

Conférence sur  
*Les droits sociaux dans l'Europe actuelle :  
le rôle des tribunaux nationaux et européens*  
Nicosie, 24 février 2017

*Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union  
européenne : l'ouverture au processus de Turin*

Luis JIMENA QUESADA  
Professeur de droit constitutionnel (université de Valence, Espagne)  
Ancien président du Comité européen des Droits sociaux  
Membre du Réseau académique sur  
la Charte sociale européenne et les droits sociaux

RÉSUMÉ

L'auteur met en lumière l'évolution paradoxale de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) dans le domaine des droits sociaux : après avoir joué par le passé un rôle prétorien dans un contexte de « pouvoirs implicites » découlant des dispositions minimalistes du droit de l'Union européenne, elle fait aujourd'hui preuve d'une retenue manifeste malgré des « compétences explicites » et les développements du droit primaire de l'UE (dont la Charte des droits fondamentaux). Dans cette perspective, il est proposé que la Cour de Justice et les juridictions nationales s'ouvrent au processus de Turin grâce à la volonté positive des juges à cet égard (prise en compte des synergies entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe – y compris la jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux).

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques préalables : aperçu de l'évolution des droits sociaux au niveau normatif européen ; référence progressive aux instruments du Conseil de l'Europe en matière de droits sociaux. II. La protection des droits sociaux offerte par la jurisprudence prétorienne de la Cour de Justice. III. Consolidation de la jurisprudence classique en matière sociale en vertu du droit dérivé de l'UE. IV. Retenue paradoxale de la Cour de Justice malgré les développements du droit primaire de l'UE. V. Considérations finales : la nécessaire ouverture de la Cour de Justice et des juridictions nationales au « processus de Turin ».

I. Remarques préalables : aperçu de l'évolution des droits sociaux au niveau normatif européen ; référence progressive aux instruments du Conseil de l'Europe en matière de droits sociaux

L'évolution des droits sociaux au niveau normatif européen a été liée à la mise en œuvre de la politique sociale dont les objectifs sont actuellement énoncés à l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>1</sup>. Cette disposition, et en

---

<sup>1</sup> Art. 151 TFUE : « L'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. À cette fin, l'Union et les États membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles, ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de l'Union. Ils estiment qu'une telle évolution résultera

particulier son dernier paragraphe (harmonisation des systèmes sociaux), a un précédent dans la disposition qui ouvre le chapitre 1 (« Dispositions sociales ») du Titre III (« La politique sociale ») du Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité CEE), c'est-à-dire l'article 117<sup>2</sup>.

En réalité, le Traité CEE de 1957 contenait peu de dispositions relatives à la politique sociale, laquelle a été pensée en lien étroit avec deux grands objectifs : la libre concurrence et la mobilité des travailleurs. À cet égard, il a été noté que l'intégration économique était l'objectif premier de la CEE et de son prédécesseur, la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), comme en témoignent les traités fondateurs<sup>3</sup>. En ce sens, même les traités instituant la CECA en 1951 et la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) en 1957 ont mis davantage l'accent sur la politique sociale que le Traité de Rome. Cela s'explique par le fait que, dans la mesure où elles concernaient des secteurs spécifiques (charbon, acier, énergie nucléaire), la CECA et l'Euratom étaient investies d'un mandat assez solide en matière de politique sociale face aux évolutions rapides dans ces secteurs et à leurs répercussions sur l'emploi et la santé. La CECA disposait de fonds pour intervenir en faveur des travailleurs licenciés, et l'Euratom était habilitée à établir des normes en matière de santé et de sécurité.

L'adoption de l'Acte unique européen en 1986 a ensuite imprimé un nouvel élan dans plusieurs domaines relevant de la politique sociale, comme le milieu du travail (pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs) et le dialogue social (nouveaux articles 118.a et 118.b du Traité CEE). L'Acte unique a aussi introduit dans son préambule la première référence à la Charte sociale européenne de 1961 dans les traités fondateurs<sup>4</sup>. Cette référence au principal instrument du Conseil de l'Europe en matière de droits sociaux a acquis force contraignante avec le Traité d'Amsterdam de 1997, après son inclusion dans l'ancien article 117 du Traité CEE, devenu article 136 TCE. Le libellé de ce dernier, dans le Traité de Lisbonne de 2007, reste identique à celui de l'article 151 TFUE (hormis l'emploi des termes « Union » au lieu de « Communauté » et « marché intérieur » au lieu de « marché commun », afin d'actualiser les notions)<sup>5</sup>.

---

tant du fonctionnement du marché intérieur, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par les traités et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives. »

<sup>2</sup> Art. 117 traité CEE : « Les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives. »

<sup>3</sup> ANDERSON, K. M., *Social Policy in the European Union*, Palgrave Macmillan, Londres, 2015, p. 52-54.

<sup>4</sup> Selon le préambule de l'Acte unique, les États membres sont « décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les Constitutions et lois des États membres, dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale ».

<sup>5</sup> En particulier, l'article 151 TFUE mentionne explicitement « la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 » (ainsi que la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989). Parallèlement, dans le préambule du Traité sur l'Union européenne (TUE), les États membres confirment « leur attachement aux droits sociaux fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, et dans la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 ». D'un point de vue formel, la contribution du Traité de Lisbonne à la politique sociale semble purement terminologique. En effet, outre l'inclusion du domaine de la « politique sociale » dans le champ des « compétences partagées entre l'Union et ses États

L'introduction du progrès social dans le droit primaire de l'UE a en effet suivi un processus « asymétrique » (conformément à la dynamique de l'« Europe à plusieurs vitesses »). Ainsi, en 1989, le Royaume-Uni a été le seul des 12 États membres d'alors à ne pas signer la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, pourtant conçue comme un simple document d'orientation qui n'avait rien d'obligatoire. En 1992, il a également fallu inclure le noyau de la politique sociale sous la forme d'un protocole annexé au Traité de Maastricht afin de prévoir la possibilité d'insérer une clause de renonciation, toujours pour le Royaume-Uni. Le Traité d'Amsterdam de 1997 a amélioré pour sa part la portée de la clause de non-discrimination (nouvel article 13 TCE), tandis que le Traité de Nice de 2001 a donné naissance au Comité de la protection sociale et s'est efforcé de mieux appliquer la « méthode ouverte de coordination », de manière à compenser la réalisation du marché intérieur par la protection des droits sociaux. Enfin, le Traité de Lisbonne de 2007 a conféré force contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) [nouvel article 6.1 TUE] en autorisant le recours à de confuses clauses de renonciation, par la Pologne et le Royaume-Uni d'abord, puis par la République tchèque<sup>6</sup>. Malheureusement, le modèle social européen s'est trouvé une nouvelle fois contesté par le Royaume-Uni dans le cadre du vote sur le « Brexit »<sup>7</sup>.

