seraient conclus avec des femmes dans des professions où ce collectif est fai- ●●●

1. (carmen.salcedo@uv.es). Cet article fait partie de la recherche qui se réalise à la Chaire « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », au Collège de France (Paris), financée par le ministère de l'Éducation, de la Culture et des Sports (« Programme Estancias de movilidad de profesores e investigadores senior en centros extranjeros de enseñanza superior e investigación, incluido el Programa Salvador de Madariaga 2015 »).

2. COM (2010) 682 final.

3. D'après les données du Directorio Central de Empresas (Répertoire central d'entreprises) de l'Institut national de la statistique, reflétés à l'exposé des motifs, le 99,23 % des entreprises espagnoles, soit la plupart du tissu productif de l'Espagne.

4. Le Décret-loi Royal 3/2012 exigeait, quant à la prise en considération de ce collectif pour pouvoir bénéficier de la bonification, que ceux-ci devaient être « [...] inscrits au service d'emploi, au moins douze mois des dix-huit mois antérieurs à l'embauche [...] », cette condition ayant été supprimée par la Loi 3/2012. Il faut ainsi signaler que l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne de 13 décembre 2012 (aff. C-379/11), ayant pour objet une demande de décision préjudicielle présentée par la Cour administrative (Luxembourg), au titre de l'article 267 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne, a statué que l'article 45 du Traité doit être interprété au sens « [...] qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre qui subordonne l'octroi aux employeurs d'une aide à l'embauche des chômeurs âgés de plus de 45 ans à la condition que le chômeur engagé soit inscrit comme demandeur d'emploi dans ce même État membre, dès lors qu'une telle inscription, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, est subordonnée à une condition de résidence sur le territoire national ». 5. Real Decreto Legislativo 2/2015, 23 oct. 2015, par lequel est approuvé le « Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ». 6. Cf., entre autres, C. Salcedo Beltrán, Carta Social Europea. Instrumento para la defensa en el ámbito nacional de los derechos sociales. Fundación Primero de Mayo, Rapp. n° 60, 2013, pp. 1-23 (<http://www.1mayo.co.es/es/nova/files/1018/Informe60.pdf>) et « El contrato de apoyo a emprendedores : su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional ». Revista de Derecho Social, 2013, n° 62, pp. 93-128. 7. Ainsi indiqué dans le rapport de « Quatre ans de réforme du travail » du syndicat espagnol UGT, qui met en évidence que depuis 2012, 85 % (jusqu'à 95 % en 2015) de ces nouveaux contrats signés ont été utilisés ○○○

●●● blement représenté, les sommes antérieures auront une hausse de 8,33 euros/mois (100 euros/an).

En ce qui concerne le deuxième collectif, les personnes âgées de plus de 45 ans, l'entreprise pourra bénéficier d'une bonification dans la somme à payer à la Sécurité sociale de 108,33 euros/mois (1 300 euros/an) pendant trois ans<sup>4</sup>. Si ces contrats sont conclus avec des femmes, dans les secteurs d'activité où ce collectif est moins représenté, lesdites bonifications seront de 125 euros/mois (1 500 euros/an).

En général, le régime qui lui est appliqué est celui des contrats réglementés par le Code du travail (*Estatuto de los Trabajadores*)<sup>5</sup> et des conventions collectives, qui s'applique aux contrats ordinaires à durée indéterminée, à l'exception toutefois de la durée de la période d'essai (*Loi 3/2012, art. 4.3*)<sup>6</sup> ; celle-ci est le point le plus polémique puisqu'il est établi une durée « d'une année » indépendamment du poste de travail et de la compétence préalable du travailleur.

La stabilité recherchée par ce contrat, qui a d'ailleurs servi à sa promotion, reste relative, voire nulle, car la réalité s'impose et beaucoup ont été résiliés pendant la première année de leur conclusion, ce qui rend la prérogative conférée aux employeurs très attrayante, indépendamment de la perte de bénéfices et/ou d'avantages associés ; ceux-ci sont subordonnés d'une part au maintien de l'employé au moins pendant trois ans, dès le début de la relation de travail ; et, d'autre part au maintien du niveau d'emploi de l'entreprise, obtenu avec le contrat de soutien aux entrepreneurs pendant un an minimum, à compter de la conclusion du contrat (*Loi 3/2012, art. 4.7*)<sup>7</sup>.

En plus, les institutions communautaires se sont prononcées en ce qui concerne ce sujet, et signalent qu'on risque que « [...] les entreprises utilisent la période d'essai d'une année, pour transformer ce contrat en un contrat temporaire en fait, de mauvaise qualité et avec des coûts de résiliation très bas [...] » ou bien « [...] que les nouveaux contrats, avec une période d'essai étendue, puissent remplacer les contrats temporaires, [cependant, à voir] [...] dans quelle mesure, ceci pourrait augmenter d'avantage l'utilisation des contrats à durée indéfini et une majeure stabilité de l'emploi »<sup>8</sup>.

Deux ans après l'adoption de cette modalité contractuelle, comme on pouvait l'espérer, les tribunaux se sont prononcés sur la période d'essai imposée, à l'occasion de la résiliation d'une relation de travail pendant cette période ; en effet, le jugement du Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone du 19 novembre 2013, sera l'objet de cette analyse. Il s'agit d'un jugement très important pour les chercheurs spécialisés dans l'étude de la Charte sociale européenne, car elle dispose que la durée de la période d'essai controversée porte atteinte à ce traité international, interprétation qui a été réitérée postérieurement dans de nombreux jugements de première instance pendant

les années suivantes ; cette décision confère à la Charte sociale européenne la diffusion et la reconnaissance qu'elle mérite. Elle met toutefois en évidence la méconnaissance de la CSE et de l'activité du CEDS qui persiste en Espagne.

Pour comprendre, de façon appropriée, son importance, il faut connaître son application en Espagne, ainsi que la jurisprudence de son organe de contrôle, qui prend la forme de **conclusions** ou de **décisions** sur le bien-fondé. Une attention particulière doit être accordée à cette dernière forme, car le jugement utilise comme principal argument juridique la décision sur le bien-fondé du 23 mai 2012 publiée fin octobre 2012, qui fait suite à une réclamation collective présentée par la Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GÉNOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) contre la Grèce (*Réclamation n° 65*) concernant les mesures adoptées par le gouvernement à la suite de l'octroi de prêts bilatéraux pour faire face et surmonter le déficit public du pays<sup>9</sup>.

Brièvement, l'Espagne a ratifié la CSE par un instrument de ratification du 29 avril 1980 et les Protocoles de 1988 et de 1991 ; par conséquent, elle est tenue de reconnaître et de respecter les droits et garanties consacrés par la Charte et les interprétations du CEDS

Par contre, l'Espagne n'a ratifié ni le système de réclamations collectives de 1995 ni la CSE révisée, ce qui signifie que ce système ne peut pas être utilisé pour faire face aux atteintes portées aux droits reconnus par la Charte. Même si les mécanismes disponibles sont plus faibles par rapport à ceux à la portée des partenaires sociaux dans les pays qui ont adhéré à cette procédure, on ne doit pas minimiser l'éventuelle application de la CSE dans notre pays et la force contraignante des interprétations et des résolutions du CEDS, soit par la voie de la procédure des rapports ou à la suite de la présentation de réclamations collectives, par des partenaires sociaux d'autres parties contractantes, étant donné leur valeur de précédent.

## 3 L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ EN ESPAGNE : LE JUGEMENT DU JUGE DE L'ORDRE SOCIAL N° 2 DE BARCELONE DU 19 NOVEMBRE 2013

D'après ce qui a été exposé dans les pages précédentes, nous pouvons observer, en somme, la coexistence dans le régime juridique espagnol, d'une part, d'une pratique contractuelle avec une période d'essai d'un an et, d'une autre part, de la CSE (dans sa version originaires) qui fait partie de ce même cadre juridique et qui implique l'application, en Espagne, de la jurisprudence du CEDS, découlant soit des conclusions, soit des décisions sur le bien-fondé, relatives à l'interpré-



tation des dispositions du texte ratifié. La compatibilité de ces deux situations a été finalement jugée, pour la première fois, par un organe juridictionnel par le biais du jugement du Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone du 19 novembre 2013, qui revêt une énorme importance.

Ce jugement concerne la situation d'un employé, embauché le 30 mars 2012, à la suite de la conclusion d'un contrat de soutien aux entrepreneurs. Le 22 mars 2013, il a reçu une lettre, par laquelle l'entreprise lui communiquait, avec effet à cette même date, la résiliation du contrat de travail pour ne pas avoir réussi la période d'essai. Le travailleur met en cause la décision de l'entreprise par une action en justice, arguant que la résiliation devait être déclarée non-fondée ; ce dernier aspect sera l'objet de l'analyse du jugement. La requête demandait aussi la reconnaissance d'une hausse de salaire, du fait que la journée de travail était supérieure de l'ordinaire, et la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 56 du Code du travail, ces deux aspects n'ayant pas été appréciés.

Essentiellement, deux moyens sont utilisés pour fonder la prétention principale. Le premier signale que, en référence à la réglementation générale de la période d'essai, la durée de celle-ci doit être déterminée par les dispositions de la convention collective et, faute de celle-ci, par l'article 14 du Code du travail (*Estatuto de los Trabajadores*). Dans la mesure où la convention collective applicable (*Résolution Direction générale de l'emploi, 17 juill. 2012*, par laquelle est enregistrée et publiée la Convention collective pour la récupération et le recyclage des déchets et matières premières secondaires) dispose que la durée de la période d'essai pour le personnel de catégorie professionnelle d'ouvrier ou d'auxiliaire sera de deux semaines, avec la possibilité de l'étendre jusqu'à six mois, le licenciement aurait eu lieu, d'après le requérant, en dehors du délai marqué par la période d'essai.

L'argument n'est pas apprécié par le juge, puisque, en vertu du principe de hiérarchie des normes, la Loi 3/2012 doit être appliquée, au lieu de l'article 14 du Code du travail ; ce principe, reconnu à l'article 9.3 de la Constitution est prioritaire par rapport au principe de la règle la plus favorable (*C. trav., art. 3.3*), tel qu'interprété par le *Tribunal Supremo* (Cour de cassation espagnole).

Pourtant, l'intérêt se trouve dans le deuxième moyen exposé, qui a été accepté. Celui-ci fait référence à la CSE, précisément à l'article 4.4 et à son interprétation par le CEDS, tel que commenté dans les pages précédentes, dans sa décision sur le bien-fondé du 23 mai 2012, faisant suite à la Réclamation n° 65, présentée par la Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et la Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) contre la Grèce, après l'adoption de la Loi 3899/2010 du 17 décembre, dont l'article 17.5 a) prévoit la prolongation de la durée de la période

d'essai de deux mois à douze mois, pour tous les travailleurs sans exception, et sans tenir compte de leur spécialisation et des spécificités du travail pour lequel ils sont embauchés. Pendant cette période d'essai, toujours d'après la loi controversée, l'entreprise aurait le droit de résilier le contrat sans préavis et sans que le salarié ait droit à une indemnité, sauf si elle a été négociée au préalable.

La décision sur le bien-fondé du 23 mai 2012 est catégorique et unanime au sens qu'elle déclare que l'article 17.5 de la Loi 3899/2010 porte atteinte à l'article 4.4 de la CSE et signale que :

1. Tous les salariés ont droit à la protection de leurs droits sociaux, y compris le droit à un délai raisonnable en cas de cessation d'emploi. Dans la mesure où un sens général de délai raisonnable ne peut pas être prédéfini, il faudra analyser les situations au cas par cas.

2. Le but du délai de préavis est d'offrir au travailleur la possibilité de chercher un autre emploi, avant même de perdre son emploi antérieur ; en l'absence de préavis, il faudra lui octroyer une indemnité.

3. Le licenciement immédiat est seulement possible en cas de faute grave.

4. Jusqu'à présent, le Comité européen des droits sociaux ne s'était jamais prononcé sur « la durée » de la période d'essai, puisqu'il s'agit d'une figure qui est acceptée et dont le but est que l'employeur puisse vérifier la qualification du travailleur et son adaptation aux exigences du poste qu'il va occuper<sup>10</sup>. Or, la durée de cette période d'essai ne devrait pas être très longue, au risque de perdre les droits au préavis et à une indemnité ; ainsi, la durée d'une année est excessive.

Par conséquent, le Comité a conclu à l'unanimité que l'article 17.5 de la Loi 3899/2010 viole l'article 4.4 de la CSE, étant donné qu'en cas de cessation d'emploi, il n'y a ni délai de préavis ni indemnité compensatoire et que d'après l'interprétation du Comité, la durée d'une année pour la période d'essai n'est pas raisonnable.

En relation avec ce qui a été exposé, le juge s'est saisi de l'appréciation de l'affaire et affirme que celle-ci est « *identique* » à celle qui a examiné le CEDS ; par conséquent, il est logique que le jugement du juge aille dans le même sens et prévoit que l'article 4.3 de la Loi 3/2012 porte atteinte à l'article 4.4 de la CSE « [...] *puisque* [la législation controversée] *n'indique ni un délai de préavis ni une indemnité de licenciement pendant la période d'essai d'une année, dès lors la durée de la période d'essai faisant l'objet du litige ne peut pas être qualifiée de raisonnable, ce qui a été signalé par le Comité, dans la mesure où les conditions du poste de travail du plaignant, [...] ne requièrent pas toute une année pour que l'employeur puisse évaluer sa capacité par rapport aux tâches à réaliser* ».

Il faut aussi ajouter, tel qu'avancé par la doctrine et par le CEDS, que cette période d'essai met en évidence, en réalité, un contrat à durée déterminée d'un an, conclu sans cause « [...] *ce qui contre-* ●●●

○ ○ ○ sans avoir eu recours aux bénéficiaires fiscaux ; ce fait est attesté par les données sur les demandes d'allocations de chômage, dans lesquelles une augmentation annuelle de 31,4 % a été observée, causée par des licenciements au cours de la période d'essai.

Extrait de [http://www.ugt.es/Publicaciones/Cuatro\\_aynos\\_de\\_reforma\\_laboral\\_UGT\\_2016.pdf](http://www.ugt.es/Publicaciones/Cuatro_aynos_de_reforma_laboral_UGT_2016.pdf) [http://www.ugt.es/Publicaciones/Cuatro\\_aynos\\_de\\_reforma\\_laboral\\_UGT\\_2016.pdf](http://www.ugt.es/Publicaciones/Cuatro_aynos_de_reforma_laboral_UGT_2016.pdf) (26/03/2016).

8. *Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de l'Espagne pour 2012 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de l'Espagne pour la période 2012-2015 (COM/2012/0310 final)*. Dans un bilan approfondi effectué par la Commission (conformément à l'article 5 du règlement (UE)

n° 1176/2011), celle-ci a conclu que l'Espagne est touchée par des déséquilibres très importants, qui ne sont pas excessifs, mais auxquels il convient de remédier de toute urgence (SWD(2012) 159 final).

9. En ce qui concerne cette réclamation, le Comité de ministres a adopté le 5 février 2013 la *Résolution CM/ResChS(2013)2* par laquelle « [...] note en particulier que le gouvernement défendeur déclare que les mesures constituant une violation de la Charte de 1961 ont un caractère provisoire et qu'elles seront retirées dès que la situation économique du pays le permettra, appelle de ses vœux que la Grèce retire ces mesures dès que possible et qu'elle tienne le Comité des ministres informé régulièrement de tout progrès réalisé ».

L'évaluation du suivi que le CEDS a réalisé le 5 décembre 2015 constate que « [...] l'article 17.5 de la loi n° 3899 du 17 décembre 2010 est toujours en vigueur [...] et la situation n'a pas été mise en conformité avec la Charte de 1961 ». Par ailleurs, la Grèce a ratifié la CSE révisée le 18 mars 2016 en acceptant 96 des 98 paragraphes. ○ ○ ○

○○○ 10. Le CEDS s'est déjà prononcé au sujet de la période d'essai en général, concrètement, si les législations doivent établir, ou pas, un délai de préavis. Dans ce sens-là, la première référence se trouve à la Conclusion XIII-4, du 30 septembre 1996 (XIII-4/def/BEL/4/4/FR), en relation avec la Belgique ; le Comité signale que, « [...] les Parties contractantes engagées par l'art. 4.4 de la CSE doivent reconnaître aux travailleurs un délai de préavis suffisant en cas de licenciement ». Ensuite, la Conclusion XIV-2 du 30 novembre 1998 (XIV-2/def/IRL/4/4/FR) sur l'Irlande, déclare que, « [...] même si la CSE admet le licenciement sans préavis, en cas de faute très grave, un délai raisonnable de préavis doit être assuré à tous les travailleurs, même aux employés publics quand sa relation de travail finit pour d'autres motifs. Ceci dit, une réglementation ne contenant pas ces dispositions, sera déclarée non conforme à la CES ». Finalement, la Conclusion du 22 octobre 2010 (2010/def/UKR/4/4/FR) concernant l'Ukraine a statué sur certains aspects : a) Le but principal de l'article 4.4 de la CSE révisée, de même pour celle de 1961, « [...] est de donner à l'intéressé le temps de prospecter le marché de travail avant que son emploi ne prenne fin ; au cas où il n'y aurait pas un délai de préavis, une compensation économique peut être admise. Dans ce sens-là, le délai de préavis sera conforme aux prévisions de la Charte, s'il tient compte de l'ancienneté du travailleur ; ceci dit, un délai de deux mois pour les travailleurs avec une ancienneté de quinze ans, n'est pas du tout raisonnable ». b) En outre, le droit à un délai raisonnable de préavis, avant la cessation de la relation de travail, « [...] doit être appliqué à toutes les catégories de salariés, y compris ceux qui se trouvent dans une relation atypique. Les mêmes indications sont valides pour les ○○○

●●● vient à la législation nationale sur le recrutement temporaire, dans la mesure où le contrat de soutien aux entrepreneurs avec une période d'essai d'un an, pendant laquelle l'employeur peut résilier le contrat sans préavis ni octroi d'une indemnité, exclut l'application de l'article 15 du Code du travail, qui exige une cause pour la conclusion d'un contrat à durée déterminée [...] ».

À mon avis, le premier moyen utilisé comme base est correct et conforme au droit, du moment que le jugement applique à nouveau le principe de la hiérarchie des normes pour ne pas prendre en considération la période d'essai établie par la convention collective. Dans le même sens, il faut rappeler que l'Espagne ratifia le 2 mai 1972, la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 qui établit « [...] [qu'] Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité » (Partie III.27), ceci ayant été clairement confirmé, sans équivoque, par la loi 25/2014 du 27 novembre, sur les traités et d'autres accords internationaux, dont l'article 31 établit que « Les dispositions juridiques contenues dans les traités internationaux, régulièrement conclus et publiés officiellement, auront une valeur supérieure, en cas de conflit avec d'autres dispositions internes, à l'exception des dispositions constitutionnelles. »

Même la Constitution espagnole reprend l'engagement adopté lors de la ratification de la Convention de Vienne, tel que remarqué par le jugement, qui est inclus aux articles 10.2 et 96. Ces deux articles rappellent expressément, d'une part, que les traités internationaux régulièrement conclus et une fois publiés officiellement, feront partie de l'ordre juridique interne, et d'autre part, qu'il faut interpréter les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que la Constitution reconnaît « conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ».

Le contrôle de conventionnalité est ainsi reconnu, tel que la doctrine l'a défini, comme la faculté d'un organe de la juridiction ordinaire de ne pas appliquer une loi interne en vigueur, qui n'a pas été déclarée inconstitutionnelle, si celle-ci entre en contradiction avec un traité international inséré dans l'ordre juridique interne (ou bien avec l'interprétation dudit traité, rendue par sa propre instance supérieure de contrôle, instituée par ce même traité)<sup>11</sup>. Par ailleurs, à mon avis, si la loi interne a été déclarée constitutionnelle, cette interprétation peut se soutenir car la Cour constitutionnelle vérifie la constitutionnalité des normes (contrôle de constitutionnalité), c'est-à-dire, si les normes respectent la Constitution et celle-ci est une fonction différente du « contrôle de conventionnalité ou légalité » que les juges de première et deuxième instance doivent appliquer, tel que la Constitution signale aux articles 10.2 et 96. En Espagne, les traités internationaux ne font pas partie du « bloc de constitutionnalité » mais oui du « bloc de légalité ». Le problème

est que ces différents contrôles ne sont pas distingués fréquemment.

La critique du jugement, visant à considérer que le juge ne devrait pas appliquer l'article 10.2 de la CE dans cette affaire, puisque cette disposition est seulement applicable aux droits ayant un caractère fondamental, est une appréciation à vaincre, parce que « [...] n'attribuer le caractère fondamental qu'aux droits civils et politiques, en fonction du niveau de garanties, correspond à une option politique restrictive, aussi bien au niveau national (la conception du recours de amparo) qu'au niveau international (le mécanisme de communications individuelles dans le cadre du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966), qui est dépassée (en ce sens, la jurisprudence sociale de la Cour constitutionnelle espagnole, ou, dernièrement, l'introduction d'un mécanisme de dénonciations individuelles dans le cadre du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) »<sup>12</sup>.

D'après moi, il faudrait aussi ajouter que limiter l'interprétation, conformément aux traités internationaux, uniquement aux droits fondamentaux et aux libertés publiques, indique que les engagements internationaux de l'Espagne ne sont pas pris en compte, en ce qui concerne l'application du droit international, lesquels ne dépendent pas de la qualification d'un droit. En même temps, ceci indique aussi que, l'application du principe de hiérarchie des normes, qui est habituellement employé pour résoudre les conflits entre des réglementations nationales, ou bien entre celles-ci et des conventions collectives, est écartée quand ce conflit a lieu entre une réglementation nationale et une réglementation internationale, sauf s'il s'agit d'une législation provenant de l'UE. En outre, il faut affirmer que cette attitude reste très critiquable, et c'est une question qui doit être abordée surtout du point de vue du droit comparé, où ce n'est pas un aspect aussi surprenant.

De même, le jugement analysé face aux arguments qui, à présent, servent à justifier les mesures restrictives de droits adoptées dans le contexte actuel de crise économique, souligne que, d'après les Conclusions XIX-2 (2009) du CEDS, la crise économique ne peut pas « [...] se traduire par une baisse de la protection des droits reconnus par la Charte. Les gouvernements se doivent dès lors de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ces droits soient effectivement garantis au moment où le besoin de protection se fait le plus sentir [...] ». Cette référence a été remise en cause, parmi d'autres aspects, car elle correspond à une période différente et elle a été rédigée à un moment qui ne correspond pas à l'actuel ; il faut pourtant signaler, que nous pouvons trouver ce même argument dans les dernières décisions sur le bien-fondé du CEDS publiées en octobre 2012. Leurs arguments vont au-delà de la conclusion mentionnée, et expriment un souci par rapport à la situation des pays qui, obligés par les mémorandums d'entente ou de politique économique et



financière, auxquels ils se soumettent pour pouvoir recevoir une aide économique, ont eu à adopter des réformes. Cinq décisions récentes vont dans ce sens. Il s'agit des décisions sur le bien-fondé du 7 décembre 2012, faisant suite aux Réclamations n<sup>os</sup> 76 à 80<sup>13</sup> ; lesdites décisions remarquent, de manière catégorique, que l'élément à prendre en compte s'agissant des restrictions ou des atteintes aux droits sociaux ne sont pas « [...] la situation de crise économique ou les mesures découlant des obligations dictées par la troïka, puisque le gouvernement aurait dû entreprendre des études et des recherches afin d'adopter d'autres mesures ainsi que de sauvegarder, en toutes circonstances, une protection suffisante des personnes les plus vulnérables dans la société [...] ».

À mon avis, après tout ce qui a été exposé jusqu'à présent, il est évident que les droits sociaux des travailleurs doivent être garantis dans tous les cas<sup>14</sup> et n'admettent pas de restrictions justifiées par la crise économique ou par l'existence de mandats d'autres institutions internationales, supranationales ou non ; en outre, la manière d'agir de l'UE, qui laisse de côté la reconnaissance et la garantie de ces droits, est absolument critiquable.

Enfin, en ce qui concerne les doutes de certains secteurs de la doctrine quant à la force contraignante des décisions sur le bien-fondé du CEDS, ainsi que des conclusions découlant du système des rapports, et la considération de celles-ci comme jurisprudence, doivent être actuellement vaincus ; ainsi, le jugement faisant l'objet de cette analyse, reprend des jugements nationaux qui font appel aux instruments mentionnés antérieurement (arrêts du Tribunal supérieur de Justice de la Communauté autonome de Valencia, de la chambre du contentieux administratif du 8 mars 2011, rec. 2256/2008 et du 12 novembre 2012, rec. 494/2009). Le premier arrêt signale dans les motifs juridiques, 4<sup>e</sup> alinéa, qu'« il est approprié de faire mention de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux [dont] [...] la décision sur le bien-fondé du 30 mars 2009, qui rend la décision sur la Réclamation n<sup>o</sup> 45/2007 (Interights c. Croatie), a déclaré à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'article 11 de la Charte sociale (droit à l'éducation en matière de santé sexuelle et reproductive), lu seul et à la lumière de la clause de non-discrimination, puisque quelques éléments inclus dans les manuels scolaires contenaient des manifestations homophobes [...] ». Le deuxième arrêt, 3<sup>e</sup> alinéa des motifs juridiques, conclut que « la Chambre trouve qu'il n'y a pas eu atteinte au droit de la liberté syndicale, spécialement en ce qui concerne le droit à la négociation collective, de l'organisation faisant appel, d'après le sens exigé par la jurisprudence constitutionnelle [...] ou par la jurisprudence européenne (entre autres, la décision du 12 septembre 2012 du Comité européen des droits sociaux suivant la Réclamation n<sup>o</sup> 73/2011, Syndicat de défense des fonctionnaires c. France) »<sup>15</sup>.

Il faut de même ajouter que la limitation du concept de jurisprudence aux organes dénommés

« tribunaux » ou leurs résolutions dénommées « arrêts », met en évidence un manque de connaissance de la réalité, puisque, tel que signalé par la doctrine de manière très appropriée, le terme *jurisdictio* est conçu comme « l'action de dire le droit », c'est-à-dire « [...] l'interprétation ultime ou finale effectuée par les organes habilités pour exercer cette fonction [...] » ; pourtant, la dénomination de tribunal n'est essentielle que par rapport à « [...] l'examen de l'exécution [...] mais dépourvue d'importance du point de vue de la jurisprudence développée [...] », à l'égard des instances qui ne la possèdent pas<sup>16</sup>. En ce sens, il faudrait remarquer que le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 10 décembre 2008, et ratifié par l'Espagne le 24 septembre 2009, est entré en vigueur le 5 mai 2013. Le Protocole établit que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels est le seul compétent pour connaître les communications individuelles portant sur la reconnaissance de l'atteinte aux droits reconnus par le Pacte. Le Comité est l'organe chargé de veiller à l'application du Pacte international ; une fois sa compétence acceptée, lors de la ratification du Protocole, il faudra attendre ses décisions (enquêtes, rapports, communications...) ; malgré sa dénomination, il ne fait aucun doute sur sa soumission aux décisions, puisque l'objectif fondamental du Protocole est d'améliorer l'efficacité et l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>17</sup>.

D'après Jimena Quesada, l'utilisation de ce terme, en référence à la jurisprudence du Comité, est appropriée « [...] aussi bien, par rapport à celle découlant du système des rapports, comme à celle dont le résultat est l'instruction des réclamations collectives », puisque « [...] le système des réclamations collectives, [...] agit sous des paramètres juridictionnels (phase d'inadmissibilité et phase de mise en examen du fond de l'affaire) et prononce des décisions sur le fond, ayant la même structure que les arrêts judiciaires [...] »<sup>18</sup>.

## 4 CONCLUSION

Les arguments analysés mettent en évidence que la réaction du gouvernement espagnol, qui considère que le jugement n'a pas d'effets sur la législation, puisqu'il ne s'agirait que d'une affaire circonstanciée sans aucune incidence en dehors de la situation jugée, n'a aucun sens et montre clairement la méconnaissance du droit international comme instrument pour garantir les droits sociaux. En outre, cette réponse est absolument intéressée, étant donné que la décision rend manifeste l'atteinte aux droits des travailleurs et aux engagements internationaux par la législation en passe d'être adoptée en Espagne<sup>19</sup>, surtout en ce qui concerne la CSE, lors de l'entrée en vigueur de la réforme du travail.

○○○ travailleurs en période d'essai, à temps partiel ou avec un contrat à durée déterminée ».

c) Par conséquent, le Comité a déclaré « [...] qu'un préavis de deux mois pour les salariés ayant une ancienneté de dix ans ou plus, n'est pas raisonnable ».

11. L. Jimena Quesada : *Jurisdictión nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 24 et 25.

12. L. Jimena Quesada : « La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa : el caso de los derechos sociales », en A. De la Oliva Santos y M.P. Calderón Cuadrado (Dir.), *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 37 et 38.

13. Les syndicats réclameurs ont été la Fédération des Pensionnés Salariés de Grèce (IKA-ETAM), la Fédération panhellénique des pensionnés de la fonction publique (POPS), le Syndicat des pensionnés des chemins de fer électriques d'Athènes Piraeus (ISAP), la Fédération panhellénique des pensionnés de l'entreprise publique de l'électricité (POS-DEI) et le Syndicat des pensionnés de la banque agricole de Grèce (ATE) contre la Grèce. Le Comité des ministres a adopté le 2 juillet 2014 les Résolutions CM/ResChS(2014)7, CM/ResChS(2014)8, CM/ResChS(2014)9, CM/ResChS(2014)10 et

CM/ResChS(2014)11 par lesquelles « [...] appelle de ses vœux que la Grèce fasse état, lors de la présentation du prochain rapport relatif aux dispositions pertinentes de la Charte sociale européenne, d'une mise en conformité de la situation ». Le Comité européen des droits sociaux a réalisé les évaluations du suivi et a constaté que « [...] les mesures restrictives et les procédures en matière de droits à pension mentionnées dans les déci ○○○

●●● Un changement de politique législative ne semble pas possible, du moins pour l'instant, surtout si l'on tient compte des nouvelles réformes adoptées en matière d'embauche après le jugement commenté ; le Royal Décret-Loi 16/2013 du 20 décembre, relatif aux mesures pour favoriser l'embauche stable et améliorer l'employabilité des travailleurs, n'a même pas éliminé la période d'essai controversée, malgré la constatation et confirmation de l'atteinte aux droits reconnus dans le texte du Conseil de l'Europe : par contre, le Royal Décret-loi a adopté la même période d'essai pour les contrats à temps partiel.

La doctrine de cet important jugement analysé a été réitérée postérieurement par de nombreux jugements de première instance, à savoir, les jugements du Juge de l'ordre social n° 1 de Tarragone du 2 avril 2014, Juge de l'ordre social n° 1 de Mataró du 28 avril 2014, Juge de l'ordre social n° 19 de Barcelone du 11 novembre 2014, Juge de l'ordre social n° 1 de Tolède du 27 novembre 2014, Juge de l'ordre social n° 9 de Grande Canarie et n° 2 de Fuerteventura du 31 mars 2015, Juge de l'ordre social n° 1 de Tolède du 9 avril 2015 et Juge de l'ordre social n° 1 de Las Palmas du 11 mai et 3 juin 2015. Il faut remarquer que quelques-unes argumentent juridiquement, en plus, la condamnation directe de l'Espagne à propos de ce sujet par le CEDS par le biais des Conclusions XX-3 (2014), qui ont été publiées le 22 janvier 2015<sup>20</sup>.

Malheureusement, pour le moment, la deuxième instance (tribunaux supérieurs de justice des Communautés Autonomes) est contre cette interprétation<sup>21</sup> à la suite des arrêts de la Cour constitutionnelle espagnole qui a statué la constitutionnalité de cette période d'essai<sup>22</sup>, bien que

quelques-uns comportent des votes dissidents qui soutiennent les décisions des juges de première instance en ce qui concerne l'effet direct de la Charte sociale européenne<sup>23</sup>.

Face à cette situation, la seule recommandation est de suivre le chemin commencé par la décision du Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone du 19 novembre 2013 et les autres jugements de première instance qui résistent aux arrêts de la Cour constitutionnelle en appliquant le contrôle de conventionnalité par rapport au contrôle de constitutionnalité ; que celle-ci soit un exemple pour d'autres organes juridictionnels.

De même, pendant l'année 2015, l'effet direct de la CSE réalisé par cet important jugement a été appliqué aussi en ce qui concerne, d'une part, l'augmentation des pensions de la Sécurité sociale abrogée par le gouvernement (à savoir les jugements du Juge de l'ordre social n° 31 Barcelone du 8 juin 2015, du Juge de l'ordre social n° 12 de Barcelone du 4 septembre 2015, du 7 septembre 2015 et du 5 novembre 2015 et du Juge de l'ordre social n° 3 de La Corogne du 23 novembre 2015, et de l'autre part, l'assimilation de la période d'astreinte au temps de travail effectif (jugement du Juge de l'ordre social n° 3 de Barcelone du 27 octobre 2015).

Enfin, la législation nationale portant atteinte aux droits sociaux des travailleurs reconnus depuis longtemps, peut ainsi être bloquée, et de cette manière garantir ces droits « *au moment où le besoin de protection se fait le plus sentir* »<sup>24</sup>. Comme le rapport Supiot le fait remarquer « *le droit social a porté dans le champ socio-économique des exigences démocratiques spécifiques, qui doivent être maintenues et reformulées compte tenu de la situation présente* »<sup>25</sup>. ■

○○○ sions sur le bien-fondé demeurent applicables et que la situation n'a pas été mise en conformité avec la Charte de 1961 ». 14. Tel que précisé, de manière très pertinente, par C. Deliyanni-Dimitrakou les droits sociaux ne sont pas un luxe, dans le sens que ceux-ci ne sont pas des droits qui puissent être supprimés en temps de crise et reconnus en temps de prospérité économique. Voir « La Charte sociale européenne et les mesures d'austérité grecques : à propos des décisions n° 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux », RDT 2013, n° 7/8, p. 461. 15. Sur l'application directe de la CSE en France, v. C. Nivard, L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, n° 28, 2012 (<http://www.revuedf.com/cedb/effet-direct-de-la-charte-sociale-europeenne-article/>), pp. 2 et ss. et Lamour M., L'application par les juges français, in J.-M. Thouvenin et A. Trebilcock (Dir.), *Droit international social*. Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 552-554. 16. L. Jimena Quesada, La vinculación del Juez a la jurisprudencia internacional, en M. Sánchez Revenga (Coord), *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 502-506. De même, J.-F. Akandji-Kombé, De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne, *Dr. soc.* 2012, n° 11-12, pp. 1-20. 17. La première communication (n° 2/2014) qui a examiné le Comité a été présentée contre l'Espagne, ayant constaté le 17 juin 2015 que l'Etat partie, « [...] en manquant à son obligation de fournir à l'auteur un recours effectif, a violé les droits que celui-ci tient du paragraphe 1 de l'article 11 du Pacte, lu conjointement avec le paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte ». En conséquence, cet organisme a adressé des recommandations en ce qui concerne, d'un côté, l'auteur et, de l'autre côté, à caractère générale. 18. En La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas. Vol 1 : 1998-2005. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 31 et 32. 19. Voir l'étude de M. Sur qui conclut que les tribunaux nationaux peuvent « [...] directement appliquer les articles 6.4 et 18.4 [...] » ; et ne peuvent point « [...] ignorer les autres dispositions énonçant des engagements de l'Etat, pour renforcer l'effet des dispositions de droit interne dans un sens plus favorable aux personnes protégées ». « Les effets de la Charte Sociale Européenne en droit interne », *Turkish Yearbook of Human Rights (Foreign refereed journal)*, n° 1, 1993, vol. 15, pp. 101 et ss. 20. [http://www.coe.int/t/dgbl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX3\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dgbl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX3_fr.pdf) (27/3/2016). 21. Arrêts Tribunal Supérieur de Justice de Catalogne du 2 décembre 2014 et du 10 mars 2015 ou Tribunal Supérieur de Justice de Castille et Léon/Valladolid du 25 mars 2015. 22. Arrêts 119/2014, du 16 juillet 2014, 8/2015, du 22 janvier 2015 et 140/2015, du 22 juin 2015. Ils ne sont pas statué à l'unanimité car trois magistrats ont émis une opinion dissidente. Un étude de ces arrêts en C. Molina Navarrete, *Reforma laboral y « justicia constitucional » : el Tribunal Constitucional ni es « infalible » ni ya tiene la « última palabra »*. *Comentario a la STC 119/2014*, de 16 de julio, RI 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, n° 377-378, 2014, pp. 187 et ss. 23. Arrêt Tribunal Supérieur de Justice de Catalogne du 22 juin 2015. 24. Observation du CEDS relative à l'application de la CSE dans le contexte de la crise économique actuelle (Introduction générale Conclusions XIX-2). Le CEDS a souligné que, « [...] dans le cadre de la Charte, les Parties ont accepté de poursuivre par tous moyens utiles la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif d'un certain nombre de droits [...] ». Partant de là, le Comité a indiqué que « la crise économique ne doit pas se traduire par une baisse de la protection des droits reconnus par la Charte ». Sur cette interprétation voir C. Nivard, *Seconde condamnation des mesures d'austérité grecques par le Comité européen des droits sociaux in Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 11 mai 2013 (<http://revdb.org/2013/05/11/seconde-condamnation-mesures-austerite-grecques-comite-europeen-droits-sociaux/>), p. 1 et ss. 25. Rapport Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapporteur Général Alain Supiot, 1. Commission Européenne. Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 1999, p. 105 et 106. Une lecture actualisée de ce rapport, qui trace les voies d'une véritable réforme du droit du travail en A. Supiot (Dir.), *Au-delà de l'emploi*. 2016, Éditions Flammarion. Collection Essais.



# La protection des droits sociaux vue d'Espagne

Fernando Valdes Dal-Ré, Membre de la Cour constitutionnelle espagnole

**A** grands traits, je voudrais présenter quelques observations sur le rôle du juge de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne la protection des droits sociaux. Je commencerai par les conclusions, que j'essaierai ensuite de justifier.

**Première conclusion :** les arrêts de la Cour constitutionnelle sont très rares à ce sujet. La Cour constitutionnelle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le fond des droits sociaux, sauf dans des occasions assez secondaires.

**Seconde conclusion :** qualitativement, les arrêts de la Cour constitutionnelle (CC) sont assez restreints, la Cour ayant maintenu une conception assez souple et favorable aux décisions du pouvoir législatif dans le domaine des droits sociaux.

Ayant énoncé les conclusions, je vais à présent brièvement les expliquer.

La Constitution espagnole (CE) a un encadrement assez « particulier » des droits sociaux. Elle établit trois catégories de droits, chacune étant soumise à un régime de protection différent. Celles-ci sont : les droits fondamentaux et libertés publiques (*arts. 14-29*) ; les droits et devoirs des citoyens (*arts. 30-38*) et les principes vecteurs de la politique sociale et économique (*arts. 39-52*).

Les deux premières catégories de droits sont celles pour lesquelles on a reconnu un niveau de protection plus fort, jouissant des deux garanties suivantes :

a) leur régulation doit s'effectuer moyennant une loi, qui doit être organique quand il s'agit de droits fondamentaux et de libertés publiques ;

b) la loi qui les régit doit respecter leur contenu essentiel. C'est un concept que la CE a importé de la Constitution allemande et qui agit comme limite infranchissable à l'activité législative, de telle manière que la loi qui ne respecte pas le contenu essentiel d'un droit fondamental, d'une liberté publique ou d'un droit des citoyens pourrait être déclarée inconstitutionnelle et nulle, dans le cadre d'un recours devant la Cour constitutionnelle.

En outre, les droits fondamentaux et les libertés publiques, et seulement ceux-ci, jouissent d'une tutelle judiciaire spéciale, qui s'articule autour du recours « *de amparo* ». Toute personne, physique ou juridique, peut introduire un recours « *de amparo* » devant la Cour constitutionnelle, après avoir épuisé la voie judiciaire, s'il considère que le juge ou la cour qui a tranché le litige auquel il était partie, ne lui a pas restitué la jouissance d'un droit qu'il estime avoir été violé par des actes ou des omissions d'une administration ou du fait de la conduite d'un particulier.

Les droits de liberté syndicale et de grève appartenant à la catégorie des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle a en conséquence eu l'opportunité, grâce à ce recours « *de amparo* », d'établir une jurisprudence que nous pouvons qualifier, d'une manière générale, de protectrice. Le droit au travail, le droit à un salaire suffisant ou le droit à la négociation collective appartiennent à la catégorie des droits des citoyens et, en conséquence, leur protection ne peut faire l'objet d'un recours « *de amparo* ». Enfin, les principes vecteurs de la politique sociale et économique ne sont protégés ni par les recours « *de amparo* » ni par le contenu essentiel. Selon l'article 53.3 CE, la reconnaissance, le respect et la protection de ces principes informent la législation, la pratique législative et l'action des pouvoirs publics. Ils peuvent néanmoins être allégués devant la juridiction ordinaire seulement selon les dispositions des lois qui les développent.

C'est à cette dernière catégorie qu'appartient une bonne partie des droits sociaux, tels que les droits à la santé, à la Sécurité sociale, à l'environnement ou à un logement digne. Ceci explique pourquoi la CC a rencontré des difficultés pour prendre connaissance des conflits concernant les droits des citoyens et les principes de la politique sociale et économique. De plus, s'agissant de ces derniers, leur protection a eu un effet indirect puisqu'on les a traités comme des mécanismes de renfort interprétatif des droits fondamentaux et des libertés publiques.

Récemment, la CE a eu l'opportunité de se prononcer au sujet de certains droits sociaux inclus dans le chapitre sur les droits des citoyens. Pour être plus précis, les décisions 119/2014 du 19 juillet et 8/2015 du 22 janvier ont résolu deux recours en inconstitutionnalité contre la réforme du statut des travailleurs où les requérants alléguaient que cette réforme violait, parmi d'autres droits, le droit au travail (*art. 35.1 CE*) et le droit à la négociation collective (*art. 37.1*) dont a parlé la professeure Salcedo. Je ne vais donc pas insister sur ce sujet.

Cependant, il me semble pertinent de souligner que la CC a utilisé un paramètre de constitutionnalité discutable dans les deux cas, à savoir la crise économique. La crise économique aurait ainsi octroyé une espèce de passeport au législateur pour mettre entre parenthèses le contenu essentiel des droits qui étaient en jeu et qui ont été interprétés, à mon avis, de manière très laxiste. Certaines mesures adoptées par la loi sur la réforme du marché du travail ont en effet été reconnues comme ●●●

●●● constitutionnelles au motif d'être destinées, dans un contexte de crise économique intense, à encourager l'emploi.

Je voudrais terminer avec une dernière considération. En Espagne, tout juge ou tribunal ordinaire peut remonter à la Cour constitutionnelle, ce que nous appelons « *des questions de constitutionnalité* » ; il s'agit d'une figure qui ressemble beaucoup à la question préjudicielle que les tribunaux des États membres de l'Union européenne peuvent soumettre à la Cour de Justice européenne. Quand un juge espagnol a un doute sur la constitutionnalité d'une loi qu'il doit appliquer au litige qu'il est en train de connaître, il peut suspendre le litige et envoyer la question de constitutionnalité à la CC. Par cette voie indirecte, des matières qui touchent de manière directe les droits sociaux, sont au-

jourd'hui en train d'arriver devant la Cour constitutionnelle.

De manière concrète, deux questions d'inconstitutionnalité sont importantes. La première concerne la décision du gouvernement de geler les pensions publiques ; la seconde se réfère à la décision, également adoptée par le gouvernement, de diminuer les salaires des fonctionnaires et, plus généralement du personnel du service public. Dans les deux cas, les tribunaux reprochent aux lois qui ont articulé ces mesures, d'enfreindre l'interdiction de non-rétroactivité des lois défavorables aux droits individuels (*art. 9.3 CE*). L'éventuelle violation des droits à la Sécurité sociale (*art. 41 CE*) et à la garantie de suffisance économique des citoyens seniors (*art. 50 CE*) est également invoquée dans le premier cas. La Cour constitutionnelle ne s'est pas encore prononcée sur ces moyens. ■

**Italie**





# Les droits sociaux à l'épreuve de la crise économique : la position de la Cour constitutionnelle italienne

Luca d'Ambrosio, Docteur en droit des Universités Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) et Naples II, Chargé de recherche au Collège de France

Après la crise financière de 2008, l'Italie s'est certes échappée à l'état des *memoranda* édictés par la Troïka. Néanmoins, le pays s'est retrouvé de fait sous la tutelle d'institutions extérieures à tout circuit démocratique : il mérite en effet d'être rappelé que, le 5 août 2011, l'ancien président de la Banque centrale européenne (BCE) Jean-Claude Trichet et son successeur désigné Mario Draghi envoyèrent au président du Conseil des ministres italien une lettre commune énonçant les conditions pour l'acquisition de titres d'État nationaux sur le marché secondaire. Loin de se rattacher à des indications d'ordre purement technique, la BCE imposa au gouvernement italien un véritable programme politique. Ce programme avait deux objectifs principaux : d'une part augmenter la croissance économique et d'autre part assurer la soutenabilité des finances publiques. Sous le premier angle, la BCE demandait la pleine libéralisation des services publics, la primauté des accords d'entreprise en droit du travail, la flexibilisation des procédures de licenciement. Sous l'angle des finances publiques, et malgré les mesures d'austérité déjà adoptées auparavant, la BCE demandait à l'Italie de procéder à une nouvelle réforme des retraites, de réduire le coût des fonctionnaires publics, d'introduire un système automatique de réduction du déficit ainsi que l'obligation d'équilibre des comptes des administrations publiques. Mais dans sa lettre la BCE est allée encore plus loin en indiquant au gouvernement italien les moyens pour la mise en œuvre de ce programme : des décrets d'urgence et, s'agissant de la « règle d'or budgétaire », une réforme constitutionnelle.<sup>1</sup>

La suite est connue. À peine quelques jours après l'envoi de la lettre de la part de la BCE, le gouvernement au pouvoir adopta des nouvelles mesures d'austérité, telles que la réduction des salaires des fonctionnaires publics et des coupes généralisées des transferts aux entités territoriales, parmi lesquels figurent les régions qui gèrent 80 % du budget de la santé. Ces mesures furent couplées à d'autres réformes, telle que l'inversion de la hiérarchie des normes applicables en droit du travail.<sup>2</sup>

En novembre 2011, sous la pression des marchés financiers et de l'Union européenne, le gouvernement au pouvoir fut enfin remercié et remplacé par un gouvernement « technique » conduit par l'ancien commissaire européen Mario Monti. Ce gouvernement donna un coup d'accélérateur à la mise en œuvre du programme dicté par la BCE : par le biais d'un nouveau décret d'urgence les transferts aux collectivités territoriales furent réduits davantage et l'indexation automatique des pensions des retraites « congelée » pour deux ans<sup>3</sup>. *In fine*, en 2012, l'âge de départ à la retraite fut augmenté<sup>4</sup> et la « règle d'or » de l'équilibre budgétaire constitutionnalisée<sup>5</sup>. Sous le masque rassurant de la « techné », l'opération dite *Salva Italia* (Sauvons l'Italie) a ainsi conduit à la subversion *de facto* des rapports entre la politique et l'économie inspirant la Constitution républicaine<sup>6</sup>.

Face à un tel bouleversement, la question est ici de savoir si la Cour constitutionnelle italienne a su exercer son rôle de « gardien » de la démocratie sociale dont la promotion constitue certainement l'une des plus remarquables et indéfectibles promesses de la République.

## 1 LA PROMOTION DE LA DÉMOCRATIE SOCIALE DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL ITALIEN

La promotion de la démocratie sociale dans l'ordre constitutionnel italien est le résultat d'une élaboration judiciaire construite à partir de la constitutionnalisation des droits sociaux.

### ► La constitutionnalisation des droits sociaux

La Constitution italienne de 1948 s'inscrit dans la tradition de textes fondamentaux adoptés en Europe au cours du XX<sup>e</sup> siècle. Elle reconnaît un vaste catalogue de droits qui comprennent, en plus des traditionnelles libertés héritées du libéralisme politique (Titre I), un ensemble de droits et de principes relatifs aux rapports « éthiques et sociaux » (Titre II) et « économiques » (Titre III). Deux articles permettent de rendre opéra- ●●●

1. Le texte (en anglais) de la lettre est disponible à l'adresse suivante : [http://www.corriere.it/economia/11\\_settembre\\_29/trichet\\_draghi\\_inglese\\_304a5f1e-ca59-11e0-ae06-4da866778017.shtml?refresh\\_ce-cp](http://www.corriere.it/economia/11_settembre_29/trichet_draghi_inglese_304a5f1e-ca59-11e0-ae06-4da866778017.shtml?refresh_ce-cp) (consulté en juin 2016). Pour une analyse de l'impact de la lettre de la BCE sur les équilibres politico-institutionnels et, plus largement, sur l'organisation constitutionnelle des pouvoirs, v. E. Olivito, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo Italiano*, Rivista AIC, n° 1/2014. Adde I. Ciolli, *The Constitutional Consequences of Financial Crisis and the Use of Emergency Powers: Flexibility and Emergency sources*, Rivista AIC, n° 1/2015.

2. Decreto-legge n° 138/2011.

3. Decreto-legge n° 201/2011.

4. Legge 92/2012.

5. Legge costituzionale n° 1/2012.

6. À ce propos il nous semble utile de signaler un rapport publié par J.-P. Morgan le 28 mai 2013. Selon la Banque d'affaires américaine, la crise de l'Euro serait en partie liée au cadre institutionnel et politique qui a été construit après la deuxième guerre mondiale dans les Pays de la « périphérie » de l'Europe : « The political systems in the periphery were established in the aftermath of dictatorship, and were defined by that experience. ○○○

○○○ *Constitutions tend to show a strong socialist influence, reflecting the political strength that left wing parties gained after the defeat of fascism* » (p. 12). V. B. Spinelli, *Il giudizio universale di 7.-P. Morgan*, Repubblica, 26 juin 2013. 7. Cette expression est empruntée à Giuseppe Boni, *La protection des droits sociaux en Italie : vue d'ensemble*, Revue internationale de droit comparé, vol. 63, n° 2, 2011, p. 257-274. 8. Traduction officielle réalisée par le ministère italien de l'Intérieur. 9. Pour un panorama de cette jurisprudence, v. G. Boni, op. cit. Sur la justiciabilité des droits sociaux, v. notamment D. Roman (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Pedone, 2011. 10. D. Bifulco, *Sull'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, 2003. 11. Il mérite d'être rappelé que le premier gouvernement de l'austérité fut celui du socialiste Giuliano Amato qui adopta en 1992 une des plus importantes lois de bilan de l'histoire républicaine. La loi n° 218/1990 qui a privatisé les banques selon le modèle universaliste de marque thabérienne porte également le nom Giuliano Amato, lequel siège à la Cour constitutionnelle depuis 2013. 12. La Cour constitutionnelle a tenu à préciser que la pondération ne se réalise pas entre les faits des ressources financières et les droits sociaux mais entre ces derniers et le principe, ayant lui-aussi rang constitutionnel, de l'équilibre budgétaire. Pour un panorama, v. I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, Costituzionalismo.it, 3, 2012. 13. D. Messineo, *La garanzia del « contenuto essenziale » dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, 2012. 14. V. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, 3<sup>e</sup> éd., Laterza, 2015. 15. Le critère selon lequel l'État peut seulement garantir ce que l'individu ○○○

tionnelle la conception d'« Homme libre et social »<sup>7</sup> promue par la Constitution italienne.

D'un côté, l'article 2 de la Constitution précise que « la République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement de devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé ». De l'autre, l'article 3, alinéa 2, impose à la République le devoir « d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant en fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays »<sup>8</sup>.

L'un et l'autre article donnent un contenu normatif au principe de « dignité sociale » : ce principe guide l'action des pouvoirs publics afin d'accorder à toute personne, quelle que soit sa condition sociale, une égalité de chance d'accomplissement fondée sur ses capacités. Sous l'influence de cette notion, le principe d'égalité « formelle » s'est ainsi enrichi d'une dimension « matérielle » qui a été non seulement le moteur de toutes les actions positives réalisées par le législateur en matière sociale. Elle a ouvert également la voie à une riche élaboration jurisprudentielle des droits sociaux de la part de la Cour constitutionnelle.

## ► L'élaboration jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle italienne a certainement eu le mérite de remettre en perspective l'idée traditionnelle selon laquelle les droits sociaux ne partagent pas la même force normative que les droits-libertés. Certes, la mise en œuvre de ces droits dépend de l'action des pouvoirs publics. Mais les juges italiens ont néanmoins participé à la promotion des droits sociaux en les interprétant – du moins à partir des années 1960 – comme des droits justiciables : c'est le cas du droit à une rémunération suffisante ; du droit à un temps maximal de travail et aux congés payés ; du droit à l'assistance et à la protection sociale ; du droit au logement et du droit à la santé<sup>9</sup>. Dans cette élaboration « émancipatrice », la Cour constitutionnelle n'a certainement pas ignoré la question du coût des droits sociaux. Cependant le caractère limité des ressources financières a été appréhendé par la Cour comme un acquis qui demeure en dehors de ses compétences : les ressources financières ne sont que le moyen pour la promotion des droits sociaux par la République et, en tant que telles, elles ne sont pas prises en considération par les juges constitutionnels<sup>10</sup>.

L'approche de la Cour constitutionnelle commence toutefois à évoluer au tournant des années 1990 : l'année 1992 marque en effet la signature du Traité de Maastricht et l'adoption des premières et draconiennes mesures d'austérité de

la part des gouvernements italiens<sup>11</sup>. Qu'il s'agisse de réagir aux spéculations internationales ou de s'aligner sur les paramètres économiques et monétaires imposés par l'Union européenne, les gouvernements italiens commencent l'œuvre du démantèlement progressif de l'édifice de l'État social construit sur les fondements de la Constitution républicaine. Appelés à garantir la tenue de cet édifice dans ce nouvel horizon normatif et institutionnel, les juges constitutionnels ont progressivement intégré le principe de « l'équilibre budgétaire » – qui était déjà formulé par l'article 81 de la Constitution avant d'être reformulé en termes plus rigoureux en 2012 – dans leurs décisions « protectrices » des droits sociaux<sup>12</sup>. Deux principes clé ont guidé la Cour constitutionnelle dans cette élaboration : le principe du caractère « raisonnable » de la restriction des droits sociaux (*principio di ragionevolezza*) et celui des « niveaux essentiels des prestations civiles et sociales » (*livelli essenziali delle prestazioni civili e sociali*).