## II. La protection des droits sociaux offerte par la jurisprudence prétorienne de la Cour de Justice

En théorie, on pourrait considérer que les droits sociaux étaient susceptibles de bénéficier de la jurisprudence prétorienne initiale de la Cour de Justice, laquelle affirme, sans s'appuyer sur un fondement juridique écrit, que les droits individuels « naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le Traité [...] » mais aussi « indépendamment de la législation des États membres », étant donné que ces droits « entrent dans leur patrimoine juridique » (arrêt Van Gend & Loos du 5 février 1963, affaire 26/62). Autrement dit, les droits sociaux doivent figurer au nombre des « droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect » (arrêt Stauder du 12 novembre 1969, affaire 29/69), ainsi que des « droits

---

membres », le Traité de Lisbonne indique que l'intitulé du Titre XI « Politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse » (ancienne numérotation du Traité instituant la Communauté européenne, TEC) est remplacé par l'intitulé « Politique sociale », avec une nouvelle numérotation (Titre X), dans le TFUE.

<sup>6</sup> Voir le Protocole n° 30 annexé aux traités concernant l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni (qui restreint son interprétation par la Cour de Justice et par les juridictions nationales de ces deux pays, en particulier en ce qui concerne les droits relatifs à la « Solidarité ») et le protocole annexé aux Conclusions de la Présidence du Conseil européen des 29 et 30 octobre 2009 (Protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la République tchèque, qui implique la modification du Protocole n° 30).

<sup>7</sup> Voir le Livre blanc officiel du Gouvernement britannique sur le Brexit (intitulé *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union [La sortie du Royaume-Uni et le nouveau partenariat avec l'Union européenne]*, il a été soumis au Parlement par la Première ministre, Theresa May, en février 2017) et, en particulier, le chapitre 2 (« Prendre le contrôle de nos propres lois : Nous prendrons le contrôle de nos propres affaires, comme l'ont exigé par millions ceux qui ont voté pour sortir de l'UE, et mettrons fin à la juridiction de la Cour de Justice de l'Union européenne », p. 13) et le chapitre 7 « Protection des droits des travailleurs : Le droit du travail au Royaume-Uni va déjà au-delà de nombreuses normes définies dans la législation de l'UE et ce gouvernement va protéger et renforcer les droits des personnes au travail », p. 31). Par ailleurs, le paragraphe 2 de l'arrêt rendu le 24 janvier 2017 par la Cour suprême britannique résume la procédure qui a abouti au vote en faveur du Brexit ainsi que la complexe procédure de retrait prévue par l'article 50 TFUE (<https://www.supremecourt.uk/news/article-50-brexite-appeal.html>, consulté le 8 février 2017).

fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions » des États membres ; « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire » (arrêt Nold du 14 mai 1974, affaire 4/73).

Cette approche théorique semblait avoir été confirmée dans l'affaire Defrenne III (arrêt du 15 juin 1978, affaire 149/77) : la Cour y déclarait avoir « déjà itérativement constaté que le respect des droits fondamentaux de la personne humaine fait partie des principes généraux du droit communautaire dont elle a pour mission d'assurer le respect » et ajoutait, en lien avec l'article 119 TCEE, « qu'on ne saurait mettre en doute le fait que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie de ces droits fondamentaux ; que, d'ailleurs, les mêmes conceptions sont reconnues par la Charte sociale européenne, du 18 [octobre] 1961, et par la Convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination en matière d'emploi, du 25 juin 1958 ». Cependant, la Cour de Justice a refusé d'admettre, sous l'angle de l'article 119, l'existence en droit communautaire d'un quelconque principe général interdisant la discrimination fondée sur le sexe, s'agissant des conditions d'emploi et de travail des hommes et des femmes et, partant, a estimé qu'il n'existait pas « de règle de droit communautaire prohibant les discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins en matière de conditions de travail autres que le régime des rémunérations visé par l'article 119 du Traité ».

De ce point de vue, la jurisprudence prétorienne de la Cour de Justice pourrait être relativisée dans le domaine des droits sociaux, dans la mesure où elle s'est avérée clairement formaliste. Un tel formalisme a été confirmé dans l'affaire Kalanke en 1995<sup>8</sup>. C'est dans ce contexte que le Traité d'Amsterdam de 1997 (article 141 TCE) est venu ajouter deux autres paragraphes relatifs à la procédure législative et aux mesures positives, dont la teneur est quasiment identique à celle des actuels paragraphes 3 et 4 de l'article 157 TFUE après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne<sup>9</sup>. En d'autres termes, l'une des nouveautés introduites par le Traité d'Amsterdam a été la prise en compte de l'évolution de la perspective de genre, l'objectif étant d'établir un fondement juridique spécifique en la matière dans les traités européens et d'en finir ainsi avec l'approche restrictive établie par la Cour de Justice dans l'arrêt Kalanke, lequel a commencé à être révisé dans l'arrêt Marschall relatif à une disposition analogue à celle mise en cause dans l'arrêt Kalanke mais comportant une « clause de sauvegarde »<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cour de Justice, arrêt Kalanke du 17 octobre 1995, affaire C-450/93 : « L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, s'oppose à une réglementation nationale qui, comme en l'espèce, accorde automatiquement, à qualifications égales entre candidats de sexe différents retenus en vue d'une promotion, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, considérant qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée d'un service et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme ».

<sup>9</sup> Voir également le Protocole (n° 33) relatif à l'article 157 TFUE.

<sup>10</sup> Cour de Justice, arrêt Marschall du 11 novembre 1997, affaire C-409/95 : « ... l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat

Avant l'affaire Kalanke, la jurisprudence de la Cour de Justice s'appuyait essentiellement sur deux importants textes juridiques adoptés sur le fondement de l'article 119 du Traité CEE : la Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, et la Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Ces deux directives<sup>11</sup> ont par la suite été abrogées et actualisées par la Directive 2006/54/CE<sup>12</sup>.