Le contrôle du caractère « raisonnable » d'une mesure ayant un impact sur les droits sociaux peut prendre deux formes différentes dans la jurisprudence constitutionnelle. D'une part, celle de l'appréciation du « sacrifice » imposé par le législateur à l'aune d'un *tertium comparationis* (« raisonnable-égalité ») : la réglementation différente de situations analogues s'avère en effet « déraisonnable » dans la mesure où elle nuit à la cohésion de la communauté et, par conséquent, au principe de solidarité. Le contrôle de « raisonnable » peut, d'autre part, prendre la forme d'une appréciation tout court de la limitation imposée par le législateur (« raisonnable-proportionnalité »). Dans ce cas, le contrôle constitutionnel se rapproche du contrôle de proportionnalité et peut empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du législateur : les juges constitutionnels se livrent en effet à une opération de mise en balance de la limitation des droits avec d'autres valeurs ayant rang constitutionnel, et notamment les principes budgétaires.

Cette approche a dès lors conduit la Cour à tracer une « ligne rouge », notamment dans le domaine des droits aux prestations sociales (retraites, santé, etc.). La notion de « niveau essentiel de prestation » constitue ainsi pour la Cour une limite que la gestion économique et politique des droits sociaux ne peut pas franchir sans ouvrir la voie de la pathologie constitutionnelle<sup>13</sup>.

Cet *excursus* permet de relever que, depuis l'instauration de cette nouvelle – et *multilevel* – constitution économique<sup>14</sup>, le contrôle de la Cour constitutionnelle italienne se réalise dans le périmètre de « ce qui est possible ou raisonnable » (*Vorbehalt des Möglichen oder des Vernünftigen*)<sup>15</sup> : intégrant le principe de l'équilibre budgétaire dans son raisonnement juridique, la Cour a de fait limité ses censures à des restrictions des droits sociaux qui peuvent être qualifiés de « cas-limites »<sup>16</sup>.

## 2 LE CONTRÔLE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE APRÈS LA CRISE FINANCIÈRE DE 2008 : UN RETOUR AUX ORIGINES ?

L'aggravation de la situation budgétaire de l'État qui a suivi la crise financière de 2008 ainsi que le durcissement en 2012 des principes de discipline budgétaire, laisseraient supposer que la balance de la Cour constitutionnelle ait penché en faveur de ce dernier plutôt qu'en faveur de la protection des droits sociaux. Des décisions qui vont dans cette direction ne manquent certainement pas<sup>17</sup>. L'analyse jurisprudentielle démontre cependant que, dans la plupart des décisions rendues après la crise financière de 2008, la Cour constitutionnelle tend à faire prévaloir la protection des droits sur le principe d'équilibre budgétaire. Plus récemment, la Cour est allée plus loin en interprétant l'équilibre budgétaire comme un principe constitutionnel « en perte de poids ».

### ► La prévalence des droits sur le principe d'équilibre budgétaire

Avec deux décisions rendues respectivement en 2012 et 2013, la Cour constitutionnelle a invalidé les mesures d'austérité imposant la réduction des salaires et des pensions de retraite pour certaines catégories de fonctionnaires publics (magistrats et dirigeants) ainsi que la réduction de toutes les pensions de retraite supérieures à 90 000 euros<sup>18</sup>. Ces décisions ont fait l'objet de nombreuses critiques notamment par l'opinion publique : les mesures ciblaient en effet des catégories sociales privilégiées auxquelles le législateur demandait une contribution exceptionnelle, dite de « solidarité », ayant pour finalité la réduction du déficit public. Les juges constitutionnels ont, quant à eux, renversé l'argument : ayant qualifié la contribution de solidarité de « mesure fiscale », ils l'ont passée au crible du contrôle de « raisonnabilité-égalité ». La Cour a reconnu le caractère exceptionnel de la situation économique traversée par l'Italie en soulignant qu'elle pourrait justifier en principe l'adoption de mesures spéciales. Elle a pour autant affirmé que de telles mesures ne pourraient en aucun cas être adoptées au détriment du principe d'égalité devant l'impôt : même en période de crise économique, l'imposition sur le revenu doit être aussi uniforme que possible<sup>19</sup>.

La Cour a fait recours à des arguments similaires dans une décision rendue en 2015 à propos d'une autre mesure fiscale, dite *Robin Tax*. Cette mesure imposait aux entreprises pétrolières ayant un chiffre d'affaires supérieur à 25 millions d'euros une augmentation de 5,5 % de l'impôt sur le revenu<sup>20</sup>. L'analyse d'une telle décision pourrait paraître incongrue pour notre réflexion. Mais cette impression est trompeuse car il s'agit d'une décision assez éclairante : elle nous livre en effet deux éléments qui permettent de mieux comprendre l'approche que les juges italiens développent en

« temps de crise économique ». En premier lieu, la Cour précise que le caractère provisoire de la mesure participe de son caractère « raisonnable » : en effet, une mesure permanente, comme celle de l'espèce, ne peut pas trouver sa justification dans « une conjoncture économique exceptionnelle ». Afin de garantir le caractère « raisonnable » de la *Robin Tax*, le législateur aurait dû soit prédéterminer la durée de la mesure soit l'accompagner d'instruments susceptibles de vérifier la permanence de la conjoncture économique exceptionnelle qui en avait justifié l'introduction<sup>21</sup>. En deuxième lieu, et c'est une première dans la jurisprudence constitutionnelle italienne, la Cour décide d'endiguer les effets rétroactifs de sa décision afin d'en limiter l'impact sur le budget de l'État. À ce propos, il convient de rappeler que dans sa jurisprudence la Cour constitutionnelle avait déjà affirmé le principe de la mise en œuvre graduelle des valeurs constitutionnelles ayant un impact considérable sur les finances publiques. Mais dans cette décision, ce principe est réinterprété à la lumière de la constitutionnalisation du principe d'équilibre budgétaire. La Cour se livre en effet au calcul de l'impact macroéconomique de sa décision et décide d'en limiter l'impact afin d'éviter que le gouvernement se retrouve soit en porte-à-faux avec les obligations découlant de son appartenance à l'UE soit dans la nécessité d'adopter des nouvelles mesures budgétaires<sup>22</sup>. Par ailleurs, conclut la Cour, « l'annulation rétroactive de la mesure attaquée impliquerait dans une période de persistante crise économique et financière qui pèse sur les plus vulnérables, une redistribution "déraisonnable" de la richesse au profit de ces opérateurs économiques qui auraient bénéficié de circonstances favorables [...]. Elle impliquerait dès lors un préjudice irréparable aux principes d'égalité et de solidarité qui occupent une place privilégiée dans la pondération avec d'autres valeurs constitutionnelles »<sup>23</sup>.

Certainement influencée par les bénéficiaires de l'annulation de la *Robin Tax*, cette décision permet néanmoins de relever que, dans la jurisprudence constitutionnelle italienne, le principe d'équilibre budgétaire peut trouver sa place aussi dans la structure du contrôle de « raisonnabilité-égalité » : le principe n'intervient pas dans la pondération des droits atteints par une mesure d'austérité ou fiscale, mais dans la pondération des effets qu'une décision d'annulation de la Cour constitutionnelle peut engendrer sur le budget de l'État. Dans cet esprit, la Cour semble par ailleurs vouloir reconnaître au principe d'équilibre budgétaire la fonction de moyen de réalisation des principes d'égalité et de solidarité. Cette approche, qui soulève quelques perplexités, sera pour autant démentie par la Cour quelques mois plus tard.

### ► L'équilibre budgétaire : un principe constitutionnel « en perte de poids » ?

Appelée à apprécier la « raisonnabilité-proportionnalité » de certaines mesures d'austérité ●●●

○○○ peut raisonnablement prétendre de la société a été élaboré par le

« Bundesverfassungsgericht » à partir de la décision du 3 août 1972 en matière de *numerus clausus*. Pour une analyse de l'application de ce critère « en temps de crise », voir A. Sandri, *Il Vorbehalt des Möglichen nella giurisprudenza delle Corti tedesche*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (dir.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 483 et ss.

16. I. Ciolli, op. cit.  
17. V. not. les arrêts n° 304 et 310 de 2013 qui ont confirmé le gel de la progression d'échelon respectivement pour les diplômés et les professeurs universitaires.

18. V. respectivement les arrêts n° 223/2012 et 116/2013.

19. Le 5 juillet 2016 la Cour a en revanche validé, en la qualifiant de contribution de solidarité et non de mesure fiscale, la réduction des retraites supérieures à 90 000 € que le gouvernement avait introduit en 2014 pour une période de trois ans. Voir le communiqué de presse sur le site [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

20. Decreto legge n° 112/2008.

21. Cour constitutionnelle, n° 10/2015.

22. L'impact de l'effet rétroactif a été estimé à 6,9 milliards d'euros.

La décision a néanmoins déterminé une baisse des recettes fiscales pour 2015 d'un milliard d'euros. V. L. Pagni, *La Consulta boccia la Robin Tax : ora il Governo deve trovare un miliardo*, *La Repubblica*, 11 févr.

23. Nous traduisons.



●●● adoptées dans le cadre de l'opération *Salva Italia*, la Cour constitutionnelle semble en effet vouloir changer son approche en s'émancipant de la logique de la pondération entre les droits sociaux et le principe d'équilibre budgétaire.

Avec la décision 70/2015 rendue en mars 2015, la Cour constitutionnelle a en effet annulé le gel de l'indexation automatique des retraites supérieures à 1 217 euros (trois fois le traitement minimal) prévu pour les années 2012 et 2013. La Cour estime qu'une telle mesure engendre une violation du principe du caractère adéquat de la pension de retraite reconnu par l'article 38 de la Constitution : le mécanisme d'indexation automatique, introduit en Italie depuis 1965, permet en effet de neutraliser l'effet d'érosion du pouvoir d'achat qui, même en absence d'inflation, tend à affecter les pensions de retraite. Dès lors, le gel de l'indexation engendrait selon la Cour une violation des principes de solidarité et de dignité sociale<sup>24</sup>.

S'agissant des considérations de nature budgétaire, et malgré le « poids économique » conséquent de la mesure d'austérité annulée, estimé à quelque 20 milliards d'euros, la Cour constitutionnelle se borne à relever que le législateur se serait limité à rappeler de manière générique la « situation financière contingente » et qu'il n'aurait pas indiqué « la nécessaire prévalence des exigences financières sur les droits objets du balancement ». Face aux limitations des droits sociaux, les arguments de nature économique semblent d'emblée « perdre tout leur poids ». Le changement d'approche marqué par cette décision est évident. Et non seulement par rapport à la décision n° 10/2015 mais aussi par rapport à d'autres décisions où les juges constitutionnels avaient confirmé vouloir prendre au sérieux la constitutionnalisation de la règle d'or budgétaire dans sa nouvelle formulation. Dans une décision

n° 88/2014, par exemple, la Cour avait souligné « l'intime cohérence » du principe d'équilibre budgétaire avec les obligations découlant du processus d'intégration européenne. Elle avait rajouté que la mise en œuvre de la discipline budgétaire, et plus particulièrement de la soutenabilité de la dette publique, « implique une prise de responsabilité inspirée des principes de solidarité et égalité non seulement de la part des institutions mais aussi de chaque citoyen vis-à-vis des générations présentes et futures »<sup>25</sup>.

Une autre décision rendue en juin 2016 (n° 129/2016) semble confirmer l'hypothèse d'un véritable changement d'approche de la Cour constitutionnelle italienne. Dans cette décision la Cour annule un autre pilier du plan *Salva Italia*, c'est-à-dire la réduction unilatérale des transferts aux entités collectives de la part du gouvernement : les juges constitutionnels estiment que cette mesure aurait été adoptée au mépris du principe de collaboration entre l'État et les entités territoriales (art. 119). Tandis que dans la décision 70/2015 le principe d'équilibre budgétaire semble « perdre du poids » face à la protection des droits, dans la décision 129/2016 il ne semble même plus avoir de place : il est tout simplement ignoré par les juges constitutionnels.

Face à cette évolution, certains auteurs considèrent qu'elle ne peut que déboucher sur des décisions « injustes », dans la mesure où le coût des droits d'une minorité serait endossé par la collectivité<sup>26</sup>. Il nous semble cependant que les dernières décisions rendues par la Cour constitutionnelle italienne allaient dans la « juste » direction : la réaffirmation, en dépit d'une « gouvernance par les nombres » que la crise économique a laissé pénétrer dans les chartes constitutionnelles européennes<sup>27</sup>, de la fonction institutionnelle des juges constitutionnels ainsi que du caractère incommensurable des droits dont ils sont les gardiens. ■

24. Cour constitutionnelle, n° 70/2015. V. A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, *Federalismi.it*, 20 maggio 2015.

25. Cour constitutionnelle, n° 88/2014. V. A. Morrone, *op. cit.*, p. 14.

26. A. Morrone, *op. cit.*

27. V.A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2003, p. 216 et ss.



partie 3

# **Les gardiens internationaux des droits sociaux**



# La mise en œuvre des conventions de l'OIT à l'épreuve de la supranationalité européenne

Francis Maupain, ancien Conseiller juridique de l'OIT<sup>1</sup>

## 1 LES DÉFIS DE L'OIT

Le sujet qui nous occupe ici est d'une très grande importance pour l'avenir de l'Organisation internationale du travail (OIT) au seuil de son centenaire. Il touche en effet à la question du rôle que l'action normative de l'OIT peut continuer à jouer dans un monde où les États ne sont plus tout à fait maîtres de leurs choix de politique sociale.

Si le tripartisme fait de l'OIT une organisation internationale unique, cette institution n'en est pas moins très classiquement *stato centrique*, pour ne pas dire *westphalienne*, avec une action normative dirigée vers les seuls États – même avec une prédilection certaine pour les États unitaires.

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, ce face-à-face direct et pratiquement exclusif s'est trouvé perturbé par la prolifération d'autres organisations universelles ou régionales, inter ou supra-étatiques, sur lesquelles ses instruments normatifs n'ont pas de prise directe.

La direction de l'OIT, repliée à Montréal pendant la Seconde Guerre mondiale, avait déjà bien perçu ce danger potentiel et s'employa à tirer parti de certaines circonstances favorables<sup>2</sup> pour tenter d'y faire face. C'est ainsi que fut adoptée en 1944 la Déclaration de Philadelphie, par laquelle l'OIT revendiquait, entre autres, une sorte de droit de regard sur les politiques économiques et financières internationales<sup>3</sup>, dont la conduite allait par la suite échoir aux institutions financières internationales (IFI).

Cette ambition fut toutefois très vite contrariée, la coordination des activités économiques et sociales des différentes agences du système des Nations Unies (NU) ayant par la suite été confiée au Conseil économique et social des NU (ECOSOC).

L'OIT eut notamment du mal à faire entendre sa voix<sup>4</sup> au sujet des politiques d'ajustement structurel que les IFI se mirent à imposer à un grand nombre de pays en développement à partir des années quatre-vingt, en les accompagnant même parfois de pressions pour les détourner de ratifier de nouvelles conventions internationales du travail.

Le défi que lui posent aujourd'hui la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE (CJUE) et l'action conjuguée de la Commission européenne, du Fonds monétaire international (FMI) et de la Banque centrale européenne (BCE) (ci-après la Troïka) à l'égard de trois de ses membres (Espagne, Grèce et Portugal) revêt cependant une tout autre ampleur d'un point de vue symbolique et pratique.

Il semblait en effet acquis – en tout cas jusqu'à l'avant dernier élargissement de l'UE en 1995 – que les objectifs et principes de l'OIT et ceux de l'intégration européenne s'inscrivaient dans une logique voisine, selon laquelle la prospérité accrue attendue de l'intégration des économies était censée contribuer au progrès social, et réciproquement. Le score de ratification des conventions internationales du travail par les États de l'UE ainsi que le soutien constant que, dans leur ensemble, ils ont eu à cœur d'apporter au développement des procédures de contrôle objectif de l'application des conventions ratifiées (ci-après le système de contrôle), semblaient témoigner en outre de leur adhésion à un modèle social spécifique, ainsi que de leur souci de le promouvoir au-delà de leurs frontières.

Le fait que ces mêmes États puissent aujourd'hui se trouver contraints de mettre entre parenthèses les obligations afférentes à des conventions internationales du travail en raison des pressions exercées par la CJUE ou la Troïka, crée donc une situation inédite et qui n'est pas sans conséquence pour la crédibilité des garde-fous que l'OIT est censée offrir.

Non seulement en effet, ainsi que nous allons le constater en premier lieu, les procédures de contrôle peinent à ériger un rempart efficace à la régression du droit du travail et de la protection sociale lorsque celle-ci est en réalité dictée aux membres par des autorités extérieures supranationales, mais elles peuvent en outre, être les victimes collatérales de cette confrontation, à l'instar du pot de terre de la fable.

Nous examinerons en deuxième lieu la question de savoir si, malgré tout, un équilibre plus favorable aux objectifs de l'OIT peut être rétabli, en passant du terrain de la concurrence des obligations ●●●

<sup>1</sup> Il peut être joint par mailto : maupain@ilo.org. L'auteur tient à remercier les collègues du BIT qui ont bien voulu lui apporter leurs commentaires sur ce texte ainsi que Mathilde Rieder pour son aide à sa mise au point. Il tient à préciser que ces réflexions lui sont entièrement personnelles et n'engagent en rien le BIT.

<sup>2</sup> D'une part, l'élan créé par la Charte de l'Atlantique et, de l'autre, le fait que la voix de l'OIT comptait d'autant plus qu'il n'y avait plus d'autre organisation universelle crédible après le naufrage de la Société des Nations.

<sup>3</sup> Voir partie 2.

<sup>4</sup> Voir les remarques de première main de F. Blanchard qui fut à son gouvernail de 1974 à 1989 à l'OIT : *De la guerre froide à un nouvel ordre mondial*, Paris Seuil, 2004, p. 225 et s.

5. CJUE, 25 juill. 1991, Stoeckel, C-345/89, EU : C : 1991 :324. Dans cet arrêt, la CJUE a estimé que la Convention 89 interdisant le travail de nuit des femmes n'était pas conforme à la directive du 9 février 1976. Face à cette contradiction envers les engagements internationaux des États membres, la Cour a rappelé que le droit communautaire établi dans les ordres juridiques nationaux devait prévaloir sur tout autre engagement international pris par lesdits États membres. Si les Conventions internationales antérieures au Traité de Rome doivent comme il le précède l'emporter sur le droit communautaire.

6. V. p. ex. cond. de K. D. Ewing et J. Hendy QC, dans « The Dramatic Implications of Demir and Baykara » (2010) 39(1) *Industrial Law Journal*, p. 42, selon lesquelles cette décision pouvait fournir « the best opportunity to clean up the mess left by the European Court of Justice on the Viking and Laval cases ». 7. CJUE, avis 2/13, 18 déc. 2014, EU : C : 2014 :2454. Pour une analyse récente de cet avis, v. A. Popov, *Lavis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, La Revue des droits de l'homme*, 10 mars 2016. Disponible : <https://revdb.revues.org/1065>.

8. « [...] l'avis contraire de la Cour de Justice de l'Union européenne est une grande déception. N'oublions pas cependant que les premières victimes de l'avis 2/13 sont les citoyens qui se voient ainsi privés du droit de soumettre les actes de l'Union européenne au même contrôle externe du respect des droits de l'homme que celui qui s'applique à tous les États membres. » CEDH, rapp. annuel 2014, p. 6. 9. V. obs. de la CEACR au sujet de la convention 98 sur la négociation collective (adoptée en 2011 et publiée à la lors de la 101<sup>e</sup> session de la CIT). Tout en y regrettant l'absence de discussion pleine et approfondie avec les partenaires sociaux concernés, elle dit « comprendre que le gouvernement n'avait guère d'autres choix dans les discussions avec les institutions de crédit »

●●● parallèles à celui de la convergence et de la cohérence entre les objectifs et finalités constitutionnels des organisations concernées.

## 2 POT DE TERRE CONTRE POT DE FER ?

Sans entrer dans le détail complexe des procédures de contrôle, il est important de garder à l'esprit que la « valeur ajoutée » de la garantie offerte par la ratification des conventions internationales du travail tient à deux éléments essentiels :

- d'une part, une garantie de non-régression (sinon toujours de progrès) liée à la difficulté technique et à l'opprobre qui s'attachent à la dénonciation des conventions ratifiées ;

- d'autre part, la garantie d'une mise en œuvre effective de la protection résultant des conventions ratifiées grâce aux deux procédures de recours prévues dans la Constitution (la procédure de réclamation de l'article 24 et la procédure de plainte de l'article 26) qui offrent un degré supplémentaire de juridiction tripartite et objective à l'échelon universel permettant de suppléer le cas échéant aux défaillances du système judiciaire national.

Or, ce sont précisément ces deux niveaux de garantie qui, au sein de l'Union, se sont partiellement trouvés remis en cause sous l'effet de la jurisprudence de la CJUE, ou, selon le cas, sous la pression de la Troïka.

### ► Une garantie de non-régression fragilisée

La garantie de non-régression résultant de la ratification est une garantie relative puisque la dénonciation reste toujours possible, même si elle ne peut intervenir à tout moment et si, surtout, les États en redoutent l'impact négatif auprès de leurs travailleurs et de l'opinion publique nationale et internationale.

Depuis plus de deux décennies, il est malheureusement apparu que, pour les membres de l'UE, cette garantie relative peut en outre être au moins partiellement privée de son efficacité dans deux hypothèses :

- D'abord, lorsque les obligations résultant de la convention ratifiée ne sont pas compatibles avec les exigences résultant du droit de l'UE. L'article 351 du TFUE (*ex art. 307 CE*), tout en n'affectant pas en principe les obligations résultant de traités antérieurs, impose aux membres l'obligation de faire le nécessaire pour éliminer toute incompatibilité et se mettre en conformité avec les traités européens. L'OIT a pu vérifier que cette exigence de loyauté n'avait rien de platonique avec l'affaire Stoeckel<sup>5</sup>.

Ce verrouillage du droit de l'Union (et de l'exclusivité de la fonction prophylactique de la CJUE) à l'encontre de tout risque de contamination par des sources extérieures a été poussé à ses ultimes conséquences avec l'avis consultatif 2/13 rendu au sujet de l'adhésion de l'UE à la Convention euro-

péenne des droits de l'homme (CEDH) en décembre 2014. L'espoir que certains avaient pu nourrir, au vu de l'évolution des jurisprudences respectives de la CJUE et de la Cour EDH<sup>6</sup>, que cette adhésion puisse permettre d'établir un équilibre plus convenable entre les libertés fondamentales de l'Union et la protection des droits fondamentaux des travailleurs, et en particulier le droit de grève, se trouvent fragilisés sinon anéantis par l'affirmation de la CJUE que la faculté laissée aux membres d'aller au-delà des exigences résultant d'une convention internationale (en l'espèce la CEDH) se trouve nécessairement bridée s'agissant de droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union dont elle se veut la gardienne exclusive<sup>7</sup>. Ainsi que la Cour EDH l'a remarqué plaintivement dans son rapport de 2014, il est difficile de voir dans cette affirmation un progrès dans la protection juridique des citoyens de l'Union<sup>8</sup>.

- Ensuite, à travers le phénomène de « transfert d'inhibition » que l'on peut observer face à des manquements qui ne sont pas le fait des États concernés mais leur sont pratiquement imposés par des autorités externes. Dans ce cas, en effet, ce ne sont plus tellement les pays concernés qui hésitent à dénoncer les conventions antérieurement ratifiées, en raison de l'opprobre qui s'y attache, mais plutôt l'OIT, et même les plaignants potentiels eux-mêmes, qui hésitent à mettre le pays concerné dans une position où il n'aurait d'autre choix que de renoncer à ses engagements antérieurs envers l'OIT pour se mettre en règle avec les directives de l'UE.

Ce phénomène de transfert trouve une illustration assez frappante dans l'action de la Troïka en Grèce dont il a pu être allégué au départ du côté des travailleurs qu'elle portait atteinte à pas moins de douze conventions ratifiées<sup>9</sup>. Dans ces circonstances, l'application dispersée des procédures constitutionnelles de recours risquait fort de déboucher sur un constat de manquement qui serait voué, soit à rester sans effet (si ce n'est celui d'éroder davantage la crédibilité de la protection offerte), soit à pousser le pays à dénoncer ses obligations pour se mettre en règle et, ce faisant, priver l'OIT du dernier levier qui lui reste, à savoir la pression tripartite de la Conférence internationale du travail (CIT) (laquelle peut indirectement et de manière paradoxale, fournir aux pays mis sur la sellette un appui pour mieux résister à la pression de la Troïka).

Suite à une proposition de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR), et après discussion tripartite à la CIT, une mission de haut niveau fut dépêchée sur place en septembre 2011. Son mandat était de rassembler les informations relatives à l'application des conventions affectées par les mesures adoptées sous la pression de la Troïka et d'aider à une compréhension globale de la situation d'exception du pays et de l'impact des politiques imposées par les institutions membres de la Troïka. Le rapport de cette mission permit de



mettre entre parenthèses les voies de recours constitutionnelles<sup>10</sup>, vers laquelle l'initiative des syndicats aurait pu logiquement conduire, pour prendre celle d'une coopération avec le gouvernement (avec l'affectation d'un fonctionnaire de liaison sur place), notamment en vue de rétablir le dialogue social (et peut-être, à travers lui, convaincre les intéressés de se résigner à l'inévitable). En fin de compte, c'est donc la CEACR elle-même qui, dans le cadre du contrôle dit régulier a dû prendre sur elle de rappeler à l'ordre le gouvernement à propos de ses obligations en vertu des conventions ratifiées<sup>11</sup>.

Le phénomène de transfert d'inhibition n'a pas joué de la même manière dans le cas des deux autres pays (l'Espagne et le Portugal) qui ont dû passer entre les fourches caudines de la Troïka, puisque les travailleurs de ces pays n'ont pas hésité à faire usage de la procédure de recours constitutionnel de réclamation pour résister à certains aspects des réformes<sup>12</sup>. Il est néanmoins permis de le voir à l'œuvre dans la formulation des recommandations (rendues postérieurement à la présentation orale des présentes réflexions) des comités tripartites saisis de leur examen. Sans entrer dans le détail d'une analyse qui déborderait de loin le cadre des dites réflexions, on peut en effet observer que les recommandations de ces comités tripartites mettent bien davantage l'accent sur la nécessité du dialogue social pour faire face aux difficultés économiques liées à la crise, dans le respect des obligations résultant des conventions en cause, ainsi que sur l'obligation des autorités de fournir davantage d'informations sur les actions engagées, que sur les points spécifiques sur lesquels les réformes en cause impliqueraient un manquement aux dites obligations<sup>13</sup>.