En conclusion, la Cour de Justice a étoffé sa jurisprudence prétorienne concernant le droit primaire de l'UE lorsqu'elle avait à sa disposition un fondement juridique explicite<sup>13</sup>. Dans l'affaire Defrenne II, par exemple (arrêt du 8 avril 1976, affaire 43/75 qui mettait en jeu l'application du principe de l'égalité des rémunérations homme-femme énoncé dans l'article 119 du Traité CEE), elle avait déjà reconnu que l'article 119 du Traité CEE était de nature à avoir un effet non seulement vertical (en ce qu'il ne joue pas simplement dans les relations entre les particuliers et les pouvoirs publics), mais aussi horizontal (c.-à-d. entre particuliers, approche *Drittwirkung*)<sup>14</sup>, étant donné que « la prohibition de discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers »<sup>15</sup>.

### III. Consolidation de la jurisprudence classique en matière sociale en vertu du droit dérivé de l'UE

La jurisprudence classique de la Cour de Justice a de toute évidence été consolidée par l'interprétation d'un large éventail de règles de droit dérivé visant à prévenir les

---

masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur, à condition que : elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin, et de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins ».

<sup>11</sup> Autre texte lié : Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. À cet égard, voir Cour de Justice, arrêt Richardson du 19 octobre 1995, affaire C-137/94 : « L'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7 n'autorise pas un État membre qui, en application de cette disposition, a fixé l'âge de la retraite des femmes à 60 ans et celui des hommes à 65 ans à prévoir également que les femmes bénéficient d'une exonération des frais médicaux dès l'âge de 60 ans et les hommes uniquement dès l'âge de 65 ans. »

<sup>12</sup> Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

<sup>13</sup> S'agissant de la rémunération, dans son arrêt du 13 septembre 2007 (affaire C-307/0, Del Cerro Alonso), la Cour de Justice a souligné que le principe de non-discrimination ne saurait être interprété de manière restrictive.

<sup>14</sup> Voir DE MOL, M., "The Novel Approach of the CJEU on the Horizontal Direct Effect of the EU Principle of Non-Discrimination: (Unbridled) Expansionism of EU Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 18, 2011, p. 109-135. L'auteur examine plus particulièrement la « question sensible » de l'application du principe européen de non-discrimination dans le cadre de litiges privés (notamment affaire Mangold, C-144/04, arrêt du 22 novembre 2005, et affaire Küçükdeveci, C-555/07, arrêt du 19 janvier 2010).

<sup>15</sup> Paragraphe 39.

comportements discriminatoires. Les institutions de l'UE ont ainsi adopté plusieurs directives pour mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement par l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe (directive n° 2006/54/CE sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes) et de la discrimination raciale (directive n° 2000/43/CE sur l'égalité raciale), ainsi que de toute discrimination fondée sur l'âge, le handicap, la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle (directive n° 2000/78/CE sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail).

Le droit dérivé de l'UE s'est également développé dans le domaine de la santé et sécurité au travail sur le fondement explicite de l'article 118.a du Traité CEE (introduit en droit primaire par le biais de l'Acte unique), auquel correspond l'article 153 TFUE. Il en est ainsi – et c'est son objectif – de la Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail<sup>16</sup>.

L'UE a en outre encouragé les États membres à collaborer avec les partenaires sociaux afin de continuer à lutter contre le problème persistant des disparités salariales entre les femmes et les hommes et de la forte ségrégation du marché du travail au moyen de modalités souples d'aménagement du temps de travail qui puissent donner aux femmes comme aux hommes la possibilité de mieux concilier leurs engagements familiaux et professionnels. À cet égard, le travail à temps partiel constitue un moyen de tester, comme le prévoit l'article 157.2 TFUE, non seulement le principe spécifique de « l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur » et, partant, la lutte contre l'écart salarial entre hommes et femmes, mais aussi un cadre plus large garantissant « l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ».

Dans cette perspective, la jurisprudence de la Cour de Justice a été amenée à trancher certaines controverses concernant l'interprétation et l'application de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES le 6 juin 1997<sup>17</sup>. La Cour a également jugé contraire au droit communautaire une réglementation d'un État membre qui exige des travailleurs à temps partiel, dont la grande majorité est constituée de femmes, une durée de cotisation proportionnellement plus importante que celle requise des travailleurs à temps plein pour pouvoir prétendre, le cas échéant, à une pension de retraite contributive dont le montant est amputé d'un pourcentage correspondant à la nature de leur temps de travail<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Voir affaire Paquay, C-460/06, arrêt du 11 octobre 2007, paragraphe 27, et affaire Danosa, C-232/09, arrêt du 11 novembre 2010, paragraphe 58.

<sup>17</sup> Annexé à la directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 (modifiée par la directive 98/23/CE du Conseil du 7 avril 1998). Voir, entre autre, les arrêts du 5 novembre 2014 (arrêt Österreichischer Gewerkschaftsbund, affaire C476/12), 19 septembre 2013, (arrêt Hliddal, affaires jointes C-216/12 et C-217/129), 8 novembre 2012 (arrêt Heimann et Toltschin, affaires jointes C-229/11 et C-230/11), 10 avril 2010 (arrêt Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, affaire C-486/08), 7 septembre 2004 (arrêt Commission c. Belgique, affaire C-469/02), 23 octobre 2003 (arrêt Schönheit et Becker, affaires C-4/02 et C-5/02) et 9 septembre 1999 (arrêt Krüger, affaire C-281/97).

<sup>18</sup> Dans l'arrêt Elbal Moreno du 22 novembre 2012, affaire C-285/11, la Cour de Justice conclut en particulier à une discrimination indirecte fondée sur le sexe, dans la mesure où la mesure nationale litigieuse, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes. Selon la Cour, « une réglementation telle que celle en cause au principal désavantage les travailleurs à temps partiel tels que la requérante au principal, qui ont pendant longtemps effectué un travail à temps partiel réduit, dès lors que, en raison de la méthode utilisée pour calculer la période de cotisation exigée pour accéder à une pension de retraite, cette réglementation exclut, en pratique, ces travailleurs de toute

À l'évidence, le droit dérivé de l'UE a su évoluer de pair avec l'extension de la « dynamique de l'intégration » aux volets sociaux par le biais des différentes « réformes d'approfondissement » des traités fondateurs. Ces traités ont néanmoins laissé un vide partiel en termes de politique sociale au sens où les objectifs n'ont pas été assortis d'instruments efficaces<sup>19</sup>, lacune qui n'est pas encore totalement corrigée. De fait, malgré la répartition explicite des compétences entre l'Union européenne et les États membres opérée par le Traité de Lisbonne, il est vrai qu'un certain degré d'ambiguïté persiste faute d'une délimitation précise des critères européens et nationaux applicables en vue de la réalisation de la politique sociale transversale, dans la mesure où la différenciation entre objectif, compétence et autres notions connexes demeure complexe<sup>20</sup>.