Deux réflexions pour clore ces brèves remarques : premièrement personne (pas même le pot de fer à la dureté duquel la dénonciation des conventions de l'OIT ferait une publicité encore plus calamiteuse) n'a intérêt à briser le pot de terre. C'est précisément ce qui lui permet de continuer à jouer un rôle utile, en particulier pour sauvegarder ou rétablir le dialogue social face aux mesures de crise. Mais cela se fait inconsciemment au prix d'un flou juridique – sur lequel on reviendra ci-après –, en ce qui concerne la mesure exacte des entorses qui ont pu être portées aux obligations résultant des conventions ratifiées<sup>14</sup>. Deuxièmement le pot de terre ne sort pas pour autant tout à fait indemne de la confrontation, ainsi qu'on va le voir en ce qui concerne de manière plus spécifique le système de contrôle régulier de l'OIT et son institution phare, la CEACR.

## ► Le système de contrôle et l'autorité de la CEACR, victimes collatérales du heurt des engagements ?

Il convient de rappeler brièvement que le système de contrôle de l'OIT, tel qu'il s'est développé dans la pratique, comporte deux volets : le contrôle exercé à l'initiative des intéressés par le biais des

procédures de recours spécifiquement prévues par la constitution (réclamation [art. 24] et plainte [art. 26]) – dont il a été question plus haut – qui visent des manquements allégués à des obligations spécifiques résultant de conventions ratifiées ; le contrôle dit « régulier », qui s'exerce sur la base des rapports périodiques auxquels les États qui ont ratifié sont soumis en vertu de l'article 22 de la constitution ; ces rapports font l'objet d'un examen par la CEACR, laquelle soumet à son tour un rapport à la discussion tripartite de la Commission de l'application des normes (CAN) de la CIT.

Bien qu'elle ne soit pas prévue par la Constitution, la CEACR a pris, du fait de sa composition ainsi que de l'indépendance et de la notoriété de ses membres, une importance croissante dans le système de contrôle. Son intervention a ainsi permis de régler la plupart des difficultés d'application en amont des procédures de recours de réclamation et de plainte, de sorte que, jusqu'à une époque récente, le recours à ces procédures restait tout à fait exceptionnel.

La question qui se pose depuis la remise en cause de son rôle en matière d'interprétation est de savoir si l'autorité toujours plus affirmée de la CEACR à l'intérieur du système n'a pas été de manière indirecte la victime collatérale de la confrontation qui a opposé sa « jurisprudence » relative à la reconnaissance du droit de grève et son influence grandissante à l'extérieur de l'OIT à la jurisprudence Laval, Viking précédemment évoquée de la CJUE et à la primauté de la liberté de mouvement telle qu'elle entendait la faire respecter au sein de l'UE.

Reprenons brièvement ces deux aspects.

Le fait de rattacher le droit de grève et sa réglementation à la Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 (ci-après : C. 87) malgré le silence de cet instrument est l'aboutissement d'une construction prétorienne de longue haleine entre la CEACR et le Comité (tripartite) de la liberté syndicale. Cette construction n'a pas fait l'objet de contestation explicite jusqu'à la chute du mur de Berlin. Les choses ont changé à partir de celle-ci. Les employeurs (pourtant représentés depuis l'origine au sein du comité de la liberté syndicale) ont commencé à lui adresser des critiques de plus en plus vives, au motif que le mandat de la CEACR lui permettant seulement de veiller à la mise en œuvre correcte des conventions internationales du travail ratifiées, et non de se prononcer au sujet de leur interprétation<sup>15</sup>.

Le problème est cependant que malgré ces objections, l'influence de cette « jurisprudence » a continué de se répandre largement « hors les murs » : elle a inspiré un certain nombre de décisions judiciaires nationales<sup>16</sup> et elle a surtout contribué à l'évolution de la jurisprudence des juridictions régionales compétentes en matière de droits de l'homme, y compris le Comité européen des droits sociaux (CEDS) et bien sûr, la Cour EDH. Cette dernière s'est en effet ré-

○○○ que celui de dé-cider ces modifications pour répondre aux demandes de plus grande flexibilité et de compétitivité renforcée du marché du travail ».

Disponible à : [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX-MLEX-PUB:13100:0::NO::P13100\\_COM-MENT\\_id.,P13100\\_LANG\\_CODE:2698934,fr](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX-MLEX-PUB:13100:0::NO::P13100_COM-MENT_id.,P13100_LANG_CODE:2698934,fr).

10. La Grèce a fait l'objet d'une plainte en matière de liberté syndicale, mais il faut bien prendre garde qu'il ne s'agit pas de la procédure constitutionnelle mettant en cause les obligations spécifiques aux termes d'une convention ratifiée, mais d'une procédure ad hoc applicable à tout membre qu'il ait ou non ratifié sur la base des

« principes » découlant de la constitution. Cas disponible à :

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEX-PUB:50002:0::NO::P50002\\_COM-PLAINT\\_TEXT\\_ID:3087085](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEX-PUB:50002:0::NO::P50002_COM-PLAINT_TEXT_ID:3087085)

« See the case » : [http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEX-PUB:50002:0::NO::P50002\\_COM-PLAINT\\_TEXT\\_ID:3087085](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEX-PUB:50002:0::NO::P50002_COM-PLAINT_TEXT_ID:3087085).

11. Il résulte par exemple de son observation au sujet de la convention (n° 95) sur la protection des salaires, qu'il ne suffit pas au gouvernement de proclamer son hostilité à la politique d'austérité ou invoque le mémorandum d'accord conclu avec les institutions de la Troïka en vue d'établir un comité consultatif lequel pourrait un jour introduire un nouveau cadre législatif sur les questions du travail « en accord avec les meilleurs pratiques du modèle social européen » (sic) pour se défausser de ses obligations aux termes de la convention. Voir ILO : observation de la CEACR au sujet de la convention 95 sur la protection du salaire, adoptée en décembre 2015, publiée lors de la 105<sup>e</sup> session de la CIT, par. 3.

12. Cela s'explique bien sûr en partie du fait que la majorité en place était en tout état de cause disposée à de telles réformes. 13. V. le rapport du comité chargé d'examiner la réclamation al-

○○○

○○○ légua  
l'exécution par  
l'Espagne de la convention (n° 58) sur le licenciement, ILO doc. GB.321/INS/9/4, par. 297. 14. Dont il serait possible de sortir avec la solution examinée sous III C). 15. À noter que la Constitution de l'OIT a expressément écarté l'interprétation dite authentique par la CIT que les employeurs s'étaient dits prêts à envisager au profit d'une interprétation par la voie d'un organe et d'une procédure judiciaires, soit dans le cadre de la Cour internationale de Justice (CIJ), soit dans celui d'un tribunal « maison » prévu à l'article 37.2 de la Constitution, mais qui n'a jamais pu être établi, malgré des discussions récurrentes depuis les années quatre-vingt-dix. 16. X. Beaudonnet, *How domestic jurisdictions use universal sources of international law in Labour law : Its role, trends and potential*, ILO, 2006, p. 9. 17. Corollaire « intrinsèque » ou « indissociable » selon une phraséologie fluctuante et au demeurant redondante. Voir par exemple CEDH, 21 avr. 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, 68959/01. 18. Dans son observation de 2009, publiée en 2010 lors de la 99<sup>e</sup> Conférence internationale du travail, la CEACR a observé « avec une grande préoccupation les limites pratiques l'exercice effectif du droit de grève pour les travailleurs affiliés à la BALPA. La commission est d'avis que la menace omniprésente d'une action en dommages-intérêts comportant le risque de mener le syndicat dans une situation d'insolvabilité, éventualité aujourd'hui fort plausible, compte tenu de la jurisprudence Viking et Laval, crée une situation dans laquelle l'exercice des droits établis par la convention devient impossible ». On relèvera que, contrairement au Comité européen des droits sociaux (CEDS), la CEACR s'est bien gardée et à juste titre de se prononcer sur la « proportion » à respecter entre l'atteinte aux droits fondamentaux et la liberté de l'employeur de fournir ses services à travers les frontières (CEDS, ○○○

●●● férée au raisonnement de la CEACR pour reconnaître le droit de grève comme étant le corollaire<sup>17</sup> de la négociation collective.

L'intervention de ces juridictions a ainsi eu pour effet, par ricochet, de faire passer progressivement le droit de grève et ses modalités du statut de droit plus ou moins « mou » qui, en tant qu'élément des « principes » développés par la jurisprudence du Comité de la liberté syndicale et par la pratique prétorienne de la CEACR, était le sien au sein de l'OIT, au statut de droit « durci », en particulier vis-à-vis des États membres du Conseil de l'Europe.

Or, il s'est précisément trouvé que ce droit ainsi « durci » soit de manière presque simultanée opposé par la CEACR aux limites qui étaient apportées au droit de grève (de solidarité) des pilotes britanniques du syndicat BALPA sur la base de la jurisprudence Laval et Viking. La CEACR, avait en effet, dans ses observations adressées au Royaume-Uni (ci-après affaire BALPA), estimé que la position de la CJUE dans ces deux arrêts était susceptible d'avoir un effet restrictif quant à l'exercice du droit de grève, d'une manière selon elle, contraire à la C. 87)<sup>18</sup>.

Il est donc fort vraisemblable que ce double mouvement soit à l'origine du coup d'arrêt que les employeurs ont voulu porter à la « contamination » de la « jurisprudence » de la CEACR en s'attaquant à son statut juridique. Non seulement en effet le droit de grève ainsi durci était susceptible de venir entraver la liberté de mouvement au sein de l'UE mais il risquait de s'inviter dans les engagements des entreprises multinationales en matière de responsabilité sociale<sup>19</sup>.

Ce coup d'arrêt s'est manifesté de manière brutale, « sans préavis » à la CIT de juin 2012<sup>20</sup>. Les employeurs refusèrent alors d'entrer en matière au sujet de la liste des cas problématiques qui, conformément à la pratique, avaient été retenus sur la base du rapport de la CEACR en vue de faire l'objet d'une discussion tripartite à la CAN au motif que cette liste contenait deux cas mettant en cause le droit de grève. Ils justifiaient cette attitude sans précédent au motif que, dans son étude d'ensemble sur les droits fondamentaux soumise à la même session, la CEACR s'était permise, au mépris de leurs objections antérieures, de réaffirmer et préciser sa jurisprudence relative au droit de grève dans le cadre notamment de la C. 87<sup>21</sup>. Leur opposition provoqua la paralysie totale de la CIT dans l'exercice de ce qui est pourtant l'une de ses fonctions essentielles.

Les travailleurs en sont alors progressivement venus à considérer que seule l'intervention de la CIJ, dans le cadre du rôle d'arbitre qui lui est reconnu en matière d'interprétation par la Constitution de l'OIT, pourrait permettre de stopper cette remise en cause et sortir de l'impasse. Il est cependant apparu, à l'occasion du Conseil d'administration de novembre 2014, que non seulement une telle perspective exacerbait les antagonismes entre les trois groupes, mais, en outre,

qu'elle jetait le doute sur la capacité du tripartisme de régler de manière autonome un problème qui pourtant touche à son essence même. Aussi les porte-parole des travailleurs et des employeurs se sont-ils finalement résolus à négocier une « déclaration commune », rendue publique en février 2015<sup>22</sup>. Ce texte mettait provisoirement entre parenthèses le différend quant au lien entre droit de grève et C. 87 afin de permettre à la CAN de la CIT de retrouver un fonctionnement plus normal lors de sa session de juin 2015<sup>23</sup> et de relancer les discussions sur d'autres dossiers importants<sup>24</sup>.

Il est vrai que, lors de cette session, les choses se sont passées de manière plus paisible sinon tout à fait conforme à la pratique antérieure. Si les employeurs ont mis une sourdine à leurs attaques contre la « jurisprudence » de la CEACR, on aurait sans doute tort cependant d'y voir une quelconque renonciation. La réalité est en plutôt que les concessions – pour ne pas dire l'espèce de Canossa – auxquelles la CEACR a dû consentir en 2014<sup>25</sup> – ainsi que, parallèlement, l'évolution de la jurisprudence de la CEDH depuis 2010, et le verrouillage opéré par l'avis 2/13 de la CJUE ont largement abouti à en faire disparaître l'essentiel de sa raison d'être.

Au total, on ne saurait en tout cas prétendre que l'autorité de la CEACR, et au-delà la place de l'OIT dans le champ de la jurisprudence sociale internationale, soient sorties tout à fait indemnes de cette controverse, et cela est sans doute d'autant plus regrettable que ce n'était en rien inévitable d'un point de vue institutionnel<sup>26</sup>.

Aussi paraît-il important de réfléchir à la manière dont l'OIT, à défaut de pouvoir légiférer à l'égard des acteurs supra-étatiques extérieurs, peut aider les États concernés à trouver un juste équilibre entre les engagements auxquels ils se trouvent simultanément soumis en matière sociale, financière et commerciale.

## 3 DE LA CONCURRENCE À LA CONVERGENCE DES ENGAGEMENTS PARALLÈLES ?

Les remarques qui précèdent montrent que l'OIT et ses procédures peuvent difficilement sortir gagnantes d'une confrontation directe entre les obligations conventionnelles auxquelles ses membres ont volontairement souscrit vis-à-vis de l'OIT et les obligations résultant de leur appartenance à l'UE et aux IFI.

À défaut d'avoir directement prise sur ces acteurs, l'OIT n'est cependant pas dépourvue de moyens pour aider indirectement ses membres à rétablir une relation plus équilibrée et cohérente entre leurs engagements parallèles vis-à-vis de différentes organisations. Trois pistes principales semblent mériter d'être explorées à cet égard : la première concerne l'UE et les deux autres ont une portée plus générale envers d'autres acteurs supra-étatiques.

## ► Par le rattachement possible des principes et droits fondamentaux au travail à la constitution de l'OIT pour « faire le poids » face aux libertés fondamentales du Marché unique

Même si la conclusion de la CEACR dans l'affaire BALPA a pu momentanément rasséréner les travailleurs, elle ne pouvait toutefois leur offrir qu'une satisfaction illusoire face à l'article 351 TFUE et à la logique de de l'avis consultatif 2/13 de la CJUE.

La question peut donc se poser de savoir si, pour raffermir le statut des droits fondamentaux des travailleurs tels que les entend l'OIT et tenter de les placer sur un pied de relative égalité avec les libertés fondamentales du marché unique, il ne serait pas concevable de les rattacher à la Constitution de l'OIT plutôt qu'à une convention spécifique telle que la C. 87.

Il semblerait en effet difficile d'imaginer que la CJUE entende pousser la logique quelque peu austère de son avis 2/13 au point de contraindre des États de l'Union à quitter une organisation dont ils étaient tous membres bien avant de s'embarquer dans l'entreprise supranationale européenne, pour les soustraire à la « contamination » pernicieuse de principes valeurs et objectifs auxquels ils ont adhéré en acceptant la Constitution de l'OIT et la Déclaration de Philadelphie qui en fait partie.

Or, le préambule de la Constitution de l'OIT et la Déclaration de Philadelphie énoncent des principes et engagements qui vont bien au-delà de ceux que l'on trouve dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Ainsi, la Déclaration de Philadelphie (section III e) proclame-t-elle « la reconnaissance effective du droit de négociation collective » et ces termes semblent suffisamment catégoriques pour que l'on puisse y rattacher le droit de grève plus solidement que par le détour de la C. 87 et la « jurisprudence » fragilisée de la CEACR.

On trouve par ailleurs dans le préambule de la Constitution le principe « à travail égal salaire égal » (qui suit immédiatement la référence à la « défense des travailleurs occupés à l'étranger »), dont l'égalité de traitement entre hommes et femmes est un cas d'application. On voit mal ce qui pourrait priver ce principe de sa pertinence dans la fixation des salaires à un même lieu de production conformément d'ailleurs à la logique « l'égalisation dans le progrès » dont la CJUE s'est par ailleurs réclamée<sup>27</sup>. On y trouve enfin, et peut-être surtout, le principe selon lequel le travail n'est pas une marchandise directement inspiré du *Clayton Antitrust Act* (1914), qui visait spécifiquement à soustraire le droit d'organisation syndicale à l'emprise du droit de la concurrence.

Tous ces principes ne semblent pas dépourvus de pertinence pour faire contrepoids à la liberté de l'employeur de transférer ses travailleurs à travers les frontières de l'UE avec la même liberté que s'il s'agissait d'une marchandise, et sans que des actions collectives de solidarité puissent efficacement y faire obstacle.

Il n'est bien sûr pas question de suggérer ici que la CJUE puisse s'inspirer de ces principes *proprio motu* pour infléchir sa jurisprudence<sup>28</sup>. La question de la prise en compte de ces principes pourrait en revanche se poser au niveau des juridictions de renvoi auxquelles les conclusions des avocats généraux, si elles avaient été suivies, auraient, semble-t-il, permis, dans certains cas de placer le curseur de manière plus conforme au respect de la légitimité de l'action collective ou de l'égalité de traitement des travailleurs détachés<sup>29</sup>.

Elle pourrait aussi et peut-être surtout se poser au niveau d'un législateur européen plus favorablement disposé. Si celui-ci n'est parvenu, ni à modifier la directive pertinente de 1996<sup>30</sup>, ni à s'engager dans la voie d'un « protocole social » au Traité de Lisbonne, réclamé en vain par la Confédération européenne des syndicats (CES)<sup>31</sup>, il est cependant permis de penser que rien ne l'empêcherait de préciser, selon l'évolution de la jurisprudence de la CJUE que ladite directive ne doit pas être interprétée et appliquée d'une manière mettant les membres en contradiction avec les obligations et principes inhérents à leur appartenance à l'OIT.

## ► À travers l'« opérationnalisation » du rôle de l'OIT en tant que « boussole » d'une mondialisation équitable

La logique du mandat constitutionnel de l'OIT n'est pas simplement de promouvoir de manière pointilliste les différents objectifs énoncés dans sa Constitution au moyen d'instruments normatifs spécifiques ; elle est plus fondamentalement de veiller à assurer « la possibilité pour tous d'une participation équitable aux fruits du progrès [...] » comme l'énonce la Déclaration de Philadelphie (section III d). C'est cette logique qui a été réaffirmée avec force et de manière prémonitoire en juin 2008 dans la Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable – quelques semaines avant la faillite de Lehman Brothers. Ce texte a « relégitimé » la revendication par l'OIT d'un rôle de « boussole » (pour reprendre le terme utilisé par son Directeur général d'alors, Juan Somavia, dans son introduction à la Déclaration) vers une mondialisation équitable et socialement soutenable.

Beaucoup reste à faire cependant pour « opérationnaliser » ce rôle en optimisant le potentiel institutionnel très riche dont dispose l'OIT. Deux possibilités tout à fait concrètes permettront d'illustrer brièvement ce potentiel :

- La première serait, selon la logique même de la Déclaration de Philadelphie et de la section II C de la Déclaration sur la justice sociale, d'inscrire à intervalles réguliers un débat tripartite à l'ordre du jour de la CIT sur l'impact des politiques financières, économiques et commerciales internationales sur l'évolution de l'emploi et la répartition des bénéfices et contraintes liées à la mondialisation et à l'interdépendance des économies. Les organisations compétentes (y compris l'UE) devraient naturellement être invitées ●●●

○○○ 3 juill. 2013, LO/TCO, Réclamation n° 85/2012, pt 122).

19. Voir l'intervention du vice-président employeur de la Commission de l'application des normes en plénière, ILC.101/PR/27, pp. 27/2-27/4, disponible à :

[http://www.ilo.org/wcm/5/groups/public/---ed\\_norm/---reconf/documents/meetingdocument/wcms\\_183727.pdf](http://www.ilo.org/wcm/5/groups/public/---ed_norm/---reconf/documents/meetingdocument/wcms_183727.pdf)

20. Donc, avant que l'évolution de la jurisprudence de la CEDH sur le droit de grève dans RMT/United Kingdom en 2014 et l'avis 2/13 de la CJUE n'aient pu venir (peut-être) calmer leurs appréhensions.

21. Étude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable (2008), ILO, Genève, 2012.

22. Déclaration conjointe du groupe des travailleurs et du groupe des employeurs, réunion tripartite sur la C. 87 pour ce qui est du droit de grève ainsi que les modalités et pratiques de l'action de grève au niveau national (Genève, 23-25 fév. 2015).

23. Ce qui sa effectivement été le cas.

24. Tel que l'initiative sur les normes :

mandat du groupe de travail tripartite du mécanisme d'examen des normes. Disponible à : [http://www.ilo.org/wcm/5/groups/public/---ed\\_norm/---reconf/documents/meetingdocument/wcms\\_420260.pdf](http://www.ilo.org/wcm/5/groups/public/---ed_norm/---reconf/documents/meetingdocument/wcms_420260.pdf)

25. Voir l'introduction de son rapport 2014 (I) à la 103<sup>e</sup> session de la CIT, juin 2014 :

[http://www.ilo.org/wcm/5/groups/public/---ed\\_norm/---reconf/documents/meetingdocument/wcms\\_235057.pdf](http://www.ilo.org/wcm/5/groups/public/---ed_norm/---reconf/documents/meetingdocument/wcms_235057.pdf)

26. Puisque l'article 37.2 de la Constitution donne la possibilité d'instituer un Tribunal « maison » pour régler ce genre de différends.

27. Aff. Larval, consid. 105.

28. Certains ont ○○○



○ ○ ○ cependant cru pouvoir déceler dans un récent arrêt de la CJUE (CJ, 12 févr. 2015, *Sähköalojen ammattiliittory*, C-396/13, EU:C:2015:86) « un début de rupture par rapport à la jurisprudence du cas *Laval* ». V. not. la déclaration du secrétaire général de la Confédération européenne des syndicats suite à la publication de l'arrêt. **29.** Selon les conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 23 mai 2007 dans l'affaire *Laval*, les syndicats peuvent, par des actions collectives, motivées par des objectifs d'intérêt général et proportionnées, contraindre un prestataire de services d'un autre État membre à souscrire à un taux de salaire, prévu par une convention collective, l'examen de la proportionnalité étant remis à la juridiction de renvoi. **30.** En septembre 2012 la Commission a retiré le projet de règlement sur l'exercice du droit de grève dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services. **31.** Dans une résolution adoptée en juin 2012, la CES réclamait à l'unanimité que la dimension sociale de l'UE, fondée sur le respect des droits sociaux fondamentaux et l'amélioration des conditions de vie et de travail, fasse partie intégrante de la gouvernance économique et budgétaire de l'UE. **32.** Et auxquelles la CJUE elle-même a trouvé bon de se référer (*aff. Laval*, pt 105), en soulignant que l'Union a non seulement une finalité économique, mais une finalité sociale y compris « l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social ». **33.** V. à ce sujet comme de *W. Jenks* dans « Le code international du travail », 1951, édition révisée (p. CVI-XCVII). **34.** Report of the High Level Mission to Greece (Athens, 19-23 Sept. 2011), § 334. **35.** N. N., *Foreign Affairs, International labor in crisis*, Apr. 1971, p. 532.

● ● ● à s'y faire représenter à un niveau approprié pour s'expliquer sur la manière dont leur action a contribué à faire advenir les promesses de plein-emploi et d'amélioration des conditions de vie et de travail inscrites dans leurs chartes respectives<sup>32</sup>.

- La deuxième serait de faire appel à l'outil normatif pour stimuler et encadrer les politiques sociales de ses membres en vue d'optimiser le parti que chaque pays peut tirer de la mondialisation de l'économie et de répartir de manière équitable les coûts et les bénéfices de l'interdépendance qu'elle engendre, y compris ceux qui sont liés aux mutations technologiques et à l'environnement. Comme il en va de tous ses instruments normatifs, les destinataires directs de cet instrument de politique sociale seraient les États. Toutefois, sur la base de la section II C. de la Déclaration sur la justice sociale de 2008, et en tenant compte de la complémentarité des mandats et finalités respectifs, il serait parfaitement envisageable d'associer de manière appropriée les organisations internationales et régionales concernées à son élaboration ainsi qu'à sa mise en œuvre.

## ► Par l'encadrement juridique des situations de nécessité économique et financière

Comme cela a été relevé plus haut, le fait de mettre entre parenthèse, en dehors de toute disposition spécifique à cet effet, les garanties liées à la ratification dans une situation de crise économique ou financière où l'on en aurait d'une certaine manière le plus besoin, paraît potentiellement très dommageable à la crédibilité des instruments conventionnels et de leur supervision. En s'inspirant entre autres de la réflexion qui avait été menée au sujet de l'impact des situations de guerre sur les obligations résultant des conventions ratifiées<sup>33</sup>, il semblerait très important de définir une doctrine, voire de mettre en place sur une base tripartite un dispositif normatif approprié pour encadrer, dans le respect du tripartisme, du dialogue social et des droits fondamentaux ce genre de situation de nécessité. C'est à une telle problématique que semble faire référence l'observation de la CEACR adressée au gouvernement grec en 2013 au sujet de la convention 98, suite à une nouvelle vague de mesures d'austérité décrites par les représentants des travailleurs comme « des règles de droit complètes ayant effet direct ». Reprenant une notion qui figurait déjà dans le rapport de la mission de haut niveau en Grèce<sup>34</sup>, la CEACR demande instamment la création d'un « espace », permettant aux partenaires sociaux de participer pleinement à la définition d'éventuelles modifications ultérieures dans le cadre des accords avec la Commission européenne, le FMI et la BCE et touchant des aspects qui constituent le cœur même des relations professionnelles du dialogue social et de la paix sociale.

L'enjeu d'un tel dispositif est aussi simple que fondamental : faire en sorte que, si le droit doit faire place à la nécessité, c'est selon les conditions qu'il fixe lui-même. Il pourrait fort bien trouver sa place dans un instrument global de politique sociale.

## 4 CONCLUSION

Sans doute l'OIT dispose-t-elle, à la veille de son centenaire, de moyens d'influence et d'action plus diversifiés que jamais auparavant. Il en est ainsi grâce notamment au développement de sa capacité de recherche et grâce à une coopération technique qui vient s'appuyer sur une structure décentralisée censée lui permettre de se rapprocher des réalités du terrain. Tout cela lui donne la possibilité d'aider et encourager ses membres à progresser vers ses objectifs même lorsqu'ils n'acceptent pas d'être liés par ses conventions.

Il n'en demeure pas moins que l'action normative reste sa colonne vertébrale et que sa capacité à adapter cet outil à la diversification des acteurs est un défi qu'elle doit absolument relever pour assurer son avenir et sa crédibilité.

On a pu voir ci-dessus qu'elle est loin d'avoir à cet égard épuisé le potentiel que lui offrent sa Constitution – et même son outil normatif, s'il est utilisé de manière plus inventive, comme cela a été fait avec la Convention du travail maritime en 2006.

Il reste cependant que l'essentiel réside dans la volonté tripartite de répondre à ce défi et de faire fructifier ce potentiel. Force est ici de constater que les événements récents ne sont guère encourageants à cet égard et que, sans une forte impulsion externe, il est douteux qu'une telle volonté novatrice parvienne jamais à se concrétiser.

Lors de la grave crise provoquée par la suspension par les États-Unis de leur contribution à l'OIT au début des années 70, un auteur anonyme mais manifestement bien informé avait déjà souligné dans la revue *Foreign Affairs* que l'OIT avait surtout besoin de *more involvement*<sup>35</sup>. Cette observation n'a rien perdu de son actualité et c'est le cas sans doute en Europe plus que partout ailleurs.