En outre, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne est intervenue dans un contexte de crise économique<sup>21</sup>, ce qui a encore affaibli ces instruments de politique sociale<sup>22</sup>. En effet, l'élaboration de politiques en la matière n'a pas été consolidée conformément aux « procédures prévues par les traités », mais selon de nouvelles procédures controversées impulsées par la Troïka. De surcroît, la crise économique a amplifié l'importance de la « méthode ouverte de coordination » (MOC) de l'Union européenne, une forme de « droit souple » qui ne débouche pas sur des mesures législatives contraignantes mais demande seulement aux États membres de diffuser les meilleures pratiques et d'assurer une plus grande convergence dans le domaine social<sup>23</sup>. Le Parlement européen avait alerté, avant même la crise, sur l'utilisation abusive d'instruments juridiques non contraignants<sup>24</sup>.

Il en résulte que le nouveau scénario a aussi affaibli le rôle de la Cour de Justice de l'Union européenne et de sa jurisprudence en matière sociale. Par conséquent, l'un des principaux enjeux dans ce domaine, du point de vue de la jurisprudence de la Cour, est de fournir aux juridictions nationales davantage d'éléments aux fins de garantir la pleine réalisation des droits sociaux par la prise en compte des instruments potentiels déjà prévus par le droit primaire de l'UE (comme la « clause sociale horizontale »<sup>25</sup> – article 9 TFUE<sup>26</sup> – et, bien

---

possibilité d'obtenir une telle pension » (paragraphe 30). Il était statistiquement prouvé qu'une réglementation telle que celle en cause affectait une proportion bien plus importante de femmes que d'hommes, dès lors que, en Espagne, au moins 80 % des travailleurs à temps partiel étaient des femmes.

<sup>19</sup> ANDERSON, K.M., *op. cit.*, p. 52-54.

<sup>20</sup> LÖRCHER, K., "Social Competences", in SCHÖMAN, I., LÖRCHER, K. et BRUUN, N. (dir.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 165.

<sup>21</sup> JIMENA QUESADA, L., *Social Rights and Policies in the European Union: New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Tirant lo Blanch, Valence, 2016.

<sup>22</sup> Voir GARCÍA NINET, J. I. (dir.), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014*, Ariel, Barcelone, 2014.

<sup>23</sup> TRUBEK, D., "Hard Law and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Co-ordination", *European Law Journal*, n° 11(3), 2005, p. 343-364. Voir aussi LÓPEZ GUERRA, L., « Soft Law y sus efectos en el ámbito del Derecho europeo de los derechos humanos », *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n° 11, 2012, p. 150-167.

<sup>24</sup> Voir la Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2007 sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law) (2007/2028(INI)) : « (...) 18. rappelle qu'il importe que le Parlement, en tant que premier représentant des intérêts des citoyens de l'Union européenne, participe à tous les processus de décision, afin de contribuer à réduire la défiance actuelle de ces citoyens à l'égard de l'intégration et des valeurs européennes ; 19. souligne que la notion d'instrument juridique non contraignant ne devrait jamais être utilisée ni invoquée dans aucun document officiel des institutions européennes. »

<sup>25</sup> VIELLE, P., "How the Horizontal Social Clause can be made to Work: The Lessons of Gender Mainstreaming", in SCHÖMAN, I., LÖRCHER, K. et BRUUN, N. (dir.), *The Lisbon*

sûr, la dimension sociale de la citoyenneté européenne – articles 18, 20 et 21 TFUE<sup>27</sup> –, sans oublier la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), combinée à une conception plus large de l'Europe sociale (dans l'esprit du « processus de Turin »<sup>28</sup>).

#### IV. Retenue paradoxale de la Cour de Justice malgré les développements du droit primaire de l'UE

Dans les traités fondateurs, l'action de la Communauté en matière sociale n'était étayée par aucune compétence explicite. Aussi le droit dérivé relatif aux questions sociales adopté au sein des communautés européennes originelles reposait-il sur la théorie des « pouvoirs implicites » découlant de l'article 235 du Traité CEE (devenu l'article 308 TCE et désormais remplacé par une disposition qu'il est convenu d'appeler la « clause de flexibilité », c.-à-d. l'article 352 TFUE), et ce dans le contexte des efforts déployés en vue d'harmoniser les dispositions nationales concernant le marché intérieur (ex-article 100 Traité CEE, devenu article 94 TCE puis article 115 TFUE)<sup>29</sup>. Un tel fondement juridique impliquait de mettre en pratique la règle de l'unanimité.

---

*Treaty and Social Europe, op. cit.*, p. 105. Selon cette auteure, de nombreuses occasions d'invoquer la nouvelle clause sociale horizontale devant les juridictions nationales et la Cour de Justice afin de réitérer les objectifs sociaux assignés par le traité se présenteront régulièrement, y compris lorsque les libertés économiques consacrées par ce même traité seront soumises à examen.

<sup>26</sup> Art. 9 TFUE : « 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'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine. »

<sup>27</sup> Voir KORTEWEG, G.C., *Linking EU citizenship and social rights: 'real link' or illusion? A research of the case law of the Court of Justice on EU citizens' access to social rights*, mémoire de master en droit européen, université d'Utrecht, avril 2015. L'auteure analyse l'apport de la jurisprudence de la Cour de Justice concernant les droits sociaux revendiqués par des citoyens européens au développement de la notion de citoyenneté européenne. Cette notion, consacrée par les articles 20 et 21 TFUE, est interprétée en tenant compte du principe d'égalité de traitement consacré par l'article 18 TFUE. Par sa jurisprudence, la Cour a largement contribué à la solidarité européenne et assure à tous les citoyens européens un certain niveau de protection sociale. Cependant, dans plusieurs affaires récentes – voir en particulier les arrêts Brey (affaire C-140/12, 19 septembre 2013) et Dano (affaire C-333/13, 11 novembre 2014) qui définissent les frontières de la citoyenneté européenne –, il est apparu clairement que les citoyens européens sont encore soumis à certaines limitations et conditions. S'agissant du rôle de la Cour de Justice dans l'apaisement des tensions entre les principes du marché international (en matière de soins de santé) et les droits sociaux des citoyens de l'Union, voir notamment LENAERTS, K. et HEREMANS, T., « Contours of a European social union in the case-law of the European Court of Justice », *European Constitutional Law Review*, vol. 2 (1), février 2006, p. 101-115.