L'OIT et l'Union européenne sont nées des mêmes tragédies et des mêmes espoirs. La commémoration prochaine du centième anniversaire de la création de l'OIT, à l'issue de la plus sanglante et dévastatrice des guerres civiles européennes, devrait dépasser le cercle quelque peu confiné des *insiders* et aider l'opinion européenne éclairée à reprendre conscience d'une communauté d'inspiration et de destin. Puissent les réflexions qui précèdent y apporter leur modeste contribution. ■



# Quelques remarques sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux

Guido Raimondi, Président de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1</sup>

## 1 INTRODUCTION

L'idée selon laquelle, nonobstant le mantra constamment répété à plusieurs niveaux sur l'indivisibilité, l'universalité, l'interdépendance et la complémentarité des droits de l'homme, les droits qu'on désigne « de deuxième génération », à savoir les droits économiques et sociaux, sont protégés moins efficacement que les droits dénommés « de première génération », à savoir les droits civils et politiques, est malheureusement fondée.

On peut bien dire que sans la satisfaction des besoins humains essentiels qui forment l'objet des droits économiques et sociaux, tels que l'alimentation, l'éducation, le logement, la santé, l'accès à l'eau, des conditions de travail dignes et sûres, une protection en cas d'accident ou de maladie, un environnement sain etc., on voit mal comment la jouissance des droits civils et politiques serait possible. Cette logique apparemment imparable a dû pourtant se confronter avec la réalité politique de notre époque. Les temps les plus récents, avec la fragilisation de l'État social en fonction de l'affirmation de politiques néolibérales avec lesquelles on a cru pouvoir faire face aux défis de la globalisation et de répondre à la crise économique qui sévit depuis au moins 2008, n'ont pas vu, malgré les progrès indéniables de la jurisprudence, une révolution dans l'amélioration des droits sociaux.

Si la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 plaçait les deux catégories de droits sur le même pied, et si, le jour même où elle adoptait la Déclaration universelle, l'Assemblée générale avait demandé à la Commission des droits de l'homme de donner la priorité à la préparation d'un projet de pacte relatif aux droits de l'homme et à l'élaboration des mesures de mise en œuvre, les chemins des deux catégories de droits se sont ensuite départagés, comme chacun le sait. La VI<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale des Nations unies, en 1951, a abandonné l'idée d'un Pacte unique pour la pro-

tection des droits de l'homme en s'acheminant vers la rédaction de deux pactes séparés, qui ont finalement vu la lumière en 1966. On a donc assisté à la réalisation d'une protection à deux vitesses des deux catégories de droits.

La même situation s'est reproduite à l'échelle européenne, parce que dans notre continent l'adoption en 1950 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : la Convention), instrument essentiellement consacré à la protection des droits dits « de première génération », donc des droits civils et politiques, a été suivie, à distance de onze ans, de la Charte sociale européenne, ouverte à la signature à Turin en 1961, un instrument juridique qui, en dépit des efforts tout à fait remarquables de son mécanisme de contrôle, et notamment de son Comité européen des droits sociaux, sur lequel je vais revenir, n'est pas doté de la même efficacité, je dirais de la même capacité de pénétration de sa sœur aînée.

Le titre assez pessimiste d'un article célèbre de Pierre-Henri Imbert, ancien directeur général des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, qui se référait aux droits économiques et sociaux comme « *les droits des pauvres, pauvres droits* »<sup>2</sup>, reste valable malgré les progrès indéniables réalisés dans les dernières années et l'œuvre méritoire du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, ainsi que, pour ce qui est de notre continent, du Comité des droits sociaux de la Charte sociale européenne que j'évoquais il y a un instant.

Justement, à propos du Comité européen des droits sociaux, dont les activités seront également examinées au cours de cette journée d'études, et avant de me pencher sur l'objet de ma communication, à savoir la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, j'aimerais rendre hommage à cet organe. Comme le président de la Cour de Strasbourg, Dean Spielmann, l'a récemment rappelé, les décisions rendues par ce Comité sur des réclamations collectives constituent un riche ●●●

1. Il peut être joint à l'adresse [guido.raimondi@ecbr.coe.int](mailto:guido.raimondi@ecbr.coe.int)

2. P.-H. Imbert, *Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels*, in *Revue du droit public*, 1989, p. 739 et s.

●●● gisement jurisprudentiel. Le Comité a fait un excellent usage de cet outil juridique qui devient le moteur de la mise en œuvre des droits sociaux fondamentaux dans le cadre de la Charte sociale européenne. Pour sa part la Cour européenne des droits de l'homme, qui, il ne faut pas l'oublier, agit dans le contexte d'un instrument, la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : la Convention), qui est fondamentalement consacré à la protection des droits civils et politiques, s'est efforcée de valoriser autant que possible les « extensions sociales » des droits protégés par la Convention. Le champ matériel des deux instruments est très large, et les points de chevauchement sont nombreux. Cela va de la liberté d'association au respect de la vie familiale, de la non-discrimination au travail forcé, de l'accès à la justice aux droits des enfants. Grâce à l'interprétation dynamique qui caractérise, d'une part, le travail du Comité et, d'autre part, le travail de la Cour, ces points de chevauchement ne peuvent que se multiplier. Une prise en compte réciproque s'impose de plus en plus. Pour cela, il faut évidemment veiller à ce qu'il y ait un échange ininterrompu d'informations sur les acquis et les avancées de part et d'autre. Cela existe déjà comme en témoignent les nombreuses références et citations contenues dans nos jurisprudences respectives<sup>3</sup>. Je tenais à souligner que la collaboration entre la Cour et le Comité est féconde et sera sans doute poursuivie dans le futur.

## 2 LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

### ► Généralités

Pour revenir à la Convention européenne des droits de l'homme, on peut remarquer que dans l'esprit de ses auteurs, elle devait être un instrument dont la « juridicité » ne se prêterait pas à discussion, et dont les stipulations, et donc le respect des droits protégés, seraient aptes à un contrôle juridictionnel, aussi bien devant le juge national que devant le juge international. Ce souci les amena à insérer dans la Convention de 1950 seulement des droits dont le contenu pouvait s'appuyer sur un consensus politique suffisamment solide et qui pouvaient, en conséquence, être définis dans des termes fermes et précis pour l'essentiel, mais avec une nuance sur laquelle je vais revenir, les droits civils et politiques classiques, les seuls qui, à l'époque de la négociation de la Convention, juste après la fin de la Seconde Guerre mondiale, répondaient à ces exigences. Il s'agissait des droits classiques fondés sur l'intégrité de la personne et sur l'idée de liberté (droit à la vie, interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, ainsi que de l'esclavage et de la servitude, droit à la liberté et à la sûreté, droit au procès équitable, droit à la vie privée et familiale, liberté de pensée et d'opinion, liberté

d'expression, etc.). Je parlais d'une nuance, et en effet il ne faut pas oublier que dans la Convention et ses Protocoles on trouve la liberté syndicale, le droit de propriété, le droit à l'instruction et l'interdiction du travail forcé, qui accompagne celle de l'esclavage et de la servitude.

Par conséquent, ces exceptions mises à part, le sort des droits dits de la « seconde génération », à savoir les droits sociaux, a été pour sa part, comme je le disais il y a un instant, essentiellement renvoyé à une initiative successive du Conseil de l'Europe : la Charte sociale européenne de 1961.

Et ce, malgré l'arrêt considéré comme fondateur de sa doctrine en matière de droits sociaux (*Airey c. Irlande 1979*)<sup>4</sup>, la Cour de Strasbourg a exprimé l'idée assez forte d'après laquelle pour pouvoir s'acquitter effectivement de sa tâche consistant à protéger les droits qui lui sont confiés, des droits qui ne sont pas « théoriques et illusoire », mais « concrets et effectifs », elle ne pouvait pas négliger les conditions préalables à leur exercice, même si ses conditions ont trait à la satisfaction de besoins sociaux, et donc elle s'est avancée dans un terrain qui est vu comme un « prolongement social », une « extension sociale » des droits civils et politiques protégés par la Convention.

Dans cette affaire, il s'agissait d'une dame qui, dépourvue des moyens économiques nécessaires, n'avait pas la possibilité de saisir la justice, et donc de jouir du droit d'accès au juge couvert par l'article 6 de la Convention. En répondant à l'argument du gouvernement défendeur, qui s'était justement appuyé sur la nature à son avis exclusivement « civile et politique » des droits protégés par la Convention pour écarter la protection demandée par la requérante, qui d'après lui relevait du domaine des droits sociaux, la Cour forgea la fameuse phrase sur le manque de véritable séparation, de cloison étanche, qui diviserait les deux catégories de droits. Or, même si notre temps est limité, il vaut la peine, je crois, de citer le passage pertinent de cet arrêt fondamental :

« La Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances. D'un autre côté, la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui [...], et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu [...]. Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. [...] la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention. »<sup>5</sup>

C'était donc l'affirmation solennelle du principe de l'indivisibilité des droits de l'homme, la base à partir de laquelle la Cour de Strasbourg a pu développer sa jurisprudence en matière de droits sociaux.

3. D. Spielmann, Discours prononcé à l'occasion de la rencontre avec le Comité européen des Droits sociaux, Agora 13 mai 2013, disponible sur le site [www.coe.int](http://www.coe.int).

4. CEDH (ch.), 9 oct. 1979, req. n° 6289/73, *Airey c. Irlande*.

5. CEDH, *Airey c. Irlande*, op. cit., § 26.

Cette jurisprudence est très importante, et reflète ce que le Professeur Frédéric Sudre a défini avec une expression très efficace la « perméabilité de la Convention aux droits sociaux »<sup>6</sup>, mais il ne faut pas oublier que la Convention reste un instrument essentiellement consacré aux droits classiques « de première génération », et la protection des droits sociaux n'intervient donc qu'à titre secondaire, dans la stricte mesure où elle s'impose pour permettre la jouissance des droits civils et politiques protégés par la Convention. En effet la doctrine parle de « protection par ricochet »<sup>7</sup>.

C'est un élément qu'il faut garder à l'esprit, si on veut éviter le risque de nourrir des attentes exagérées concernant les possibilités de la Cour de Strasbourg dans ce domaine. Cela sans vouloir, naturellement, minimiser l'impact de cette jurisprudence, qui est universellement reconnu comme très important<sup>8</sup>.

Il est évidemment impossible dans le temps imparti de vous offrir une analyse complète de cette jurisprudence, donc je m'efforcerai de vous en illustrer les aspects les plus saillants. Auparavant, je voudrais quand même rendre hommage aux collègues de la Cour de Strasbourg dont la sensibilité particulière pour les droits sociaux les a amenés à consacrer à cette jurisprudence des études complètes et méthodologiquement irréprochables, que je citerai dans la version écrite de cette brève présentation. Je pense en particulier à Françoise Tulkens, ancienne juge élue au titre de la Belgique et ancienne vice-présidente de la Cour, et à Giorgio Malinverni, ancien juge élu au titre de la Suisse. En outre, je peux me référer à la liste des affaires pertinentes de la Cour de Strasbourg qui fait partie de la documentation du Séminaire et qui mentionne un nombre d'arrêts décidément supérieur à ceux que je pourrai citer et commenter aujourd'hui.

De manière générale, on peut reconnaître dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg trois grands courants au sein desquels les « prolongements sociaux » des droits protégés par la Convention ont pu trouver protection. On fait donc la distinction entre les droits qui sont déduits des droits substantiels de la Convention, les droits qui dérivent des dispositions qui protègent les droits procéduraux des individus et finalement les droits qu'on a pu affirmer sur la base du principe de non-discrimination.

Cette approche méthodologique dans l'étude de cette jurisprudence est due à Giorgio Malinverni<sup>9</sup>, et je la trouve absolument appropriée. Parmi les droits déduits des dispositions substantielles de la Convention on peut compter le droit à la santé, le droit au logement, la protection des personnes handicapées, et la lutte à la pauvreté. Les garanties de procédure de la Convention ont permis de donner une certaine protection au droit au travail, au droit aux assurances sociales et au droit à la pension. Finalement la Cour a utilisé le principe de non-

discrimination contenu dans l'article 14 de la Convention pour assurer la protection de certains bénéficiaires en matière d'assistance sociale.

Comme je le disais, le temps à notre disposition ne permet pas une analyse exhaustive. Je me concentrerai donc sur trois points : le droit à la santé, la lutte à la grande pauvreté et les techniques utilisées par la Cour pour la protection des prestations sociales, notamment le principe de non-discrimination.

### ► Droit à la santé

À propos du droit à la santé, la Cour a mis en valeur pour l'affirmer trois dispositions de la Convention, à savoir l'article 2 (droit à la vie), l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants) et l'article 8 (droit à la protection de la vie privée et familiale).

Sous l'angle de l'article 2, dans l'affaire *L.C.B. c. Royaume-Uni*<sup>10</sup>, la Cour a affirmé le principe d'après lequel on peut déduire de l'article 2 le droit à la santé. Dans le cas d'espèce, les requérants étaient les enfants d'ouvriers qui avaient travaillé dans une centrale nucléaire et avaient été exposés à des doses élevées de radiations. Les requérants alléguaient qu'à cause de cette exposition aux radiations, leurs parents étaient atteints de la leucémie. La requête a été rejetée, mais seulement parce que les requérants n'ont pas été à même de prouver le lien de causalité entre l'exposition aux radiations de leurs parents et leur maladie, mais la Cour a reconnu le principe de la déductibilité du droit à la santé de l'article 2. Je citerai aussi dans ce contexte de l'article 2 la décision *Nitecki c. Pologne*<sup>11</sup>, dans laquelle la Cour a affirmé que cette disposition pourrait être violée si l'État refusait de rembourser à un individu le coût d'un médicament qui pourrait lui sauver la vie<sup>12</sup>.

L'article 3 – qui interdit la torture et les peines et traitements inhumains et dégradants – a été utilisé dans ce contexte du droit à la santé notamment pour la santé des détenus. La jurisprudence est abondante. Je citerai seulement l'arrêt *Kudla c. Pologne* de 2006, dans lequel la Grande chambre de la Cour a affirmé que l'article 3 de la Convention exige des autorités en charge des lieux de détention qu'elles fassent en sorte que la santé des détenus soit sauvegardée. Les autorités ont donc l'obligation de fournir aux détenus des soins adéquats<sup>13</sup>.

Je mentionnerai aussi, pour ce qui est du droit à la santé, un arrêt qui a utilisé l'article 8 de la Convention sur la protection de la vie privée et familiale. Il s'agit de l'arrêt *Roche c. Royaume-Uni* de 2005. Le requérant, un militaire à la retraite qui avait été soumis pendant son service au sein de l'armée britannique à plusieurs tests, alléguait que les différentes maladies dont il était atteint avaient justement leur origine dans ces tests et il se plaignait, en invoquant les articles 8 et 10 (liberté d'expression) de la Convention, de ne pas avoir reçu une information adéquate concernant les risques ●●●

6. Cf. F. Sudre, *La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux*, in *Mélanges offerts à J. Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 46.

7. F. Sudre, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction » ?* in *RTDH*, 2003, p. 760.

8. V. F. Sudre, précité, p. 754 ; F. Tulkens, *Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, in C. Greve et F. Benoit-Robmer (éds), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 117 ; R. Tirmen, *Human Rights and Poverty*, in L. Caflisch et al. (éds), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights – Strasbourg Views. Droits de l'homme – Regards de Strasbourg*, Strasbourg/Kehl/Arlington, N.P. Engel, 2007, p. 447.

9. G. Malinverni, *The Court of European Human Rights, the protection of social rights, its relationship with the European Committee of Social Rights*, in M. D'Amico and G. Guiglia (éds), *European Social Charter and the Challenges of the XXI century*, Naples, 2014, *Edizioni scientifiche italiane*, p. 97.

10. CEDH, 9 juin 1998, *L.C.B. c. Royaume-Uni*.

11. CEDH (1<sup>re</sup> sect.), 21 mars 2002, req. n° 65653/01, *Nitecki c. Pologne*, déc. (irrec.).

12. CEDH, *Nitecki c. Pologne*, précité.

13. CEDH (GC), 26 oct. 2006, req. n° 30210/96., *Kudla c. Pologne* (GC).



●●● auxquels il avait été exposé. Dans ce cas la Cour a trouvé une violation de l'article 8 en remarquant que le Royaume-Uni n'avait pas respecté les obligations positives découlant de cet article parce qu'il n'avait pas mis en place une procédure qui aurait permis au requérant d'avoir accès aux informations concernant la dangerosité des tests auxquels il avait été soumis<sup>14</sup>.

### ► Grande pauvreté

Pour ce qui est de la lutte contre la grande pauvreté, la première affaire dans laquelle la Cour a reconnu que l'extrême pauvreté peut être contraire à l'article 3 est l'affaire *Moldovan c. Roumanie* de 2005. Il s'agit d'un cas particulier, dans lequel il était aussi question de discrimination raciale mais, en tout cas, la Cour a constaté que vivre pendant des années dans des conditions d'extrême pauvreté s'analyse en un traitement « dégradant » qui est dès lors interdit par l'article 3 de la Convention<sup>15</sup>.

Auparavant, la Cour, tout en affirmant que des conditions d'extrême pauvreté pouvaient poser un problème à l'égard de l'article 3, était toujours parvenue à la conclusion que le seuil minimum de gravité qui fait déclencher la protection de l'article 3 n'avait pas été atteint, comme dans le cas *Larioshina c. la Fédération de Russie* de 2002. Dans cette affaire, pourtant, elle avait affirmé qu'une pension nettement insuffisante – en l'espèce il s'agissait d'une pension de 25 euros par mois – pouvait soulever un problème sous l'angle de l'article 3<sup>16</sup>.

### ► Prestations sociales

Finalement, pour ce qui est des prestations sociales, il y a d'abord un arrêt de très grande importance, *Stec c. Royaume-Uni* qui a en effet admis que la notion de « biens », contenue dans l'article 1 du Protocole additionnel, pouvait recouvrir l'ensemble des prestations et allocations sociales, sans faire des distinctions entre celles contributives et celles non contributives. La Cour observa dans cet arrêt que, dans un État démocratique moderne, « beaucoup d'individus, pour tout ou partie de leur vie, ne peuvent assurer leur subsistance que grâce à des prestations de sécurité ou de prévoyance sociales. De nombreux ordres juridiques internes reconnaissent que ces individus ont besoin d'une certaine sécurité et prévoient donc le versement automatique de prestations, sous réserve que soient remplies les conditions d'ouverture des droits en cause. Lorsque la législation interne reconnaît à un individu un droit à une prestation sociale, il est logique que l'on reflète l'importance de cet intérêt en jugeant l'article 1 du Protocole n° 1 applicable »<sup>17</sup>.

Cet encadrement juridique permet donc une protection assez poussée des prestations sociales indépendamment du fait que l'intéressé ait cotisé ou non pour bénéficier de la prestation en question. Naturellement cette jurisprudence n'implique pas la création de prestations sociales au-delà de celles qui sont prévues par la législation nationale, mais oblige les autorités nationales à traiter ces presta-

tions avec le même respect qu'elles sont tenues d'exercer vis-à-vis de tout autre bien.

Certes, il ne s'agit pas, de toute manière, d'un droit absolu, et donc même la protection de ces prestations doit céder face à des exigences prépondérantes de la collectivité, comme on l'a constaté avec les mesures drastiques prises par les autorités grecques dans le contexte de la crise économique et financière, des mesures contrôlées par la Cour<sup>18</sup>. Par ailleurs, même dans un cas de réduction de prestation à cause de la crise, dès lors qu'elle a constaté que l'intervention étatique a été excessive, la Cour n'a pas hésité à protéger la prestation, comme dans l'affaire *N.K.M. c. Hongrie* de 2013<sup>19</sup>, concernant une indemnité de licenciement qui avait été surtaxée.

Mais, en matière de prestations sociales, l'aspect peut-être le plus intéressant est celui découlant de l'utilisation du principe de non-discrimination posé par l'article 14 de la Convention. Cette disposition, comme on le sait, n'a pas une portée autonome, parce qu'elle protège de la discrimination seulement dans la jouissance des droits protégés par la Convention, mais la jurisprudence de la Cour concernant les « droits additionnels », à savoir les droits que l'État accorde sans y être obligé par la Convention, mais entrent quand même « dans le champ d'application » de l'une des dispositions substantielles de la même Convention, a affaibli ce lien en donnant à l'article 14 ce qu'on pourrait appeler une « autonomie relative ».

Si un État, sans y être obligé, accorde un droit qui tombe dans le champ d'application de l'une de ces dispositions substantielles, alors il doit le faire sans discrimination, c'est-à-dire dans le respect de l'article 14. L'application de l'article 14 ne présuppose pas nécessairement la violation de l'un des droits matériels garantis par la Convention. Il faut que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'un au moins des articles de la Convention<sup>20</sup>.

Dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996, §§ 42-52, qui concernait un travailleur turc qui avait légalement séjourné en Autriche et y avait travaillé pendant certaines périodes, en payant des contributions à la caisse d'assurance chômage, au même titre et sur la même base que les ressortissants autrichiens, et qui s'était vu refuser une prestation prévue par la loi sur l'assurance chômage, à savoir l'allocation d'urgence, parce que ces prestations étaient réservées aux travailleurs de nationalité autrichienne. Comme toutes les conditions pour la jouissance du droit, y compris au niveau de la contribution, étaient réunies, sauf la nationalité, la Cour a estimé que les faits tombaient « sous l'empire » de l'article 1 du Protocole et, faute de justification valable fournie par le gouvernement autrichien, a trouvé une violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole.

Dans ce contexte, la Cour a également valorisé l'article 8. Dans un arrêt récent, *Markin c. Fédération de Russie* (GC), du 22 mars 2012, la

14. CEDH (GC), 13 oct. 2005, req. n° 32555/96, *Roche c. Royaume-Uni*.

15. CEDH (2<sup>e</sup> sect.), 12 juill. 2005, req. n° 41138/98 et 64320/01, *Moldovan c. Roumanie* (définitif depuis le 30 novembre 2005).

16. CEDH (2<sup>e</sup> sect.), 23 avr. 2002, req. n° 56869/00, *Larioshina c. Russie* déc. (irrec.).

17. CEDH (GC), 6 juill. 2005, req. n° 65731/01 et 65900/01, § 51, *Stec et a. c. Royaume-Uni*.

18. Cf. par ex. CEDH (1<sup>re</sup> sect.), 7 mai 2013, req. n° 57665/12 et 57657/12, spéc. § 42-47, *Koufaki et Aledy c. Grèce*, déc. (irrec.).

19. CEDH (2<sup>e</sup> sect.), 14 mai 2013, req. n° 66529/11, *N.K.M. c. Hongrie*, (définitif depuis le 4 novembre 2013).

20. CEDH (plén.), 28 mai 1985, req. n° 9214/80 9473/81 et 9474/81, § 71, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* ; CEDH (cb.), 18 juill. 1994, req. n° 13580/88, § 22, *Karlbeinz Schmidt c. Allemagne* ; CEDH (cb.), 27 mars 1998, req. n° 20458/92, § 22, *Petrovic c. Autriche*.



Cour a trouvé une violation des articles 14 et 8 combinés du fait que la Russie accordait un congé parental aux militaires, mais seulement aux femmes.

### 3 CONCLUSION

En guise de conclusion, en reprenant une idée que j'ai exprimée pendant cette intervention, je dirais qu'il y a encore une riche jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière de droits sociaux

et économiques. Cependant, il ne faudrait pas penser que le système de la Convention pourrait donner toutes les réponses nécessaires. La protection des droits sociaux offerte par la Cour de Strasbourg reste une protection « par ricochet » et, pour utiliser l'expression de Françoise Tulkens, « *ancillaire* » vis-à-vis de la protection des droits civils et politiques auxquels la Convention est consacrée. Celle de la Cour de Strasbourg est donc une action efficace, mais largement lacunaire. Il appartient à l'action de la communauté internationale de combler ces lacunes. ■

# La protection des droits fondamentaux par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) face aux mesures d'austérité imposées à la Grèce

**Petros Stangos**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Aristote de Thessalonique, Chercheur-résident à l'Institut d'études avancées de Nantes (2014-2015), Membre (depuis 2009) et vice-président (2015-2016) du Comité européen des droits sociaux, Conseil de l'Europe<sup>1</sup>

## 1 INTRODUCTION

Le Comité européen des droits sociaux (CEDS ou « Comité ») a adopté en 2012, dans le cadre de l'une des deux procédures de contrôle de l'application de la Charte sociale européenne (CSE ou « Charte ») qu'il administre – la procédure de réclamations collectives –, sept décisions à l'encontre de la Grèce. Dans ces décisions, le Comité a condamné la Grèce pour violation de plusieurs dispositions de la Charte sociale européenne de 1961<sup>2</sup>, du fait de l'adoption de mesures législatives consacrant la tristement célèbre politique d'austérité. Par souci de concision et de simplicité, ces décisions, ainsi que les réclamations collectives y afférentes, seront ci-après dénom-

mées « décisions grecques » (ou « réclamations grecques »). Les sept décisions grecques n'existent en réalité qu'au nombre de trois. Le 23 mai 2012, le Comité a adopté deux décisions portant sur les réclamations n<sup>os</sup> 65/2011 et 66/2011<sup>3</sup>, introduites par les mêmes organisations syndicales, mais reposant sur une base juridique différente. Le 7 décembre 2012, le CEDS a adopté cinq décisions. Parmi celles-ci, une seule était « l'originale » : la décision sur la réclamation n<sup>o</sup> 76/2012<sup>4</sup>. Les quatre autres réclamations n'en étaient que des adaptations, parce que les allégations de violation de la Charte étaient les mêmes dans ces cinq réclamations, bien qu'elles aient été présentées par des requérants différents. ●●●

<sup>1</sup> Les opinions exprimées dans cet article n'engagent pas l'institution du Conseil de l'Europe à laquelle l'auteur appartient.

<sup>2</sup> Dans la suite du texte, l'expression « Charte sociale européenne de 1961 » (ou son équivalent « Charte sociale européenne dans sa version de 1961 ») sera rarement utilisée. Il sera systématiquement question de la « Charte (sociale européenne) » ou de la « CSE ». En fait, il est communément admis, tant dans la doctrine que ○○○

○○○ dans la pratique, que les deux termes précédents désignent le texte de la Charte sociale européenne révisée, conclue en 1996 (STCE n° 163). Le texte contient des articles allant de 1 à 31 (partie II) et de A à O (parties III et IV), étant entendu que, d'une part, l'État qui a signé et ratifié la Charte de 1961 (STCE n° 35), comme c'était le cas de la Grèce jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2016 (voir infra, note 18), est lié seulement par les articles allant de 1 à 19, lesquels sont ceux de la Charte de 1961, et que, d'autre part, l'État qui a signé et ratifié la Charte révisée de 1996 est lié par les dispositions précédentes, plus les articles allant de 20 à 31, ainsi que les articles des parties III et IV, qui ont été ajoutés à la Charte révisée.

3. Déc. 23 mai 2012, récl. n° 65/2011, CEDS, Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce ; Déc. 23 mai 2012, récl. n° 66/2011, CEDS, GENOP-DEI et ADEDY.

4. Déc. 7 déc. 2012, récl. n° 76/2012, CEDS, Fédération des Pensionnés Salarisés de Grèce (IKA – ETAM) c. Grèce.

5. L'article 4§4 de la CSE consacre le droit de tous les travailleurs à bénéficier d'un délai de préavis raisonnable dans le cas où la cessation de son contrat de travail est envisagée. Voir CEDS, Déc. sur récl. n° 65/2011, op.cit., § 28.