<sup>28</sup> Les références principales du processus de Turin sont : 1. *le Rapport général de la Conférence de Turin*, établi par M. Michele Nicoletti, vice-président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ; 2. *le « Document de Bruxelles »*, élaboré par un groupe d'experts académiques présidés par M. Jean-François Akandji-Kombé, ancien coordinateur général du Réseau académique sur la Charte sociale européenne et les droits sociaux, suite à la Conférence à haut niveau sur le futur de la protection des droits sociaux en Europe, qui s'est déroulée à Bruxelles les 12-13 février 2015 sous l'égide de la Présidence belge du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Au sein du Conseil de l'Europe, le Comité des Ministres examine actuellement les propositions contenues dans ces documents ; en outre, une motion visant un rapport de l'Assemblée parlementaire sur le « processus de Turin » a été récemment proposée par M. Nicoletti. Tous les documents pertinents peuvent être consultés sur le site <http://www.coe.int/fr/web/turin-process>.

<sup>29</sup> Voir par exemple la Directive 75/129/CEE du Conseil, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.



Par la suite, l'Acte unique européen a conféré des prérogatives explicites aux institutions européennes en remplaçant la règle de l'unanimité par celle de la majorité qualifiée dans les matières touchant au milieu de travail « pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs » (article 118.a du Traité CEE, qui coïncide avec l'actuel article 153.1.a TFUE). Le Traité de Maastricht a ensuite élargi (uniquement par le biais de l'accord annexé au Protocole sur la politique sociale, assorti d'une clause de renonciation pour le Royaume-Uni) le vote à la majorité qualifiée à plusieurs domaines : les conditions de travail (article 153.1.b TFUE et article 31 CDFUE), l'information et la consultation des travailleurs (article 153.1.e TFUE et article 27 CDFUE), l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail (article 153.1.i TFUE et article 23 CDFUE), et l'intégration des personnes exclues du marché du travail (article 153.1.h TFUE).

Le Protocole sur la politique sociale incorporé au Traité de Maastricht maintenait toutefois la règle de l'unanimité dans d'autres domaines : la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs (article 153.1.c TFUE et article 34 CDFUE), la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail (article 153.1.d TFUE et article 30 CDFUE), la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs (article 153.1.f TFUE), les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union (articles 153.1.g et 179.2.b TFUE et article 15 CDFUE) et les contributions financières visant la promotion de l'emploi et la création d'emplois. En revanche, ses dispositions ne s'appliquaient ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out. De même, l'article 153.5 TFUE maintient cette exclusion.

Le Traité d'Amsterdam a incorporé ce Protocole sur la politique sociale dans les dispositions du TCE (article 137). La nouvelle version de l'article 137 TCE adoptée en 2001 par le Traité de Nice a ajouté deux autres domaines relevant de la politique sociale : la lutte contre l'exclusion sociale (par. 1.j) et la modernisation des systèmes de protection sociale (par. 1.k), dont on notera la concordance exacte (comme pour toute la liste) avec les paragraphes de l'actuel article 153.1 TFUE. Ceci mis à part, le Traité de Nice comme le Traité de Lisbonne ont maintenu la règle de l'unanimité (établie dans le protocole social annexé au Traité de Maastricht et au Traité d'Amsterdam) en ce qui concerne la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs, la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, et les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union. Sous cet angle, la principale différence qualitative entre le Traité de Lisbonne et les révisions antérieures (principalement le Traité d'Amsterdam et le Traité de Nice) réside dans le fait que le TFUE a étendu la procédure législative ordinaire (l'ancienne procédure de codécision) à ces différents volets sociaux<sup>30</sup>.

Quoi qu'il en soit, mettre en pratique l'action de l'Union dans ces domaines est très complexe (comme l'est aussi l'emploi de l'adjectif « social »)<sup>31</sup>, non seulement en raison de

---

<sup>30</sup> L'article 153.2 TFUE se lit comme suit : « À cette fin, le Parlement européen et le Conseil... », et l'article 137 TCE (versions consolidées d'Amsterdam et de Nice), comme suit : « À cette fin, le Conseil... ».

<sup>31</sup> En jargon communautaire, « social » se rapporte aussi à la politique de l'emploi, aux conditions de travail et à la législation du travail. De ce point de vue, l'adjectif « social » peut s'appliquer non seulement au titre X du TFUE, qui traite spécifiquement de la « Politique sociale », mais aussi à ses titres IX (« Emploi »), XII (« Éducation, formation professionnelle, jeunesse et sport ») et XVIII (« Cohésion économique, sociale et territoriale »). Il y a également lieu de rappeler qu'avant le traité de Lisbonne, la politique sociale était englobée dans un titre

l'existence de différents acteurs et de différentes procédures possibles prévus par l'article 153 TFUE (États membres, institutions, organes et organismes de l'Union, et partenaires sociaux européens), mais encore parce que la répartition des compétences pose d'évidents problèmes de délimitation s'agissant de la politique sociale<sup>32</sup>.

Comme chacun sait, la « Stratégie de Lisbonne » (entérinée lors du Conseil européen de Lisbonne en mars 2000 et assortie d'objectifs à l'horizon 2010) prévoyait entre autres, dans le cadre d'une approche globale, de favoriser l'intégration des personnes touchées par la pauvreté ou l'exclusion sociale. De même, la Stratégie Europe 2020 (entrée en vigueur le 17 juin 2010 pour succéder à la Stratégie de Lisbonne) a défini cinq grands objectifs stratégiques, dont deux directement liés aux politiques de l'emploi et aux politiques sociales. Ainsi, l'Union européenne doit atteindre un taux d'emploi global (hommes et femmes) de 75 % et réduire de 20 millions le nombre de personnes touchées ou menacées par la pauvreté et l'exclusion sociale d'ici à 2020.

Sur ce dernier point, alors que l'article 153.1.j TFUE mentionne « la lutte contre l'exclusion sociale », la liste des actions potentielles et les procédures à suivre qui figure à l'article 153.2 TFUE n'en fait plus état. Autrement dit, paradoxalement, le paragraphe 2 de l'article 153 TFUE ne donne pas aux institutions de l'UE les moyens de prendre la moindre mesure en vue d'atteindre les objectifs visés au paragraphe 1. Comment compenser cette omission intentionnelle ? D'une part, il est clair que, conformément au principe de subsidiarité, les autorités locales, régionales et nationales des États membres sont en première ligne et qu'il leur revient la tâche cruciale de mettre en place des initiatives en vue de combattre la pauvreté et l'exclusion sociale. Mais, d'autre part, il est également évident que la lutte contre les exclusions est non seulement l'un des objectifs sociaux de l'Union conformément à l'article 151 TFUE (combiné avec l'article 153 TFUE), mais encore l'un des grands objectifs généraux énoncés à l'article 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE), qui fait référence à une « économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social » et ajoute que l'Union « combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociale, [...] la solidarité entre les générations... » (paragraphe 3)<sup>33</sup>.

En conséquence, l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux doit aussi être pris en compte par les « institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de

---

plus large – « Politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse » (titre VIII dans le Traité de Maastricht et titre XI dans les traités d'Amsterdam et de Nice).

<sup>32</sup> CRAIG, P., *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 180 – « Les difficultés dans ce domaine sont particulièrement marquées étant donné que certains aspects de la politique sociale relèvent d'une compétence partagée avec l'UE, sans plus de précisions ; d'autres aspects semblent relever de la catégorie des compétences d'appui, c'est-à-dire pour soutenir, coordonner ou compléter les actions des pays de l'UE, bien qu'ils ne figurent pas sur la liste pertinente et qu'il existe en outre une disposition distincte pour la politique sociale dans la catégorie ici considérée. »

<sup>33</sup> Le paragraphe 5 de l'article 3 TUE indique en outre que « dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à [...] la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme ». Dans le même esprit, ces objectifs généraux énoncés à l'article 3 TUE sont étroitement liés aux valeurs mentionnées à l'article 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

subsidiarité », ainsi que par les « États membres » lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (conformément à l'article 51 CDFUE). Aux termes de l'article 34, paragraphe 3, de la Charte, « 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 modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ».

Au vu de cette dernière considération, il importe de citer l'Explication qui accompagne l'article 34, dans laquelle il est fait explicitement référence à l'article 13 (droit à l'assistance sociale et médicale) et aux articles 30 (droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale) et 31 (droit au logement) de la Charte sociale européenne révisée de 1996 et, surtout, à l'article 153 TFUE, compensant ainsi en quelque sorte l'omission susmentionnée. Ladite Explication est libellée comme suit : « Le paragraphe 3 s'inspire de l'article 13 de la Charte sociale européenne et des articles 30 et 31 de la Charte sociale révisée, ainsi que du point 10 de la Charte communautaire. *Il doit être respecté par l'Union dans le cadre des politiques fondées sur l'article 153 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.* »

À cet égard, certains auteurs ont proposé une interprétation du droit primaire de l'Union européenne en termes de *développement humain* qui devrait conduire à promouvoir systématiquement les objectifs sociaux énoncés dans le Traité en liaison avec la Charte des droits fondamentaux. Posant comme hypothèse que l'UE ne repose pas uniquement sur l'adhésion à des objectifs, ils soulignent que la notion de valeur est apparue dans le discours européen avec la conclusion du Traité constitutionnel<sup>34</sup>, lequel a été largement repris en substance sur ces questions par le Traité de Lisbonne<sup>35</sup>. Sous cet angle, ils procèdent à une analyse de la Charte des droits fondamentaux en s'intéressant aux valeurs constitutionnelles qui la sous-tendent dans le but de renforcer la dimension sociale par rapport aux objectifs économiques antagonistes. Néanmoins, ces auteurs semblent pencher beaucoup plus en faveur d'un autre instrument (plutôt que le droit de l'Union et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne), à savoir la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et son pendant juridictionnel, la Cour européenne des droits de l'homme<sup>36</sup>.

À mon sens, malgré la retenue exercée par la Cour de Justice dans certains domaines du social (et notamment sa réticence à exploiter les droits sociaux reconnus dans la Charte des droits fondamentaux au chapitre « Solidarité »), l'importance de la jurisprudence sociale de la Cour européenne des droits de l'homme ne saurait être exagérée. En matière de la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale, sans préjuger de plusieurs arrêts intéressants de la Cour de Strasbourg<sup>37</sup>, sa jurisprudence est élaborée par le Comité européen des Droits sociaux, plus précisément dans le cadre des articles 13, 30 et 31 de la Charte sociale européenne<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Voir DEAKIN, S., "The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's Social Market Economy", in SCHÖMAN, I., LÖRCHER, K. et BRUUN, N. (dir.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>35</sup> ALDECOA LUZARRAGA, F. et GUINEA LLORENTE, M., *El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto*, Real Instituto Elcano (document de travail n° 9), Madrid, 2008. Voir aussi ZILLER, J., "Il Trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del Trattato costituzionale de 2004", *Quaderni costituzionali*, n° 4, 2007, p. 875-892.

<sup>36</sup> Voir en particulier DORSSEMONT, P., "Values and Objectives", in SCHÖMAN, I., LÖRCHER, K. & BRUUN, N. (dir.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, *op. cit.*, p. 45. Voir aussi BAR CENDÓN, A., "La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad", *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 33, 2014, p. 99-139.

<sup>37</sup> Par exemple, CEDH, *Winterstein et autres c. France*, arrêt du 17 octobre 2013. Pour une analyse contextuelle de cette jurisprudence sociale de la Cour européenne des droits de

L'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne dans le domaine des droits sociaux est somme toute paradoxale : après avoir joué par le passé un rôle prétorien dans un contexte de « pouvoirs implicites » découlant des dispositions minimalistes du droit de l'Union européenne, elle fait aujourd'hui preuve d'une retenue manifeste malgré des « compétences explicites » et en dépit des développements du droit primaire (dont la Charte des droits fondamentaux). Face à un tel paradoxe, peut-être faudrait-il intensifier l'activisme judiciaire et ouvrir le dialogue entre juridictions dans la sphère des droits sociaux afin d'éviter toute contradiction au sein de la Charte des droits fondamentaux et, partant, avec la légitimité démocratique<sup>39</sup>.