6. CEDS, Déc. sur récl. n° 66/2011, op.cit., §§ 32, 41, 49 et 70. L'article 7§7 de la CSE oblige les parties à fixer, à trois semaines au minimum, la durée des congés payés annuels des travailleurs de moins de 18 ans, tandis que l'article 10 §2 oblige les États à assurer ou à favoriser un système d'apprentissage ainsi que tout autre système de formation des jeunes garçons et filles, dans leurs divers emplois.

7. CEDS, Déc. sur récl. n° 76/2012, op.cit., §§ 13, 66, 72 et 83. ○○○

●●● Les réglementations nationales qui participent à des politiques d'austérité ont gagné en intensité et en contenu dans les États membres de l'Union européenne, de manière assurément variable selon les États, depuis que la crise financière, qui a éclaté aux États-Unis en 2008, s'est « intériorisée » en Europe, affectant la zone euro, noyau dur de l'UE. Les circonstances économiques dans lesquelles cette typologie de mesures est devenue monnaie courante en Europe, sont l'endettement public excessif des États, ainsi que la formation de déficits importants dans les budgets nationaux. Les moyens législatifs et réglementaires inscrits au registre des mesures d'austérité se répartissent en deux catégories, qui s'articulent pour former des politiques publiques cohérentes. D'un côté, on trouve des mesures qui visent la baisse des dépenses sociales de l'État et qui poursuivent également deux objectifs complémentaires : le retour à l'équilibre, voire à l'excédent, de la balance des paiements, et l'élimination consécutive de la nécessité de recourir, dans un avenir plus ou moins proche, à l'emprunt extérieur pour financer le fonctionnement de l'État. De l'autre côté, on trouve une autre série de mesures d'austérité qui cherchent à instaurer de la flexibilité dans la gestion du marché du travail. Ces deux séries de mesures vont de pair car elles visent, indirectement pour les premières et directement pour les secondes, un accroissement de la compétitivité des agents économiques privés.

Les réglementations législatives visées par les deux premières réclamations grecques, se rangent dans la deuxième catégorie de mesures d'austérité. Dans la réclamation n° 65/2011, la loi prévoyait, en effet, qu'un contrat à durée indéterminée pouvait être interrompu pendant la période d'essai sans préavis ni indemnité de licenciement, ce que le CEDS a jugé incompatible avec l'article 4 § 4 de la CSE<sup>5</sup>. Dans la réclamation n° 66/2011, la législation portant sur les contrats spéciaux d'apprentissage conclus entre employeurs et jeunes employés âgés de 15 à 18 ans, lesquels sont exemptés de plusieurs dispositions du droit du travail, fut jugée contraire, entre autres, aux articles 7 § 7, 10 § 2 de la Charte, ainsi que 4 § 4 qui consacre le droit des travailleurs à une rémunération suffisante pour leur assurer, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie décent<sup>6</sup>. Par contre, dans la réclamation « originale » n° 76/2012, un écheveau de onze lois, votées par le Parlement hellénique entre mi-2010 et janvier 2012, imposant des coupes budgétaires sévères, avait entraîné une baisse importante des pensions de retraite – de base ou complémentaires – perçues par les affiliés de plusieurs caisses de Sécurité sociale et travaillant dans le secteur public de l'économie nationale. Le CEDS a conclu à la violation par la Grèce de l'article 12 § 3 de la Charte, qui oblige les gouvernements, en vue d'assurer l'exercice effectif par les travailleurs du droit à la Sécurité sociale,

à s'efforcer de porter progressivement le régime de Sécurité sociale à un niveau plus haut<sup>7</sup>.

Cependant, au cours des huit dernières années, le Comité s'est, à plusieurs reprises, prononcé sur l'incompatibilité, avec des obligations qui résultent des dispositions de la Charte consacrant des droits sociaux concrets, de réglementations nationales, par l'intermédiaire desquelles les États parties à la Charte impliqués dérogeaient, au nom de l'austérité, aux deux axiomes qui guidaient jusqu'alors la puissance publique dans ses rapports avec la société de marché : l'interventionnisme keynésien et la démocratie sociale. Les décisions grecques marquent toutefois un tournant dans la persévérance du Comité à juger les mesures d'austérité incompatibles avec les dispositions de la Charte, dans la mesure où le Comité, en tant qu'organe d'application de la Charte, a entendu donner à ces décisions une valeur normative accrue, censée se répercuter sur son travail d'élaboration du droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, que consacre la Charte. Nous aborderons successivement les deux démarches adoptées par le Comité respectivement dans le cadre des décisions grecques et, au-delà de celles-ci, dans le cadre du *monitoring* qu'il exerce à l'égard de l'ensemble des États parties à la Charte.

## 2 LA VALEUR NORMATIVE DES DÉCISIONS DU CEDS

Dans la première réclamation grecque de 2011, l'argumentation développée par le gouvernement défendeur, selon laquelle les mesures en question avaient été impérativement justifiées par l'exigence de remédier à la crise économique et financière dans laquelle le pays s'était enfoncé, fut examinée par le Comité sur la base d'un dispositif distinct. Le CEDS a fait preuve, en premier lieu, d'une certaine bienveillance quant à la faculté pour tout État partie à la Charte, de prendre des remèdes à la crise, qui auraient un impact négatif sur la protection des droits sociaux : « *la crise peut légitimement conduire* [dans l'un ou l'autre des droits garantis par la CSE] *à des réaménagements des dispositifs normatifs et des pratiques en vigueur en vue de limiter certains coûts pour les budgets publics ou d'alléger les contraintes pesant sur les entreprises* ». Toutefois, il ajoute, aussitôt après, que ces « *réaménagements ne sauraient se traduire par une précarisation excessive des bénéficiaires de droits reconnus par la Charte* »<sup>8</sup>.

Ce dispositif est presque intégralement repris dans les deux autres décisions de 2012 et il est ainsi devenu le dispositif commun aux trois décisions<sup>9</sup>. Tel qu'il fut intégré dans la première décision grecque, il présente les caractéristiques d'un *obiter dictum* : il se range aux côtés des « questions liminaires » de la décision, qui ne contiennent aucune appréciation juridique. surtout, utilisé par le Comité pour signaler un problème social

aigu généré par les politiques d'austérité – c'est-à-dire la « précarisation » des titulaires des droits sociaux garantis par la Charte –, il n'a eu aucune incidence sur le raisonnement suivi dans la décision en vue d'aboutir à la constatation de la violation, par les mesures d'austérité incriminées, de la disposition applicable de la Charte. En outre, le concept déterminant dans la décision, à savoir la « précarisation », voire la précarité, est de prime abord surprenant. Le terme n'est nullement consacré par le système normatif de la Charte ; il n'apparaît ni dans sa version de 1961, ni dans la Charte révisée de 1996. Pourtant, il n'est pas sans rapport avec un autre concept, celui de vulnérabilité des individus ou des groupes de population, qui lui occupe une fonction significative au sein de la jurisprudence du Comité. Selon la doctrine, le concept de précarité est proche de celui de vulnérabilité<sup>10</sup>. Dans le cadre de la jurisprudence du CEDS, le concept de vulnérabilité, chaque fois qu'il est évoqué au sujet d'un groupe de la population revendiquant des droits consacrés par la Charte, devient aux mains du Comité un outil œuvrant dans le sens de l'élargissement des obligations qui sont à la charge des débiteurs des droits en question<sup>11</sup>.

En tout cas, ledit dispositif a perdu les caractères d'*obiter dictum* qu'il revêtait dans la première décision grecque, dès qu'il fut repris dans la deuxième décision du 23 mai 2012 (dans laquelle, en outre, le concept central de « précarisation » cède sa place, toujours dans les « questions liminaires », à un truisme : la « déstabilisation » de la « situation de ceux qui jouissent des droits qui leur sont reconnus par la Charte ») et, plus encore, dans la troisième décision grecque de décembre 2012, où il est remplacé par un véritable énoncé normatif se rapportant à la protection contre la pauvreté.

Dans la deuxième décision grecque du 23 mai 2012, la préoccupation qu'exprime le CEDS dans le dispositif en question « fusionne » avec la démarche interprétative que l'organe d'application de la Charte entend, régulièrement, au sujet de l'article 4 § 1 de la CSE, disposition applicable en l'espèce. Dans le cadre de cette démarche interprétative habituellement empruntée par le Comité, la méthode utilisée aux fins d'évaluer le « niveau de vie décent » vise à révéler, à juste titre, les politiques publiques qui plongent les individus dans une situation de pauvreté<sup>12</sup>. Ainsi, dans la deuxième décision de 2012, le Comité a été appelé à décider s'il y avait violation de la disposition en question par la loi hellénique établissant un nivellement indifférencié des personnes de moins de 25 ans au plus bas niveau des salaires sans tenir compte des différences d'âge et de situation (études, situation familiale, etc.), et ce, sur la seule base de leur première insertion dans le marché du travail. Il a d'abord reconnu la nécessité de cette mesure (« *Il est possible de payer un salaire minimum moins élevé aux jeunes dans certaines circonstances* [par exemple lorsqu'ils sui-

vent une formation d'apprentissage ou sont engagés dans une formation professionnelle]. *Une telle réduction du salaire minimum peut favoriser l'accès des jeunes travailleurs au marché du travail et peut également être justifiée par une tendance statistique selon laquelle ils encourent en moyenne moins de dépenses que d'autres catégories de travailleurs en ce qui concerne le logement, le soutien familial et les autres coûts de la vie.* »). Par la suite, le CEDS, après avoir appliqué la méthode issue de l'interprétation régulière de l'article 4 § 1, conclut que « *le salaire minimum payé aux jeunes en question apparaît maintenant être en deçà du seuil de pauvreté* » et qu'il y a, par conséquent, violation de l'article 4 § 1 de la CSE<sup>13</sup>.

Cependant, la donne change avec la décision grecque du 7 décembre 2012. Dans cette décision, le dispositif original n'est pas intégré dans les « questions liminaires », mais il figure désormais dans la partie de la décision comportant l'appréciation en droit du litige. Devant se prononcer sur la violation alléguée de l'article 12 § 3 de la CSE par des mesures de réductions drastiques des pensions de retraite des affiliés de plusieurs caisses de Sécurité sociale, le CEDS a considéré, sur la base des données fournies par les requérants et non contestées par le gouvernement, que « *l'effet cumulé des restrictions arrêtées [...] est de nature à entraîner une dégradation significative du niveau de vie et des conditions de vie d'un nombre important de pensionnés qu'elles concernent* »<sup>14</sup>. Poursuivant sa réflexion, le CEDS remarque que le gouvernement n'avait pas discuté avec les requérants des études disponibles relatives à l'impact négatif des mesures contestées sur les pensionnés (qui « *représentent les intérêts d'un nombre significatif de catégories touchées par ces mesures* ») et qu'il n'avait pas non plus « *recherché si d'autres mesures ne pouvaient être mises en œuvre, en vue de limiter les effets cumulatifs des restrictions contestées sur les pensionnés* ». Sur la base de tous ces éléments, le Comité tire la conclusion que ces mesures « *(risquent d'entraîner une paupérisation) massive d'une portion importante de la population* »<sup>15</sup> et, par conséquent, qu'elles constituent une violation de l'article 12 § 3 de la CSE<sup>16</sup>.

En vertu de cette décision, la préoccupation du Comité de désigner le problème social issu de la politique d'austérité en mettant l'accent sur une propriété concrète du problème (la paupérisation, voire l'état de pauvreté), participe inéluctablement à infléchir les orientations dans l'appréciation juridique de la situation et les priorités de son intervention afin d'y remédier. L'énoncé qui précède la prononciation de la violation de la Charte, notamment par l'entremise du concept de « risque de paupérisation », tend explicitement à montrer que l'État, dans le contexte de crise économique et par les mesures qu'il adopte dans le champ d'application des droits consacrés par la Charte, pousse, intentionnellement ou non, une population dans un état de pauvreté, non pas en détériorant ●●●

○○○ 8. CEDS, Déc. sur récl. n° 65/2011, op.cit., 17.  
 9. Voir § 13 du CEDS, Déc. sur récl. n° 66/2011 (op.cit.) et § 75 de Déc. sur récl. n° 76/2012 (op.cit.)  
 10. Voir à ce propos M.-H. Soulet, *La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence*, in L. Bourgeois-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Éditions Pedone, 2014, pp. 7-29.  
 11. C'est la jurisprudence, initiée au sujet des personnes handicapées, dite *Autisme-Europe* de 2003 (CEDS, Déc. sur le bien-fondé, récl. n° 13/2002, 4 nov. 2003) qui a amorcé l'idée que, dans les cas où une partie de la population se trouve systématiquement défavorisée, voire rendue vulnérable, l'adoption de mesures positives par l'État concerné puisse s'imposer sur la base de la disposition de la Charte applicable en l'espèce. Cette nouvelle obligation « positive » de l'État vient s'ajouter à son devoir de ne pas nuire aux intérêts protégés par la même disposition.  
 12. V. l'observation interprétative de l'article 4 § 1, in CEDS, concl. XIV-2 (1998). La méthodologie consiste à considérer qu'un niveau de vie décent est acquis lorsque la rémunération est supérieure au seuil minimal, fixé à 50 % du salaire moyen net. Tel est en effet le cas lorsque le salaire versé le plus faible est supérieur à 60 % du salaire moyen national net. Si le salaire le plus faible se situe entre 50 % et 60 % du salaire moyen net, il appartient à l'État partie de s'assurer que ce salaire permette de maintenir un niveau de vie décent. Pour une application concrète de cette méthodologie, qui a abouti, du reste, à une décision de non-conformité avec l'article 4 § 1 de la CSE, v. CEDS, concl. XX-3 (2014), Allemagne, p. 12.  
 13. CEDS, Déc. sur récl. n° 66/2011, op.cit., §§ 60, 64 et 65.  
 14. CEDS, Déc. sur récl. n° 76/2012, op.cit., § 78.  
 15. Les italiques entre parenthèses sont de l'auteur.  
 16. *Idem*, § 81.



○○○ 17. V. Champeil-Desplats, E. Millard, *Efficacité et énoncé de la norme*, in P. Hammeje et al. (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif. Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso (accessible in [www.balsbs-00937406](http://www.balsbs-00937406)), 2013.

18. E. Millard, *Qu'est-ce qu'une norme juridique ?* *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21 (Dossier : La normativité), janv. 2007 (accessible in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cabier-n-21/>).

19. V. à ce propos supra, note 2.

20. La Grèce a adhéré à la Charte sociale européenne révisée le 1<sup>er</sup> mai 2016, à la suite d'une loi de ratification approuvée par le Parlement hellénique le 14 janvier 2016 (L. n° 4359/2016, publiée in *Gazette officielle* n° 54/20.1.2016).

21. La Charte des droits fondamentaux de l'UE, conclue quatre ans plutôt que la CSER, est l'autre instrument des droits de l'homme qui renferme la même qualité, bien qu'elle reconnaisse, toutefois, que la CSER fut sa source d'inspiration. Voir l'article 34 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui stipule qu'« afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes ». Selon les « Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux », qui ont été initialement prises sous la responsabilité du président de la Convention qui avait élaboré, en 2000, la Charte (JOUE, C 303/17, 14 déc. 2007), l'article 34 § 3 « s'inspire » de l'article 30, ainsi que de l'article 31 (droit au logement) de la Charte sociale européenne révisée.

22. D. Zamora, *Plaidoyer contre le respect des pauvres*, *Politique. Revue des débats*, janv.-févr. 2014, n° 83, p. 40. ○○○

●●● la situation de pauvreté dans laquelle elle se trouve déjà, mais en la créant, de par son interférence dans la trajectoire de vie des individus qui la composent, alors même que cette population ne se caractérisait pas par son ancrage dans une situation de pauvreté. Ainsi, l'énoncé originalement abstrait et général devient, désormais, concret et singulier<sup>17</sup>. En acquérant une signification prescriptive, qui soumet l'État à une interdiction (ne pas placer un groupe de population en situation de pauvreté), l'énoncé prend les traits d'une norme<sup>18</sup>, laquelle, pourtant, n'a pas d'existence autonome : elle est censée assister la norme explicitement garantie par la Charte – l'article 12 § 3 –, en lui assurant une application effective.

### 3 LA CONSOLIDATION PAR LE CEDS DE L'EFFECTIVITÉ DES DROITS PROTÉGÉS

Grâce à la norme issue des décisions du CEDS, concernant les mesures adoptées par les politiques grecques d'austérité, la Charte sociale européenne dans sa version de 1961, est désormais dotée d'un concept normatif qui lui faisait défaut : la protection contre la pauvreté. Or, cette protection n'est explicitement garantie qu'aux citoyens des États parties de la Charte sociale européenne révisée de 1996, qui comporte désormais l'article 30 (« le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale »)<sup>19</sup>. Aujourd'hui, sur les quarante-trois États parties à la Charte, huit continuent d'être liés par la Charte de 1961. Parmi ceux-ci figurent des États économiquement et démographiquement forts comme le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Espagne ou la Pologne. En 2011-2012, époque à laquelle les réclamations ont été faites et les décisions prises, la Grèce faisait partie, elle aussi, de cette catégorie d'États<sup>20</sup> et, par conséquent, elle n'était pas liée par les dispositions de l'article 30 de la Charte. Toutefois, comme nous le verrons par la suite, la situation particulière de la Grèce, objet de l'appréciation juridique du CEDS, n'interdisait pas le CEDS d'étendre au pays le récit normatif élaboré sur le problème social généré par les mesures d'austérité : à savoir la pauvreté. Inversement, la contribution normative des décisions grecques dans le domaine de la protection contre la pauvreté, telle qu'elle a été accomplie dans le champ d'application de la Charte de 1961, encouragea le Comité, peu de temps après ses décisions de 2012, à s'engager dans une tentative de consolidation de l'application effective de l'article 30 de la Charte.

En fait, l'incorporation de l'article 30 dans la Charte fut une conséquence de ces bouleversements qui a marqué, à son tour, la Charte en tant que seul instrument juridique non étatique de protection des droits de l'homme consacrant le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion<sup>21</sup>. Malgré le libellé de l'article 30, qui laisse penser que les rédacteurs du Traité avaient épousé la vision néolibérale de la pauvreté (les pauvres sont supposés

être « protégés » des préjudices identitaires et du mépris social qu'ils subissent en raison de l'état dans lequel ils se trouvent) ; autrement dit, qu'ils avaient adopté une vision niant la pauvreté en tant que phénomène fondé sur un rapport social (riches/pauvres) et sur les inégalités causées par la manière dont sont réparties les richesses<sup>22</sup>. Le premier alinéa de la disposition stipule, en effet, un engagement des États à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale. Elle aspire à l'abolition du phénomène et non à son « respect ». En effet, selon la Charte, « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, les Parties s'engagent [...] à prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille ».

En mettant à la charge de la Grèce, par sa décision sur la troisième réclamation de 2012, l'obligation de ne pas entraîner le groupe de population concerné par la réclamation dans un état de pauvreté, le CEDS n'a pas franchi la limite qui lui était imposée par le fait que cet État, à l'époque des faits litigieux, n'était pas lié par l'article 30 de la Charte. Nous avons signalé que cette disposition, en substance, ordonne aux parties contractantes d'organiser l'« exode » des titulaires du droit de l'état de pauvreté, alors que la norme issue des décisions grecques interdit à l'État de faire plonger les personnes intéressées dans cette situation. La norme reflète le refus du Comité (qui n'est pas seulement le sien) de voir l'effectivité de toutes les dispositions de la Charte être mise à mal par les conditions de pauvreté et de précarisation dans lesquelles se trouvent plongées de larges couches de la population en Europe, notamment en ces années de crise économique et financière, d'autant plus que l'« amélioration de l'effectivité » des droits sociaux garantis par la Charte est la « raison d'être » du Comité, et plus particulièrement de sa procédure de réclamations collectives<sup>23</sup>.

Le principe légitimant la solution apportée par les décisions grecques est fourni par le CEDS lui-même, lorsqu'il fut appelé l'année suivante à se confronter à un problème sérieux qui s'est manifesté dans l'application de l'article 30 par les États parties au fil des années précédentes.

Compte tenu du système d'adhésion « à la carte » (qui permet aux États de choisir les dispositions de la Charte qu'ils entendent accepter en tant qu'obligations de droit international au moment de leur adhésion, à la condition, entre autres, que tout au long de leur participation « à la carte » ils progressent dans l'acceptation de l'ensemble des dispositions conventionnelles. L'objectif étant que l'intégralité des droits reconnus par la Charte soit mise en œuvre de manière égale dans la totalité des États parties<sup>24</sup>), non seulement l'article 30 n'est pas inclus, selon la Charte,



dans le minimum des dispositions que les États doivent accepter<sup>25</sup>, mais encore il demeure l'un des articles les moins souvent acceptés dans l'ensemble des dispositions conventionnelles<sup>26</sup>. Dans les faits, les États parties sont très peu favorables à l'acceptation *ex post* de la disposition, bien que les deux derniers cycles – de 2009 et de 2013 – de contrôle de l'application de la disposition dans le cadre de la procédure de remise des rapports périodiques par les États, ne dressent pas une image pessimiste de la conformité avec la Charte des politiques contre la pauvreté menées par les États qui ont déjà accepté la disposition<sup>27</sup>.

Dans le cadre des décisions grecques et notamment dans sa dernière décision de 2012, aux fins de déduire l'obligation de l'État de ne pas placer une population en situation de pauvreté, le CEDS a retenu comme démarche essentielle la prise en compte des mesures de droit interne – relevant des politiques d'austérité – qui entrent dans le champ d'application d'autres dispositions de la Charte (rappelons que, dans la troisième décision grecque, il s'agissait de l'article 12 § 3 de la CSE). Sur la base de cette démarche, le CEDS a décidé, à la fin du cycle de contrôle de 2013 et sous la forme d'une décision interprétative, que chaque fois qu'il se prononcera à l'avenir, dans le cadre des deux systèmes de contrôle des États, sur le respect de l'article 30, il prendra en considération les mesures ou les pratiques nationales qui tombent dans le champ d'application des autres dispositions substantielles de la Charte<sup>28</sup>. Le Comité a pris soin de préciser que sa décision ne signifiait pas qu'une conclusion de non-conformité (prise dans le cadre de la procédure des rapports nationaux) ou qu'une décision de violation de ces dispositions (prise dans le cadre de la procédure des réclamations collectives) conduirait, automatiquement et nécessairement, à la violation de l'article 30. Cependant, dans la mesure où les deux aspects de l'article 30 – pauvreté et exclusion sociale – témoignent du principe d'indivisibilité qui est également consacré par d'autres dispositions de la Charte, une telle conclusion ou décision relative aux autres dispositions de la CSE peut, selon les circonstances, être pertinente lors de l'évaluation de la conformité des mesures contestées avec l'article 30<sup>29</sup>.

En pratique, la décision interprétative de 2013 vise à permettre, par exemple dans le cadre de la procédure des rapports périodiques nationaux, qu'une mesure ou une pratique nationale, susceptible de présenter un « haut risque » pour l'exclusion sociale et la pauvreté et ayant été examinée au titre d'une autre disposition substantielle mais sans avoir été citée (pour des raisons évidentes) par le gouvernement dans son rapport, soit examinée à ce dernier titre, indépendamment du sort qui pourrait lui être réservé par le Comité dans le cadre du contrôle au titre de la disposition substantielle visée. Autrement dit, il est convenu, au sein du CEDS, que la mesure ou la pratique nationale concernée soit réexaminée, *ex officio*, sous

l'angle de l'article 30, combiné avec l'une des dispositions substantielles de la Charte.

C'est précisément cette occasion de relecture des mesures nationales au titre de l'article 30 de la CSE, qui a été récemment offerte au Comité. Cette occasion s'est présentée non pas dans le cadre de la procédure des rapports nationaux, mais dans celui de la procédure des réclamations collectives. Il s'agit de la réclamation présentée en 2013 contre l'Irlande, au motif de la violation, principalement, des articles 16 (droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique) et 30 de la CSE, en raison de mesures insuffisantes ou de carence de mesures tant en matière de logement et d'hébergement des gens du voyage et des Roms qu'en matière de conditions de leur expulsion. Selon les requérants, les mesures, pratiques ou carences constitutives de la violation de l'article 16, étaient également contraires à l'article 30<sup>30</sup>. Dans sa décision adoptée fin 2015, le Comité a jugé que des mesures et des pratiques concrètes, validées ou suivies par le gouvernement défendeur, entraient en violation avec l'article 16 de la CSE<sup>31</sup>. Il statua de la sorte en raison du nombre insuffisant des solutions d'hébergement destinées aux gens du voyage et aux Roms et en raison du maintien en mauvais état d'un nombre non négligeable d'aires d'accueil. À ces motifs, le Comité prit également en compte l'absence dans la législation interne d'une procédure concertation des gens du voyage et des Roms ou de leur information préalablement à leur expulsion, l'absence de limites fixant le moment où les expulsions peuvent avoir lieu, ainsi que l'absence d'une obligation de proposer des solutions de relogement. Néanmoins, à la majorité de ses membres, le CEDS, tout en mentionnant *in extenso* la décision interprétative de 2013, a renoncé à « relire » les mêmes mesures ou pratiques internes sous l'angle de l'article 30. Il s'est réfugié derrière le fait que d'autres mesures en faveur des gens du voyage et des Roms « étaient en cours » en Irlande, « dont la mise en œuvre (est) prévue à partir de 2016 »<sup>32</sup>. Ce renoncement équivaut à un blanc-seing donné au gouvernement défendeur au regard des carences susmentionnées, pourtant incriminées par le Comité dans de nombreux autres paragraphes de la décision portant sur le bien-fondé de la réclamation.

Dans le cadre du prochain cycle de contrôle, le CEDS examinera en 2017 les rapports nationaux sur l'application de l'article 30 de la CSE. Le bilan de cet examen permettra de savoir si le choix du Comité de ne pas prendre en compte sa décision interprétative relative à l'article 30 de la Charte lors de l'appréciation du bien-fondé de la réclamation contre l'Irlande, est ou non un simple incident de parcours. Ce sera alors l'occasion de mesurer l'attachement du Comité au principe d'indivisibilité des dispositions de la Charte dans le domaine de la protection des personnes contre la pauvreté et l'exclusion sociale. ■

○○○ 23. Voir le deuxième considérant de l'instrument fondateur de la procédure des réclamations collectives, i.e. du Protocole additionnel de 1995 (STCE n° 158).

24. CEDS, concl. (2006), Introduction générale, p. 10. Les conditions d'adhésion « à la carte » sont prévues à l'article A de la partie III de la Charte ; la procédure d'acceptation *ex post* est prévue à l'article C de la partie IV du traité ; cf. *supra*, note 2.

25. Selon l'article A § 1, al. b de la CSE, l'État adhérent doit accepter d'être lié au moins par six des neuf articles suivants : 1 (droit au travail), 5 (droit syndical), 6 (droit de négociation collective), 7 (droit des enfants et des adolescents à la protection), 12 (précité), 13 (droit à l'assistance sociale et médicale), 16 (précité), 19 (droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance) et 20 (droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe).