Concrètement, la jurisprudence sociale de la Cour de Justice a évolué et est incontestablement précieuse. Ceci étant, elle a récemment connu une évolution restrictive dans d'autres domaines couverts par l'article 153 TFUE et par la Charte des droits fondamentaux, comme le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise (article 27 CDFUE) ou la protection en cas de licenciement injustifié (article 30 CDFUE). En outre, le fait que ces deux aspects aient été abordés sans prendre en considération la Charte sociale européenne (ni l'interprétation du Comité européen des Droits sociaux) a soulevé dans les deux cas le problème, réel ou potentiel, de divergences de vues entre la Cour de Justice et le Comité.

En particulier, concernant le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, l'affaire C-176/12, arrêt Association de médiation sociale du 15 janvier 2014<sup>40</sup> illustre cette récente approche restrictive (contraire à l'avis de l'avocat général Cruz Villalón). A l'inverse, selon l'appréciation du Comité sous l'angle de l'article 21 de la Charte sociale révisée et compte tenu du droit de l'UE (y compris à la lumière de l'arrêt susmentionné de la Cour de Justice, qui est explicitement cité), la même situation n'est pas conforme à cette disposition de la Charte<sup>41</sup>.

---

l'homme, se reporter à LÓPEZ GUERRA, L., "La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", in TEROL BECERRA, M. et JIMENA QUESADA, L. (dir.), *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valence, 2014, p. 297-317.

<sup>38</sup> Décisions sur le bien-fondé du 18 février 2009 (réclamation n° 48/2008, *ERRC c. Bulgarie*), du 25 juin 2010 (réclamation n° 58/2009, *COHRE c. Italie*) et du 28 juin 2011 (réclamation n° 63/2010, *COHRE c. France*), entre autres. Voir aussi CEDH, *Budina c. Russie*, décision du 18 juin 2009.

<sup>39</sup> GJORTLER, P., "Democratic Legitimacy and the Court of Justice of the European Union", in PÉREZ DE LAS HERAS, B. (dir.), *Democratic Legitimacy in the European Union and Global Governance. Building a European Demos*, Palgrave Macmillan, Londres, 2017, p. 180.

<sup>40</sup> Aux termes de cet arrêt, « l'article 27 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, seul ou en combinaison avec les dispositions de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une disposition nationale de transposition de cette directive, telle que l'article L. 1111-3 du code du travail français, est incompatible avec le droit de l'Union, cet article de la Charte ne peut pas être invoqué dans un litige entre particuliers afin de laisser inappliquée ladite disposition nationale ». Voir également CJUE, affaire C-198/13, arrêt Julián Hernández du 10 juillet 2014 dans lequel on retrouve la même approche restrictive (concernant l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux).

<sup>41</sup> Voir *Conclusions 2014 – France – article 21* (publié en janvier 2015, [www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter)) : « Le Comité [...] prend en considération, en tant que cadre minimal sous l'angle de l'article 21 de la Charte, la Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002. Dans ce contexte, le Comité rappelle que toutes les catégories de travailleurs (tous les salariés ayant un contrat de travail avec l'entreprise et quels que soient la nature de leur statut, la durée du travail et le lieu d'exécution) doivent être prises en compte dans le calcul du nombre de travailleurs employés pouvant bénéficier du droit à l'information et

S'agissant de la protection en cas de licenciement, dans l'affaire C-117/14 (Nisttahuz Poclava, arrêt du 5 février 2015), la Cour de Justice a décidé de ne pas se prononcer sur l'impact (au regard du droit de l'Union et de sources externes de droit explicitement mentionnées par la juridiction de renvoi)<sup>42</sup> du nouveau contrat de travail de soutien aux entrepreneurs (qui prévoyait une période d'essai d'un an durant laquelle la libre rupture du contrat par l'employeur était permise, sans préavis ni indemnité) instauré en Espagne par la loi 3/2012, du 6 juillet 2012, portant mesures urgentes pour la réforme du marché du travail face à la crise économique. Selon la Cour de Justice, nonobstant l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux, la situation en cause ne relevait pas, paradoxalement, du champ d'application du droit de l'Union.

V. Considérations finales : la nécessaire ouverture de la Cour de Justice et des juridictions nationales au « processus de Turin »

Les deux derniers arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne (affaires Association de médiation sociale et Nisttahuz Poclava) révèlent une position restrictive par rapport à la Charte des droits fondamentaux (en particulier concernant le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise – article 27 – et la protection en cas de licenciement injustifié – article 30) et témoignent en même temps de ses réticences à l'égard des normes plus favorables en la matière sous l'angle de la Charte sociale européenne et de l'interprétation du Comité européen des Droits sociaux. La Cour européenne des droits de l'homme, en revanche, s'est montrée plus encline à établir un dialogue avec le Comité<sup>43</sup>.

Dans ce contexte, la question de la compatibilité avec les normes du Conseil de l'Europe fait également ressortir une stratégie judiciaire controversée de la part des tribunaux nationaux qui ont formé une demande inutile de renvoi préjudiciel (l'un comme l'autre pouvaient en effet – et devaient – exercer le contrôle de conventionnalité en appliquant directement la Charte sociale et la jurisprudence du Comité<sup>44</sup>), favorisant en parallèle l'émergence de solutions contradictoires et menaçant ainsi la crédibilité de l'ensemble du système européen des droits de l'homme.

---

à la consultation (arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne Confédération générale du travail et autres, affaire n° C-385/05 du 18 janvier 2007 et Association de médiation sociale, affaire n° C-176/12 du 15 janvier 2014). Il considère par conséquent que l'exclusion, établie par l'article L. 1111-3 du Code, des travailleurs titulaires de contrats aidés du calcul de l'effectif de l'entreprise – calcul nécessaire pour la détermination des seuils minima permettant la mise en place d'institutions représentatives du personnel qui assurent l'information et la consultation des travailleurs – n'est pas conforme à la Charte. »

<sup>42</sup> Dont l'article 30 CDFUE, la directive 1999/70, la Convention n° 158 (1982) de l'OIT concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur et la Charte sociale européenne de 1961 (en relation avec la décision rendue par le Comité européen des Droits sociaux du 23 mai 2012 concernant un contrat grec analogue, réclamation n° 65/2011, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics c. Grèce*).