26. Parmi les trente-cinq États qui sont liés, aujourd'hui, par la Charte révisée, seize n'ont pas accepté l'article 30. Cet article est avancé par l'article 29, qui n'est pas accepté par vingt États.

27. Durant le cycle de contrôle de 2013, parmi les neuf États qui avaient soumis un rapport au sujet de l'application de l'article 30, le CEDS a jugé que cinq étaient en état de conformité, deux en état de non-conformité. Pour les deux autres, le CEDS a ajourné sa décision faute d'informations. Les chiffres respectifs pour le cycle de contrôle de 2009, qui concernait douze États ayant soumis un rapport, étaient dix-un.

28. V. l'Observation interprétative relative à l'article 30 in CEDS, Rapport d'activités 2013, p. 30.

29. *Idem*, p. 37.

30. CEDS, Déc. sur le bien fondé, récl. n° 100/2013, 1<sup>er</sup> déc. 2015, § 182, European Roma Rights Centre (ERRC) v. Ireland.

31. *Idem*, spéc. §§ 67 et 68. 32. *Idem*, §§ 188, 189 et 192.

# Les droits sociaux dans l'entremêlement des protections européennes : brèves observations

Pierre Rodière, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne constitue désormais le premier fondement de la protection des droits sociaux fondamentaux qu'il revient à la Cour de Justice d'assurer dans le cadre du droit de l'Union. Si centrale soit désormais sa position, la Charte n'est toutefois pas la seule référence ni la seule source de protection et d'autres instruments internationaux doivent être pris en considération par la Cour de Justice, une prise en considération pouvant aller jusqu'à l'obligation de les respecter eux aussi. Tel sera le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, des protections constitutionnelles nationales, de la Charte sociale européenne, mais cela peut aussi être celui des obligations nées de l'appartenance des États membres à l'OIT ou encore de conventions de l'ONU.

C'est dans cet entremêlement normatif complexe, fait de contraintes et de « lumières » dont ses interprétations ont à s'inspirer, que vient se situer la jurisprudence actuelle de la Cour de Justice en matière de protection des droits sociaux fondamentaux.

L'objet des observations qui suivent est doublement limité. Il porte sur quelques décisions choisies de la Cour de Justice, qui ont en commun d'avoir été volontiers critiquées pour le traitement problématique qu'elles infligent aux droits sociaux. Parti évidemment négatif où sera mis en lumière pour l'essentiel ce qui soulève question. Il se situera exclusivement dans le cadre des relations européennes, délaissant de ce fait l'inscription de la jurisprudence de l'Union dans la protection « universelle » des droits sociaux.

Réduites pour commencer à un bref examen du sort parfois contestable que la jurisprudence de la Cour de Justice relative aux droits sociaux fait à la Charte des droits fondamentaux, ces observations replaceront ensuite cette jurisprudence dans ses relations avec les obligations conventionnelles nées des conventions du Conseil de l'Europe, puis dans celles qu'elle entretient avec les protections constitutionnelles nationales.

On s'interrogera en conclusion sur la possibilité de répondre par le dialogue aux questions soulevées chemin faisant.

## 1 SUR LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX

### ► Applicabilité

La Charte des droits fondamentaux s'adresse aux États-membres « *uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* » (art. 51 § 1). Dans cette proposition, il y a déjà l'exigence que les situations soumises à la Cour de Justice présentent un lien de rattachement avec le droit de l'Union, plus précisément avec une norme de droit de l'Union mise en œuvre en droit national<sup>1</sup>. L'allégation d'une non-conformité à la Charte d'une disposition de droit national sans lien avec le droit de l'Union, à elle seule, ne suffit pas à justifier la compétence de la Cour de Justice pour en juger<sup>2</sup>. Face au droit national, la Charte n'est pas invocable de façon autonome ; il faut qu'une autre norme de droit de l'Union soit visée<sup>3</sup>. La Charte opère simplement comme un garant du droit de l'Union et de la conformité aux droits fondamentaux des normes que les compétences de celle-ci permettent d'adopter. On n'y insistera pas.

La notion de « mise en œuvre » du droit de l'Union est essentielle. Les termes ne doivent pas être pris au sens étroit d'un acte dont l'objet même est directement de transposer ou d'introduire une prescription du droit de l'Union en droit national. Ils concernent plus généralement l'ensemble des normes nationales dont l'objectif est de donner effet au droit de l'Union. Ils incluent en particulier les normes de type secondaire sanctionnant les violations des dispositions tendant à donner effet au droit de l'Union. Que le mode de sanction relève du droit national ne le fait pas échapper à l'emprise de la Charte<sup>4</sup>. La notion de « mise en œuvre » devrait donc s'étendre aussi aux dérogations que l'État membre est autorisé à apporter au droit de l'Union. Une dérogation injustifiée au droit de l'Union peut compromettre l'effectivité d'un droit fondamental, de la même façon qu'une sanction inefficace.

L'arrêt Dano a cependant créé le trouble sur ce dernier point en refusant de vérifier que la dérogation à l'égalité de traitement admise en matière

1. V. CJ, 8 nov. 2012, *Lida*, C-40/11.

2. CJ, 26 févr. 2013, *Akerberg-Fransson*, C-617/10, pt 22.

3. CJ (ord.), 7 févr. 2013, *Gentile*, C-499/12.

4. Arrêt *Akerberg-Fransson*, précité, pt 28.

d'assistance sociale par la directive 2004/38 sur la circulation des citoyens pouvait s'accorder avec la Charte des droits fondamentaux<sup>5</sup>. Le droit de l'Union se borne à déterminer la législation nationale applicable et ne régit pas les conditions de fond du droit aux prestations réclamées, a dit la Cour de Justice. Il revient donc aux États membres de le faire, si bien que la situation ne se rattacherait pas au droit de l'Union ni de ce fait à la Charte.

Raisonnement surprenant, car le droit de l'Union ne détermine sans doute pas les conditions du droit aux prestations sociales, sinon précisément en ce qui concerne l'obligation d'en assurer le service, si elles existent dans le système national, au bénéfice des ressortissants des autres États membres. Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité représente le principal pilier sur lequel repose la liberté de circulation des citoyens de l'Union. Les exigences du principe d'égalité et de non-discrimination (*art. 20 et 21*), voire celles du principe de dignité (*art. 1<sup>er</sup>*), postulés par la Charte ne méritaient-ils pas mieux qu'une simple mise à l'écart ?

### ► Effets

Des interrogations, liées aux droits sociaux, concernent tout autant les effets de la Charte, lorsque celle-ci est invocable.

La jurisprudence née des arrêts Mangold<sup>6</sup> et Küçükdevici<sup>7</sup>, confirmée plus récemment par l'arrêt AMS<sup>8</sup> a fait date. Date positive au regard de la protection des droits sociaux, puisque l'efficacité de leur protection en est sortie renforcée. Les dispositions de la Charte, en tant qu'elles caractérisent des principes généraux du droit de l'Union – première combinaison –, qui se concrétisent dans les dispositions d'une directive – deuxième combinaison – peuvent entrer directement en application entre particuliers. Il en sera ainsi de dispositions se suffisant à elles-mêmes et faisant naître des droits subjectifs dans le chef des particuliers, tel le principe de non-discrimination en raison de l'âge.

En revanche, d'autres dispositions de la Charte ne se suffisent pas à elles-mêmes et ne créent pas une règle de droit directement applicable. Elles supposent des actes complémentaires pour en préciser la teneur et, même en combinaison avec une directive procédant à cette concrétisation, le texte considéré ne peut pas être invoqué dans un litige entre particuliers en vue d'écarter une disposition nationale qui y serait contraire. Ainsi en a décidé la Cour de Justice, dans l'arrêt AMS<sup>9</sup>, en visant les dispositions de l'article 27 de la Charte sur le droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise. L'arrêt AMS va même si loin dans la négation qu'il semble vouloir exclure toute invocabilité du droit à l'information et à la consultation. Or celui-ci, relevant sans guère de discussion de la catégorie des « principes » telle qu'« identifiée », si obscurément, par

la Charte, doit pouvoir l'être « pour l'interprétation et le contrôle » des actes le mettant en œuvre. L'article 52 § 5 le veut ainsi et ne saurait être réécrit par la Cour de Justice.

La discussion peut être poursuivie vers les principes généraux du droit de l'Union. On a parlé, en doctrine, de coïncidence ou de superposition entre les domaines respectifs de la Charte des droits fondamentaux et desdits principes généraux. Ne faut-il pas plutôt comprendre que les droits proclamés par la Charte ont *ipso facto* valeur de principes généraux du droit de l'Union, ces derniers, qui correspondent à une catégorie ouverte, pouvant s'étendre à d'autres droits ?

La qualification de principe général du droit UE a l'intérêt d'entraîner avec elle le régime de la concrétisation du principe par voie de directive qui ouvre indirectement une possibilité d'effet direct horizontal de dispositions contenues dans cette directive. Mais ne faut-il pas déduire de l'arrêt AMS que ce mécanisme de concrétisation-combinaison est à exclure pour les « principes » formulés par la Charte, concernant notamment les droits sociaux collectifs, quand bien même la qualification de principes généraux leur serait appliquée ?

## 2 SUR LES NORMES EUROPÉENNES EN CONCOURS

### ► Les conventions européennes extérieures à l'Union

#### Convention européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la jurisprudence de la Cour EDH viennent au cœur des discussions. Le droit de l'Union se veut respectueux de la CEDH et la jurisprudence de la CJUE doit s'harmoniser avec celle de la Cour EDH, sous réserve d'une protection plus favorable née du droit de l'Union, ainsi que l'énonce l'article 52 § 3 de la Charte. Se trouve au premier chef mis en cause la protection de la liberté syndicale par l'article 11 de la CEDH. Les points de contact ne s'arrêtent cependant pas là et concerneront également, suivant un bref catalogue à la fois incomplet et sujet à s'enrichir : le droit au bénéfice non discriminatoire de prestations sociales au titre du droit au respect des biens, sous les conditions de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la CEDH ; le droit de toute personne en situation de migration au respect de sa vie privée et familiale visée par l'article 8 de la CEDH ; les droits de la défense et le droit à un recours, tels que protégés par les articles 6 et 13 de la CEDH, dont se prévaudront les migrants faisant l'objet d'une mesure d'éloignement pour des raisons d'ordre public.

L'arrêt Bosphorus de la Cour EDH<sup>10</sup> a posé la présomption que le droit de l'Union assure une protection des droits fondamentaux équivalente à celle de la CEDH. La présomption salue ●●●

5. CJ, 11 nov. 2014, *Dano*, C-333/13.

6. CJ, 22 nov. 2005, C-144/04.

7. CJ, 19 janv. 2010, C-555/07.

8. CJ, 15 janv. 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*.

9. CJ, 15 janv. 2014, précité.

10. CEDH, 30 juin 2005, Req. 43036/98, *Bosphorus c. Irlande*.



●●● ainsi l'engagement pris par la Cour de Justice d'assurer le respect des droits consacrés par la CEDH en tant que principes généraux du droit de l'Union<sup>11</sup>, la politique jurisprudentielle qui s'en est suivie, et la ratification de ce processus par les traités.

Plusieurs observations complémentaires permettent de mieux saisir les réalités de cette présomption.

Les textes et la pratique la marquent d'une part d'unilatéralisme ou de déséquilibre. Le traité sur l'Union européenne donne aux droits fondamentaux, « tels qu'ils sont garantis par la CEDH », la valeur de principes généraux (art. 6 § 3 TUE). La Charte « enfonce le clou », puisque les droits qu'elle consacre, lorsqu'ils correspondent à ceux que la CEDH garantit, prennent le sens et la portée que lui confère la Convention (art. 52 § 3 de la Charte). La Cour de Justice se réfère très volontiers aux arrêts de la CEDH et les intègre à la motivation de ses arrêts, sans que l'inverse se constate du côté de la Cour EDH.

Dans un esprit de souplesse, la Cour EDH précise que l'équivalence n'est pas l'identité des protections, qu'elle ne recouvre pas une exigence d'uniformité qui pourrait aller à l'encontre de la coopération internationale recherchée. Protection équivalente veut dire protection « comparable » (arrêt *Bosphorus*, pt 155). La Cour EDH entend ouvrir une marge permettant des différences dans l'appréciation des exigences des droits fondamentaux d'un ordre juridique à l'autre.

Cet esprit de souplesse est aujourd'hui en butte au très net durcissement de la Cour de Justice dans l'avis 2/13 que celle-ci a rendu sur l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH<sup>12</sup>. La Cour de Justice s'y insurge vigoureusement contre la perspective que l'Union soit « soumise à un contrôle externe » sur les droits et libertés qu'elle s'est engagée à protéger (v. pt 181), en dénonçant une situation dans laquelle les interprétations de la CEDH par la Cour EDH lieraient la Cour de Justice alors qu'à l'inverse celles du droit de l'Union par la Cour de Justice ne le feraient pas (v. pt 185).

Un autre signe d'une attitude plus rétive réside dans les décisions de la CJUE où celle-ci, contrairement à son usage, omet de se référer à la jurisprudence pertinente de la Cour EDH : exemple, l'arrêt Commission contre Allemagne sur le droit de négociation collective<sup>13</sup>, qui ne mentionne pas l'arrêt Demir et Baykara de la Cour EDH<sup>14</sup>.

Même si l'avis 2/13 de la Cour de Justice fait appel à son renforcement dans une coordination formalisée (v. pt 189), le dialogue entre les deux cours européennes est beaucoup plus tendu que naguère, une tension que l'organe de contrôle de la Charte sociale européenne vient en outre alimenter.

## Charte sociale européenne

Jouxant la CEDH, il faut en effet tenir compte de la Charte sociale européenne. L'Union euro-

péenne est supposée être « consciente » des droits qu'elle énonce (TFUE, art. 153) et s'en inspirer dans ses politiques.

Une « conscience » dont le Comité européen des droits sociaux (CEDS), l'organe de contrôle de la Charte sociale, estime clairement qu'elle est défaillante. Le CEDS se refuse en effet à présumer une conformité du droit de l'Union aux prescriptions de la Charte sociale européenne, analogue à la présomption de conformité retenue par la Cour EDH pour la CEDH. Ni les normes du droit de l'Union, ni ses procédures n'offrent à ce jour les garanties nécessaires. Ce refus, visant pour commencer les dispositions du droit de l'Union sur le temps de travail<sup>15</sup>, a été confirmé dans une condamnation de la loi « Laval » adoptée par la Suède<sup>16</sup>.

Si la Charte sociale européenne et la « jurisprudence » du CEDS s'insèrent ainsi dans le débat, c'est en tenant compte de deux précisions. Sur le plan procédural, le CEDS n'est pas un organe juridictionnel, même s'il prend des décisions en réponse aux réclamations collectives qui sont introduites devant lui. Sur le fond, les droits sociaux que vise la Charte sociale européenne recourent partiellement la CEDH. Si les interprétations du CEDS se développeront de façon autonome lorsque sont en cause les droits qui lui sont propres, une interaction entre les jurisprudences de la Cour EDH et du CEDS a des raisons de se produire pour les droits fondamentaux qui leur sont communs.

Il faut se garder d'une illusion. La CEDH ne vise directement qu'un nombre limité de droits directement identifiables en tant que droits sociaux, liberté syndicale ou interdiction du travail forcé, mais les zones de recoupements entre CEDH et Charte sociale européenne vont très au-delà, de la même façon qu'entre droit de l'Union et CEDH.

## Confrontations jurisprudentielles

Les arrêts Viking et Laval reviennent en scène. Ils n'intéressaient pas directement la CEDH lorsqu'ils ont été rendus, puisque la protection couverte par celle-ci n'avait pas encore été étendue au droit d'action collective, non plus qu'au droit de négociation collective. Ces données ont profondément changé. L'arrêt Demir et Baykara<sup>17</sup> a expressément rattaché le droit de négociation collective à la liberté syndicale protégée par l'article 11 de la CEDH. L'arrêt Enerji<sup>18</sup> en a fait de même, implicitement, pour le droit d'action collective.

Ce double changement n'a eu qu'une faible incidence sur le principe même de la reconnaissance par la Cour de Justice de la valeur fondamentale des droits considérés. Cette reconnaissance était déjà acquise pour le droit d'action collective. Certes celle du droit de négociation collective l'a été postérieurement par l'arrêt Commission contre Allemagne, mais elle s'imposait désormais

11. CJ, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, pt 4 ; CJ, 28 oct. 1975, *Rutili*, 36/75.

12. CJ, 18 déc. 2014.

13. CJ, 15 juill.

2010, C-271/08.

14. CEDH (gde ch.),

12 nov. 2008, Req.

34503/97, *Demir et*

*Baykara c. Turquie*.

15. CEDS, 23 juin

2010, récl.

n° 55/2009,

*Confédération générale*

*du travail (CGT) c.*

*France*.

16. CEDS, 3 juill.

2013, récl. 85/2012,

*LO et TCO c. Suède*.

17. V. *infra* note 14.

18. CEDH, 21 avr.

2009, Req. 68959/01,

*Enerji Yapi-Yol c.*

*Turquie*.



sur le seul fondement de la Charte des droits fondamentaux (art. 28).

L'important est ailleurs et se situe du côté de la méthode très contestable suivie par la Cour de Justice pour justifier d'éventuelles restrictions à l'exercice des droits collectifs

On a vu plus haut que les arrêts Viking et Laval font clairement plier le droit d'action collective devant les libertés de circulation sur lesquelles s'est fondé le Marché commun, l'arrêt Commission contre Allemagne le faisant à un moindre degré pour le droit de négociation collective<sup>19</sup>. Les libertés économiques constituées par le droit d'établissement et la liberté de prestation de services peuvent-elles apparaître comme dotées d'une valeur plus élevée que ces droits sociaux collectifs ?

Le CEDS a, rappelons-le, dénoncé l'arrêt Laval à l'occasion d'une réclamation syndicale introduite contre la loi « Laval » adoptée par la Suède pour se conformer à la jurisprudence de la CJUE<sup>20</sup>. Il a jugé que, si précieuse serait-elle en tant que facteur de liberté économique dans le système juridique de l'Union, la liberté de circulation des services ne saurait recevoir une valeur supérieure aux droits essentiels des travailleurs (v. pt 122 et pt 140 de la décision). L'« opinion » exprimée par le CEDS ne peut manquer d'avoir une incidence sur les appréciations de la Cour EDH.

Celle-ci peut-elle accepter que des droits qu'elle protège, la liberté syndicale et les droits qui en sont les compléments nécessaires, reçoivent une valeur et une force juridiques supérieures à des droits ou des libertés qu'elle ne protège pas, les libertés économiques de circulation ?

L'attaque peut être reprise sous un autre angle. La jurisprudence de la Cour de Justice peut-elle prétendre soumettre des personnes exerçant un droit fondamental à l'obligation de s'en justifier et à celle de démontrer qu'ils en ont fait un usage raisonnable ?

La méthode qu'impose la CEDH est évidemment autre que celle de la CJUE. La Convention admet certes que des restrictions soient apportées aux droits qu'elle consacre, mais ces restrictions doivent entrer dans les limites qu'elle fixe, en l'espèce celles de l'article 11 § 2. Parmi les restrictions pouvant se justifier, on trouve la protection des droits et libertés d'autrui. Question : à quel titre les libertés de circulation choyées par le droit de l'Union relèvent-elles de cette protection ? En toute hypothèse et c'est là le plus important, il appartient à celui qui entend restreindre un droit fondamental protégé par la CEDH de s'en justifier et de démontrer qu'il a proportionné son action à ce qu'autorise l'objectif légitime qu'il poursuit. Cette manière de procéder va en sens contraire de celle qui est suivie par la CJUE.

On peut rappeler que le vieil arrêt Rutili<sup>21</sup> avait justifié comme le réclame la CEDH. La Cour de Justice avait examiné si les considérations relatives à l'ordre public invoquées par le gouver-

nement français pour justifier une restriction à la liberté syndicale étaient acceptables. Il est vrai qu'en l'espèce, la restriction apportée à la liberté syndicale l'était en même temps à la liberté de circulation. Les deux libertés n'étaient pas en conflit.

On observera pour finir que CEDH, Charte sociale européenne « triangulent » l'analyse. S'ils le font autrement que le droit de l'Union dans ses relations avec le droit des États membres, CEDH et Charte sociale européenne lient également les États qui y sont parties. Si une harmonisation et une équivalence des protections ne s'établissent pas entre le droit de l'Union et le droit européen extérieur à l'Union, les États liés des deux côtés peuvent se trouver en défaut au regard du droit de l'Union sans l'être à celui du droit européen « non-unioniste » et inversement.

Le même constat pourra d'ailleurs se faire s'agissant des engagements des États membres par les conventions de l'OIT et de leur confrontation avec les obligations nées du droit de l'Union. Un exemple marquant en fut donné par le travail de nuit des femmes, dont la prohibition, voulue par l'OIT, avait été condamnée au nom de l'égalité entre hommes et femmes, en l'absence de prohibition du travail de nuit des hommes !<sup>22</sup>

Dans ce schéma triangulaire, l'appel à une coordination institutionnalisée entre les interprétations de la Cour EDH et celles de la Cour de Justice relatives à la protection des droits fondamentaux que l'on trouve dans l'avis 2/13 prend un sens nouveau. Les jurisprudences respectives des deux juridictions y puiseraient mutuellement un surcroît d'autorité dans l'ordre juridique des États liés. En bref, pour la Cour de Justice, le développement d'un dialogue plus étroit avec la Cour EDH permettrait de mieux juguler le dialogue avec les juridictions nationales, dont les juridictions constitutionnelles.

### 3 SUR LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE NATIONALE

#### ► Une marge nationale d'appréciation limitée

Quelle latitude le droit national possède-t-il pour faire valoir ses règles de protection des droits fondamentaux ? La Charte ne doit pas porter atteinte au niveau de protection national, selon ce que dit son article 53. Mais si la Cour de Justice n'entend pas s'opposer aux protections constitutionnelles nationales, c'est à la double condition qu'elles ne soient pas d'un niveau inférieur à celle que réclame l'Union, première condition peu discutée, et qu'elles ne compromettent pas « la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union », formule nouvellement utilisée par la Cour de Justice<sup>23</sup> et propre à limiter de façon drastique la marge de liberté nationale.

Ces exigences valent dans le seul champ du droit de l'Union, champ que les exigences de la ●●●

19. V. également, Cf. 12 juin 2003, C-112/00, Schmidberger, à propos du droit d'expression et de réunion.

20. V. infra note 16.

21. Cf. 28 oct. 1975, précité.

22. Cf. 25 juill. 1991, C-345/89, Stoekel ; Cf. 2 août 1993, C-158/91, Levy.

23. Cf. 26 févr. 2013, C-399/11, Melloni, pt 60 ; Akerberg-Framsson, préc., pt 29.

●●● Charte ne peuvent pas non plus dépasser. Est-ce dire que la protection nationale des droits sociaux pourra librement s'exprimer dans les matières qui ne ressortissent pas aux compétences de l'Union ou qui n'ont pas fait l'objet d'interventions normatrices de l'Union, alors que celle-ci dispose des compétences nécessaires ?

On sait bien que non, puisque les États membres, dans l'exercice des compétences qui demeurent les leurs, doivent écarter leurs règles et pratiques pouvant compromettre l'application du droit de l'Union dans les domaines où celle-ci est compétente et a formulé des normes contraignantes. L'autonomie normative des États membres sera étroitement bridée dès l'instant où la norme sociale pour laquelle le droit national est compétent recoupe une norme économique relevant du droit de l'Union. Les consignes relatives à la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union resteront de mise.

## ► Confirmations jurisprudentielles

Les arrêts Viking<sup>24</sup> et Laval<sup>25</sup> ont brillamment illustré le jeu de cette contradiction entre compétence de l'Union et emprise du droit de l'Union sur le droit national. Ils ont certes conféré au droit d'action collective la valeur d'un droit fondamental, lui donnant la qualité de principe fondamental de droit de l'Union, c'est leur aspect positif. Mais ils ont soumis son exercice à de lourdes restrictions fondées sur le droit d'établissement et la liberté de prestation de services consacrés en tant que fondements du droit de l'Union. Bien plus, ils ont entendu contraindre les syndicats et les travailleurs se prévalant de ce droit dit fondamental à l'obligation de s'en justifier et d'en faire un usage modéré et raisonnable.

On peut aussi évoquer à nouveau, à ce même propos, l'arrêt AMS<sup>26</sup>. C'est décidément un arrêt assez paradoxal. Tout en refoulant l'article 27 de la Charte de ses normes de contrôle, parce que ne se suffisant pas à lui-même, la Cour, dans le même arrêt AMS, n'en juge pas moins que les dispositions de droit français mises en cause, pour légitime que soit l'objectif de politique de l'emploi qu'elles poursuivent, ne sauraient « vider de sa substance » le droit fondamental concerné. D'où lui vient cette substance ? On s'interroge. D'un texte quasi vide de sens ? D'un principe général du droit de l'Union, sur lequel la Cour ne s'explique pas ?

Bien plus, l'arrêt AMS, au nom d'un principe déclaré sans consistance, s'oppose frontalement au Conseil constitutionnel français. Celui-ci avait estimé que les dérogations à la directive « Cadre général » sur le droit à l'information et à la consultation introduites par la loi française étaient justifiées par l'objectif légitime de politique d'emploi qu'elle poursuivait<sup>27</sup>. Pour la Cour de Justice, la légitimité de l'objectif ne pouvait justifier une atteinte à la substance du droit protégé. La porte à un aménagement du droit à l'information et à la

consultation au nom d'autres principes ou objectifs de droit constitutionnel français, a été fermée par la Cour de Justice

On retrouve l'esprit de l'arrêt Melloni, qui, pour l'application de leurs standards nationaux de protection, ne laisse aux autorités nationales qu'une très faible marge d'appréciation malgré l'affirmation qu'il en posséderait une importante<sup>28</sup>. On retrouve également l'arrêt Radu, concernant lui aussi le mandat d'arrêt européen, qui a entendu faire plier la protection nationale des droits fondamentaux, lorsqu'elle irait à l'encontre de l'efficacité du droit de l'Union<sup>29</sup>. On doute fort, dans ces conditions que l'article 53 de la Charte, quoiqu'il en dise, garantisse le respect du niveau de protection du droit national lorsque ce niveau est supérieur à celui de la Charte.

En miroir, les cours ou juges constitutionnels, depuis quelques années, se réfèrent à l'identité constitutionnelle nationale, que d'ailleurs traités et Charte prétendent vouloir respecter<sup>30</sup>. Invoquer cette identité constitue une menace, voire une espèce de chantage, dans lequel on peut lire le signe clair d'une fragilisation de la jurisprudence « Solange » de la Cour constitutionnelle allemande<sup>31</sup>, dont le message s'était largement diffusé au travers de l'Union. À moins d'y voir un fauxsemblant cherchant à cacher une position de faiblesse, la jurisprudence Solange réserve la possibilité réelle d'une résistance constitutionnelle nationale.

## 4 CONCLUSION

Deux séries d'observations se complétant mutuellement peuvent permettre de conclure.

1° Elles concernent pour commencer les recours envisageables en réaction aux insuffisances ou défaillances de la Cour de Justice en matière de protection des droits sociaux.

Première question : qui peut recevoir de tels recours ? Les portes s'ouvrent très largement, que l'on se tourne vers la Cour EDH, l'instance parajuridictionnelle que constitue le Comité européen des droits sociaux, ou encore les juridictions constitutionnelles nationales. Elles s'ouvrent plus largement encore, tout en restant au niveau européen, si l'on vise aussi les recours susceptibles d'être portés devant la Cour de Justice elle-même. Dans un esprit de résistance comparable à celui des juges du fond face au juge de cassation, tel que connu du droit français, un nouveau recours préjudiciel peut conduire la Cour de Justice à préciser, faire évoluer, voire réformer ses interprétations. La même question peut, à cette fin, être reposée à la Cour dans une nouvelle affaire. La force du système juridictionnel de l'Union, que la Cour de Justice elle-même exalte à juste titre dans son avis 2/13<sup>32</sup>, réside dans cette possibilité de créer une navette entre elle-même et les juridictions nationales.

24. C.J., 11 déc. 2007, C-438/05.

25. C.J., 18 déc. 2007, C-341/05.

26. Voir note 8.

27. Cons. const., 29 avr. 2011, déc. 2011-122, QPC.

28. C.J., 26 fév. 2013, préc., pts 56 à 60.

29. C.J., 29 janv. 2013, C-396/11, pts 40-41.

30. V. TUE, article 4 § 2, visant l'identité des États membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » ; v. également, préambule de la Charte des droits fondamentaux.

31. BVerfGE, 29 mai 1974, Solange I, 22 oct. 1986, Solange II.

32. C.J., 18 déc. 2014, v. spécial, pts 174-176.

Qui a compétence ? Toutes ces juridictions et toutes exclusivement. La même question peut intéresser la protection des droits de l'homme réclamée par la CEDH, la protection de droits et de libertés jugés fondamentaux en droit de l'Union, les garanties constitutionnelles nationales des droits fondamentaux. Chaque juridiction, Cour EDH, Cour de Justice de l'UE, cour ou juge constitutionnel national, revendiquera une prééminence propre pour apprécier les droits fondamentaux dans l'ordre ou le système juridique qui est le sien. La bataille de textes ne résoudra rien, chaque traité, convention ou constitution réservant la compétence de son propre organe de contrôle<sup>33</sup>.

L'application d'un modèle hiérarchique « classique » n'offre pas d'issue. Il n'est apparemment de solution que dans le dialogue, seul mode de régulation disponible. Or, en l'état, avant la très éventuelle adhésion (souhaitable ?) de l'Union européenne à la CEDH, les voies du dialogue sont quant à elles peu nombreuses, à la différence des voies de recours possibles. La voie du dialogue, c'est-à-dire un mode d'action pacifique, voudrait que les discussions relatives à la protection des droits sociaux par l'Union européenne ne soient pas portées devant la Cour EDH ou encore que, portées devant une Cour constitutionnelle, elles ne soient pas directement réglées par celle-ci. Les effets désintégrateurs de ces dernières procédures sur l'Union européenne sont-ils souhaitables ?

Reste le recours préjudiciel « de résistance », dont l'incidence possible sur les positions de la Cour de Justice sera d'autant plus forte qu'il émanera d'une juridiction constitutionnelle, plus forte encore si des questions similaires convergent depuis plusieurs juridictions constitutionnelles nationales. La Cour de Justice se montre d'ailleurs accueillante à l'usage de ces recours de juridictions supérieures.

2° Ces dernières observations portent ensuite sur le fond du débat et la méthode de solution des conflits. Entre l'Union européenne, la CEDH et la Charte sociale européenne, nombre de constitutions nationales, les principes protecteurs et les normes de contrôle se différencient et s'équilibrent autrement. À grands traits, on peut dire que CEDH et Charte sociale privilégient la protection des droits civils et sociaux fondamentaux. Les constitutions nationales, à l'instar de la Constitution française, marient droits et objectifs économiques et droits et objectifs sociaux. L'Union européenne le fait aussi, avec pour particularité, liée fondamentalement à ses objectifs centraux, de valoriser au premier chef les libertés de circulation ou d'échanges et, à un moindre degré, la liberté de concurrence. Toujours à grands traits, on constate également que les droits et libertés économiques sont réglés par la CEDH et la Charte sociale au rang des justifications pouvant être invoquées en vue

d'autoriser une restriction aux droits et libertés qu'elles protègent ; que les jurisprudences constitutionnelles nationales voudraient, avec plus ou moins de bonheur, équilibrer l'économique et le social, tandis qu'enfin, la Cour de Justice donne une place prééminente aux libertés de circulation ou d'échanges économiques.

Les voies du dialogue sont aussi celles de la conciliation. On entrevoit la possibilité que le renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice permette de mieux équilibrer la protection des droits sociaux et celles des droits économiques dans un effort et une démarche de conciliation connus des juridictions constitutionnelles nationales, mais aussi, parfois, de la Cour de Justice.

Les difficultés majeures viennent de l'extrême valorisation des libertés de circulation par la Cour de Justice. On ne peut évidemment pas réclamer à celle-ci qu'elle ne fasse pas reposer ses appréciations en partie sur les exigences de ces libertés. Elles ont en droit de l'Union une valeur fondatrice et constitutionnelle sans doute indépassable. Aussi bien est-ce seulement la survalorisation de ces libertés par certains éléments de la jurisprudence de la Cour de Justice qu'il est possible de combattre. La Cour de Justice a d'ailleurs elle-même une position variable qui l'a parfois conduite à mieux équilibrer libertés de circulation et libertés civiles et politiques, effort qui a même pu concerner des droits sociaux. Il est également clair que rien ne lui impose non plus de procéder en exigeant des personnes qui exercent un droit social fondamental qu'elles s'en justifient et démontrent en faire un usage raisonnable.

La survalorisation des libertés de circulation par la Cour de Justice ne peut que heurter et la Cour EDH et les juges constitutionnels nationaux, d'autant que CEDH et Droits nationaux ne placeront pas ces libertés au rang des droits fondamentalement à protéger.

Qui dit dialogue dit aussi réciprocité de la démarche et suffisante souplesse. Le devenir de l'Union européenne nécessite confiance, coopération loyale et reconnaissance mutuelles dans les relations de l'Union et des États membres comme dans celles des États membres entre eux<sup>34</sup>. Le fait que la Cour de Justice ait actuellement tendance à manier ces principes comme des commandements intimés aux États membres n'enlève rien à leur nécessité. Que la Cour de Justice, comme elle le fait depuis peu, brandisse comme une menace la triple règle de la primauté, de l'unité et de l'effectivité du droit de l'Union n'en ôte pas les évidentes vertus structurantes. Mais cette manière rigide comminatoire qu'affecte la Cour est contraire à l'idée même d'un dialogue. On doit d'ailleurs se demander si elle ne compromet pas les principes mis en avant plus encore qu'elle ne les renforce. À la Cour de Justice de comprendre que le dialogue est une nécessité et que cette nécessité implique qu'il soit conduit entre égaux. ■

33. Cf. spécial. TFUE art. 344, CEDH, art. 55.

34. Cf. Cj, 18 déc. 2014, avis 2/13, v. spécial. pts 84, 87, 127, 173, 191, 194, 258.





partie 4

# ÉPILOGUE



# La gouvernance économique européenne et les droits fondamentaux : les conflits potentiels

Fernando Vasquez, Avocat au barreau de Porto et consultant en affaires européennes<sup>1</sup>

## 1 INTRODUCTION

Que peut-on dire d'un système de production législative dont on ne connaît pas bien les auteurs, sa nature juridique, ses fondements, ni même les moyens de s'y opposer ? Comment, dès lors, interpréter la réalité de ses effets juridiques, un tel système laissant uniquement à ses destinataires l'option de s'y conformer ? Dans aucun pays de l'Union européenne un tel système ne serait accepté.

Ce sont pourtant de telles questions que soulève actuellement la gouvernance économique de l'UE. L'action de l'UE, qui s'écarte des différentes méthodes traditionnelles prévues dans le traité pour conduire ses diverses politiques qui, même complexes et lointaines, ont l'avantage d'être connues, relativement claires et susceptibles d'être comprises par l'ensemble des acteurs.

Ces questions deviennent aujourd'hui centrales et fondamentales parce que la gouvernance économique est aujourd'hui le domaine d'action de l'UE qui a, de loin, le plus grand impact dans les sociétés et chez les citoyens. Si l'on prend ses trois grands axes (le semestre européen, la gestion de la zone euro et le gouvernement des pays dits « sous-programme »), la gouvernance économique européenne occupe presque tout le terrain de l'actualité européenne depuis les débuts de la crise financière à la fin 2008. Aucune autre mesure importante n'a été prise par l'UE depuis lors dans le cadre des politiques classiques de l'UE, qu'on a à peine essayé de gérer au quotidien.

Compte tenu de ces évolutions, cette contribution au séminaire devra essayer de traiter une dimension qui va un peu au-delà des aspects purement juridiques. Elle résulte de mon expérience de vingt-cinq ans de travail en tant que juriste à la Commission européenne dans des matières très fortement liées à celle du séminaire : le droit du travail, les relations de travail, les changements dans le monde du travail et la politique sociale de l'UE.

En ayant le souci de témoigner au cours de cette dernière période d'un changement progressif mais radical, presque sournois, dans la vision straté-

gique, les priorités politiques, le cadre institutionnel, les méthodes de fonctionnement, les moyens d'action et les résultats de l'action de l'UE touchant à ces domaines, je n'ai pas d'autre ambition que de pouvoir apporter une contribution utile à ce débat qui intéresse en premier lieu le juge constitutionnel.

Considérons, tout d'abord, la première anomalie et ambiguïté de la méthode européenne actuelle qui rompt avec les actions passées : le manque de clarté dans la nature même et dans le contenu des actes de gouvernance économique adoptés depuis six ans.

Le manque de transparence des institutions et des méthodes de conception et de décision communautaire est la deuxième grande imperfection du système, il en est une conséquence inéluctable et alimente cette anomalie première.

Ces deux carences fondamentales conduisent à la troisième défaillance, qui touche à l'impossibilité d'obtenir des résultats politiques équilibrés et logiquement compréhensibles à la lumière des objectifs du Traité qui devraient guider toute l'action de l'UE.

Autant de raisons qui rendent le contrôle de constitutionnalité national (et européen) sur des actes de l'Union européenne plus important que jamais.

## 2 LE MANQUE DE CLARTÉ

Vers le milieu des années 1990, au moment où l'Union européenne s'apprêtait à lancer la Stratégie européenne de l'emploi (SEE) et même avant l'introduction d'un objectif et un titre « Emploi » dans le traité avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en 1998, un professeur de droit du travail et ancien président du tribunal constitutionnel espagnol, Miguel Rodríguez Piñero, affirmait que le temps des directives communautaires en matière de droit du travail<sup>2</sup> était désormais révolu et que, à l'avenir, la convergence des règles se ferait dans le cadre et avec les nouvelles méthodes de cette stratégie. ●●●

<sup>1</sup> Fernando Vasquez a été fonctionnaire de la Commission européenne pendant vingt-cinq ans, ayant été affecté et responsable par les unités « Droit du Travail » et « Restructurations d'entreprises » au sein de la Direction-générale Emploi et Affaires sociales. (fernando.vasquez.lrw@outlook.com).

<sup>2</sup> Directives visant « l'amélioration des conditions de vie de travail, permettant leur égalisation dans le progrès », Article 151 TFUE (ex-art. 136 TCE).

●●● Quelques directives ont encore été adoptées dans les cinq années suivantes (pour l'essentiel en finalisation de travaux déjà lancés), mais il avait doublement raison. D'une part, très peu de nouvelles règles de droit du travail européen contraignantes ont vu le jour depuis lors (même si l'UE a connu dans cette période des changements fondamentaux, dont le gigantesque élargissement de 1995, qui pose sûrement des défis considérables au marché de travail européen). D'autre part, quelques années plus tard – surtout à partir du moment où la politique européenne a repensé et traité la crise financière comme une crise économique classique exigeant des réformes structurelles sévères – des méthodes proches de celle de la SEE ont commencé à être utilisées pour promouvoir, sinon une convergence, au moins une évolution dite libératrice des droits du travail nationaux.

La méthode en question était une variante de la *soft law* qui est devenue connue par sa désignation dans le jargon communautaire : la méthode ouverte de coordination (MOC). La plupart des juristes l'ont initialement ignorée, voire méprisée, en y voyant plus une excuse de l'Europe pour ne pas intervenir en matière de droit du travail par des instruments contraignants qu'un vrai moyen d'action efficace.

Il faut dire que la MOC des années 1990, et même la version de 2005, initialement limitée au marché de travail, élargie par la suite à la protection sociale, mais n'osant jamais envahir la sphère économique, n'avait que peu d'effet contraignant. Elle reposait pour sa mise en œuvre sur la bienveillance ou les intérêts de politique intérieure des États membres et de l'ensemble des acteurs (notamment des partenaires sociaux). Certains, en étant les inspirateurs, s'y conformaient de toute façon, une poignée d'autres se sont laissés convaincre, les restants ont regardé de « l'autre côté » sans aucune nuisance visible pour eux que de timides censures de la Commission et des « pairs ».

Entre-temps, les besoins de renforcement de la coordination économique et de ses résultats en réaction à la crise, ont élargi et renforcé considérablement la portée et la vigueur normative de ce type d'instruments, soit du fait de la panoplie de sanctions financières successivement aggravées associées aux différents processus du semestre européen, soit par la menace de refus de financement ouvertement formulée aux pays en quête désespérée d'assistance.

Ce n'est que lorsque les « recommandations » du semestre européen et les *Memorandum of Understanding* pour les pays assistés ont envahi les domaines du droit du travail (dont certains d'ailleurs exclus de la compétence communautaire – voir *infra*) que l'objectif de cette méthode pour l'évolution des systèmes nationaux est apparu clairement. La perception publique en tout cas associe pleinement réformes structurelles et réduction de la protection au travail, les références aux règles régissant le contrat ou les relations col-

lectives de travail sont en effet très fréquentes dans les orientations réformatrices émanant des instances européennes.

Si l'on prend, par exemple, trois éléments essentiels du droit du travail<sup>3</sup> ; le régime de licenciement, les salaires et la négociation collective, qui consacrent tous les trois des droits fondamentaux, on retrouve dans les documents de la gouvernance économique des appels plus ou moins ouverts à une révision en profondeur des règles y afférentes dans le sens de la libéralisation, de la réduction et de la décentralisation, c'est-à-dire, du démantèlement des protections existantes.

De telles orientations s'intégreraient aisément dans le débat politique et social normal, permanent, salubre, si elles s'inscrivaient dans une proposition juridique (de directive, par exemple) soumise à approbation des instances compétentes ou alors, si elles constituaient de vraies *soft law* donnant lieu à une discussion publique et exigeant des actes ultérieurs de matérialisation dans les ordres juridiques nationaux. Le problème est que, dans le contexte de la gouvernance économique, ces orientations ne relèvent ni de l'un, ni de l'autre instrument : elles ne se traduisent pas souvent, d'une part, dans des actes formels de droit communautaire, elles admettent difficilement une opposition juridique notamment par la saisine d'un tribunal ; d'autre part, elles ne sont pas du tout anodines puisque, par le biais de la contrainte politique ou financière, elles s'imposent sans discussion, presque comme de droit divin, à leurs destinataires.

Il est en réalité difficile de déterminer avec précision la nature de ces actes à la lumière de l'article 288 TFUE (*ex-art. 249 TCE*) ainsi que d'identifier leurs auteurs à la lumière de l'article 223 TFUE (*ex-art. 190, §§ 4 et 5 TCE*) et suivants. Ceci est particulièrement vrai pour les actes visant l'aide financière aux pays assistés.

On tombe dès lors facilement dans un double déni de responsabilités, européen et national, pour des politiques qui ont un impact immense sur l'organisation de la vie économique et sociale dans tous les pays et en particulier dans ceux qui ont reçu ou reçoivent une aide financière entièrement conditionnée à l'acceptation des mesures définies au niveau supérieur.

Dans ce système, les injonctions européennes sont difficilement opposables en soi dans la mesure où elles ne s'adressent pas directement et immédiatement aux citoyens et aux entreprises, mais plutôt aux autorités nationales (qui d'ailleurs les votent toujours favorablement au sein des instances européennes), exigeant des dispositions nationales de mise en œuvre. Ces dernières peuvent, elles, faire l'objet de contestation ou d'opposition juridique, mais on invoque alors le fait accompli de la décision européenne unanime et irréfutable.

Certaines des orientations et décisions de la gouvernance économique européenne semblent pourtant difficilement compatibles avec le Traité, y compris la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Il

3. On trouverait facilement d'autres exemples en matière de protection sociale, systèmes de santé, services publics, etc.



suffit de penser aux exclusions explicites de la compétence de l'Union prévues à l'article 153 (*ex-art. 137*) § 5 TFUE<sup>4</sup> pour qu'on s'étonne des interférences claires de l'Union en matière de salaires ou de négociation collective. Ou de relire l'article 30 de la Charte<sup>5</sup> et bien d'autres dispositions de celle-ci inscrites dans les titres III (Égalité) et IV (Solidarité) pour commencer à douter de la légalité de maintes mesures qui font partie du quotidien de la gouvernance économique européenne.

Rappelons que, conformément à son article 51, « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.* » Sont visés ici tous les grands acteurs de la gouvernance économique européenne, y compris la BCE.

Les ambiguïtés évoquées précédemment sur la nature des actes de la gouvernance européenne et la personne de leurs auteurs rendent difficile le contrôle de leur conformité avec le Traité et les valeurs constitutionnelles par la Cour de Justice de l'Union européenne. C'est pourquoi le rôle du juge constitutionnel national devient absolument fondamental, tel que le démontrent plusieurs décisions des années récentes qui ont été évoquées lors du Séminaire de la Fondation Hugot du Collège de France du 6 février 2015 dans lequel la présente contribution s'inscrit.

Ce rôle consiste tout d'abord à poser, ou non, une règle juridique, donc susceptible d'opposition, dans des manifestations de la gouvernance économique européenne qui se traduisent en affirmations, déclarations, mémorandums, avis, « décisions », etc., qui ressemblent plus à des expressions politiques que de vrais actes communautaires, tels que ceux visés à l'article 288 TFUE (*ex-art. 249 TCE*). Cette clarification faite, dans un sens ou dans un autre, les voies de recours peuvent être précisées. Soit il s'agit d'actes de l'UE, qui doivent être conformes au traité et peuvent être contrôlés par la CJUE, soit il s'agit de simples déclarations politiques avec, certes, une forte puissance auprès des États membres destinataires, mais qui exigent des actes souverains de mise en œuvre par ceux-ci, les seuls pouvant être contestés en justice.

Dans les deux cas, la dimension politique de cette clarification est aussi importante que ses aspects juridiques, dans la mesure où le système tel qu'il existe ou tel qu'il est appréhendé par les citoyens semble contribuer fortement au sentiment de plus en plus répandu parmi eux de manque de légitimité politique de l'UE.

## 3 LE MANQUE DE TRANSPARENCE

L'Union européenne est avant tout une Union de droit, aux tendances démocratiques, participative et soumise au contrôle de ses citoyens. Sa

dimension géographique, la diversité de ses peuples et le nombre de ses citoyens constituent en toutes circonstances des défis sérieux. Le soin pris dans la rédaction des dispositions du titre II du Traité sur l'Union européenne<sup>6</sup> démontre une diligence extrême justifiée par l'énormité de la tâche de construire un système démocratique à l'échelle d'une Union de plus de 500 millions de citoyens répartis dans presque trente pays différents, parlant vingt-quatre langues (officielles), avec des écarts importants en termes de niveau de vie, de richesse et de bien-être social.

Nous pouvons identifier certains piliers de la démocratie dans l'UE tels que prévus au titre II du TUE, en particulier son article 11 qui consacre le droit des citoyens et de leurs associations d'échanger des opinions sur les politiques européennes, le dialogue des institutions avec la société civile, la consultation des parties concernées par les politiques, etc.

Le dialogue social européen institutionnalisé surtout avec le Traité de Maastricht constitue une des manifestations les plus importantes de cette vigueur démocratique, qui se traduit également par l'ouverture des institutions à des consultations et débats publics dès le tout début des procédures de décision. La Commission européenne elle-même, de par sa nature collégiale et la coopération permanente entre ses différents services à la recherche de compromis équilibrés entre les intérêts que chacun privilégie dans son travail quotidien, a contribué au fil des années au rapprochement du processus décisionnel européen des citoyens.

Ces pratiques qui assurent traditionnellement la transparence de la décision européenne manquent cruellement dans le cadre des procédures de gouvernance économique. Les partenaires sociaux européens sont, certes, présents dans les sommets tripartites qui précèdent les sommets européens, mais ils sont largement exclus de leur préparation, où l'essentiel se décide<sup>7</sup>. Au niveau national, l'implication des partenaires sociaux dans les différentes étapes du processus, y compris dans les plans nationaux de réforme, est devenue au fil des années, bureaucratique et formelle. Sous prétexte de l'urgence, de la nature technique des matières traitées ou du nouvel équilibre entre les institutions (surtout dans le processus propre à la zone euro), les consultations internes à la Commission avant le lancement de propositions sont devenues moins importantes, voire inexistantes<sup>8</sup>.

Le confinement technique et politique des instances de gouvernance européenne a plusieurs conséquences négatives. Il conduit à des erreurs plus ou moins graves d'analyse et de proposition<sup>9</sup>, il empêche l'appropriation par les acteurs économiques et sociaux des programmes envisagés, il décourage toute discussion publique à un moment utile. Il amplifie et multiplie le manque de clarté de l'ensemble du processus.

Il en découle que les filtres habituels du processus politique constitués par les débats pu- ●●●

4. Exclusions qui visent les rémunérations, le droit d'association, le droit de grève et le droit de « lock-out ».

5. « Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales. »

6. « Dispositions relatives aux principes démocratiques ».

7. Reconnaisant ces insuffisances, Valdis Dombrovskis, vice-président de la Commission pour l'euro et le dialogue social, déclarait le 4 mars 2015 en annonçant « un nouveau départ » du dialogue social européen : « (...) une série de mesures que prendra la Commission pour réaffirmer son engagement en faveur du dialogue avec les partenaires sociaux, dans le but de façonner les politiques européennes qui nous concernent tous. Il s'agit là d'une évolution d'envergure, eu égard notamment au mandat de la Commission en matière de gouvernance économique de l'UE et au défi consistant à assurer durablement et équitablement la reprise de l'économie européenne ».

8. Le but de l'exercice consiste à déterminer de quelle façon le dialogue social peut apporter une contribution utile, entre autre, au semestre européen et à la stratégie macroéconomique de l'UE.

9. Le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, reconnaissait le 19 février 2015, dans une intervention au Comité économique et social européen, que la précédente Commission n'avait jamais discuté en collège la situation ou les mesures pour la Grèce, laissées à la décision (hautement politique) des instances dites « techniques » de la Troïka.

9. L'extravagance la plus connue, peut-être, a été le courrier adressé au début de septembre 2012 par la Troïka au ministre des Finances grec lui imposant, parmi d'autres actions, de décréter la semaine des six jours de travail dans le ○○○

●●● blics, les contributions des organisations concernées et le jeu normal des interactions entre les forces politiques ne sont pas présents, ou le sont très peu, dans cette ambiance insonorisée. Autant de raisons additionnelles pour renforcer le contrôle juridictionnel, et en particulier le contrôle de constitutionnalité de ces actes ou de ceux qui sont pris en leur conséquence.

### 4 L'ÉQUILIBRE DES RÉSULTATS

Les deux déficiences du système de gouvernance économique analysées ci-dessus amplifient aussi les risques de mauvaises décisions. C'est un facteur très présent dans la gouvernance économique qui contribue grandement à l'accroissement du risque de mesures mal fondées.

L'ensemble de la stratégie de sortie de crise mise en œuvre par l'UE en circonstances d'ailleurs de pression extrême, ainsi que les mesures particulières en découlant, ont été définies, proposées et, dans certains cas, mises en œuvre, sans qu'on connaisse en profondeur leur bien-fondé, leur justification et leur impact réel, économique et social.

Pourtant, depuis au moins 2009, la Commission européenne s'engage dans des évaluations d'impact coût-bénéfices, *ex ante* et *ex post* de toute mesure réglementaire qu'elle propose ou adopte<sup>10</sup>. Et le Traité de Lisbonne a introduit à l'article 9 TFUE ce que la doctrine appelle généralement la clause sociale selon laquelle « *Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine.* »

L'absence d'une étude sérieuse de la portée et de l'impact de l'ensemble des mesures adoptées dans le cadre de la gouvernance économique européenne justifie d'ailleurs l'échec économique de bon nombre d'entre elles, devenu évident avec la faiblesse des données macroéconomiques actuelles et de l'avenir prévisible. Cette déficience a aussi permis de méconnaître les immenses conséquences sociales à court terme de la plupart des mesures adoptées.

Pour ce qui concerne le contrôle de la conformité avec les constitutions nationales des mesures arrêtées par l'UE et les États membres en réaction à la crise et, plus généralement, dans le cadre de l'ensemble de la gouvernance économique européenne, il importe de mentionner une autre conséquence problématique de la légèreté de l'UE dans le fondement de ses politiques économiques les plus récentes.

Le contrôle de constitutionnalité se base souvent sur la recherche d'un équilibre entre des objectifs politiques et des résultats opposés. Cet équilibre se construit autour des notions de subsidiarité et de proportionnalité, qui sont d'ailleurs inscrites également dans les traités<sup>11</sup>. L'omission ou l'insuffisance des évaluations d'impact rend l'application de ces principes par les tribunaux constitutionnels très ardue.

L'Union européenne, et la Commission en premier lieu, a acquis au fil des années, à juste titre, une réputation indéniable en terme de compétence, qui pourrait conduire à prendre comme acquis les bons fondements de toutes ses politiques. Il semble, dans ce contexte, important de bien confirmer, par des analyses à mener par les juridictions de contrôle constitutionnel la justification économique et sociale des dispositions soumises au contrôle de constitutionnalité lorsque leur proportionnalité et leur équilibre doivent être appréciés. ■

○○○ but d'accroître la productivité. Cette action, qui revenait sur une évolution de décennies visant à mettre en place la semaine des cinq jours, serait à mettre en œuvre immédiatement dans tous les secteurs de l'économie, ce qui donne la mesure de l'ignorance par les personnes en charge de la Troïka du fonctionnement réel de l'économie, des entreprises et des sociétés. Elle a été rapidement mise de côté et soigneusement effacée de tous les programmes ultérieurs. Moins insolite, mais plus dommageable, a été la grosse erreur faite dans le calcul des conséquences de l'austérité sur la croissance en Grèce (mais la recette a été et continue à être imposée ailleurs) que le FMI a reconnu « *a posteriori* », en janvier 2013, par la plume de son « *chief economist* », Olivier Blanchard. Cette erreur a été partagée par les autres partenaires de la Troïka, la Commission européenne et la BCE.

10. Avec des étapes très bien définies : l'identification du problème, la définition des objectifs, l'indication des différentes options politiques, l'analyse de l'impact de chacune d'entre elles, leur comparaison et la définition d'indicateurs de progrès et des dispositions d'accompagnement et d'évaluation *ex post*. « *Impact Assessment Guidelines* », SEC(2009) 92, 15 janv. 2009.

11. Art. 5 TUE, ex-art. 5 TCE, §§ 3 et 4.