<sup>43</sup> À titre d'exemple, voir CEDH, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, arrêt du 11 janvier 2006, ainsi que *Demir et Baykara c. Turquie*, arrêt du 12 novembre 2008.

<sup>44</sup> Voir SALCEDO BELTRÁN, C., "La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales", *Trabajo y Derecho*, n° 13, janvier 2016, p. 27-52. Voir aussi GUIGLIA, G., "The importance of the European Social Charter in the Italian Legal System: in pursuit of a stronger protection of social rights in a normative and internationally integrated system", in D'AMICO, M. et GUIGLIA, G. (dir.), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte sociale européenne et les défis du XXI<sup>e</sup> siècle*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2014, en particulier p. 85-87.

La critique constructive que je porte ici mène à une conclusion évidente, à savoir la nécessaire ouverture de la Cour de Justice et des juridictions nationales au « processus de Turin ». L'adjectif « social » a explicitement complété la définition du *modèle économique européen* en droit primaire de l'Union européenne, notamment dans le Traité de Lisbonne. Cet ajout, certes tardif, a cependant conféré force obligatoire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dotée d'un catalogue de droits sociaux (notamment ceux figurant au chapitre « Solidarité ») qui repose précisément sur la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe. Celle-ci, qui reflète dans une large mesure le *modèle social européen*, a été ratifiée par l'ensemble des États membres de l'Union (dans la plupart des cas avant même leur adhésion à l'UE).

De ce point de vue, il est évident que les interactions normatives entre la Charte sociale et le droit de l'Union européenne sont on ne peut plus claires. En premier lieu, les références à la Charte sociale ont été confirmées par les sources actuelles du droit européen primaire après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne<sup>45</sup>, y compris la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voir l'annexe explicative). Ensuite, les liens entre la Charte sociale et les sources du droit dérivé de l'Union sont également importants, là encore dans les deux sens<sup>46</sup>. Enfin, la Charte sociale est également mentionnée dans d'importants instruments non contraignants de l'UE, précisément en lien avec les synergies entre le Conseil de l'Europe et l'UE sur le plan juridique<sup>47</sup>.

Avec ces prémisses, il apparaît essentiel, pour instaurer des relations cohérentes et harmonieuses entre les deux systèmes normatifs (l'UE et le Conseil de l'Europe)<sup>48</sup> qui favorisent l'harmonisation des modèles sociaux, d'exploiter positivement la « clause sociale horizontale » (article 9 TFUE) ainsi que la dimension sociale de la Charte des droits fondamentaux (à la fois au niveau judiciaire<sup>49</sup> et au niveau non judiciaire<sup>50</sup>), sans oublier

---

<sup>45</sup> Voir le Traité sur l'Union européenne [Préambule, par. 5] ainsi que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (article 151).

<sup>46</sup> Chacun sait que la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (une déclaration adoptée en 1989 par 11 chefs d'État et de Gouvernement de la Communauté économique européenne) était explicitement inspirée par la Charte de 1961. Sur cette base, les institutions communautaires ont ensuite adopté une série de directives portant sur le droit du travail. Par ailleurs, le rapport explicatif de la Charte sociale européenne (révisée) précise clairement que certaines de ses dispositions étaient inspirées par ces directives.

<sup>47</sup> Voir par exemple la Résolution du Parlement européen du 27 février 2014 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2012) : « Le Parlement européen [...] – vu la charte sociale européenne, telle que révisée en 1996, et la jurisprudence du comité européen des droits sociaux, [...] »

<sup>48</sup> Voir BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire Varenne, Paris, 2015, et en particulier la Partie II (« L'indispensable cohérence européenne en matière d'interdiction de toute discrimination »), p. 219 et suivantes.

<sup>49</sup> Cf. l'approche restrictive qui a été récemment exprimée par la Cour de Justice, entre autres dans l'affaire C-539/14, Sánchez Morcillo et Abril García, ordonnance du 16 juillet 2015 : « ... cette disposition de la Charte [art. 34.3 CDFUE] garantit non pas le droit au logement, mais "le droit à une aide sociale et à une aide au logement" dans le cadre des politiques sociales fondées sur l'article 153 TFUE » (par. 49).

<sup>50</sup> Voir l'*Avis du conseil d'administration de l'Agence des droits de l'Union européenne concernant la proposition de la Commission européenne d'un nouveau cadre pluriannuel (2013-2015) pour l'Agence* : « ... le nouveau Cadre devrait inclure explicitement les droits sociaux, car cela permettrait de couvrir de manière équilibrée les droits repris dans la Charte, qui constituent presque un quart de cet instrument et revêtent un intérêt particulier pour chacun. »

l'adhésion de l'Union à la Charte sociale européenne<sup>51</sup> - démarche qui viendrait compléter l'adhésion parallèle à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>52</sup>.

Il semble cependant que ces liens normatifs soient, dans les faits, plus complexes. Actuellement, prenant le contre-pied de la « doctrine Bosphorus »<sup>53</sup>, le Comité européen des Droits sociaux n'admet pas une présomption générale de conformité du droit de l'Union en matière sociale avec les dispositions de la Charte sociale<sup>54</sup>, notamment dans des domaines controversés tels que l'organisation du temps de travail<sup>55</sup> ou la délocalisation des entreprises et le dumping social<sup>56</sup>, sans oublier les lois anti-crise et les mesures d'austérité<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> Voir DE SCHUTTER, O., *L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne*, Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 8 juillet 2014, 54 pages ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/PublicationCSEUEODESchutterJuly2014\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/PublicationCSEUEODESchutterJuly2014_en.pdf); consulté le 6 août 2014). Le rapport rappelle les raisons qui sont de nature à conférer un regain d'actualité à ce dossier.

<sup>52</sup> Cf. Cour de Justice de l'Union européenne (assemblée plénière), *avis 2/13, 18 décembre 2014* : « ... l'accord portant adhésion de l'UE à la Convention EDH n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE, ni avec le protocole n° 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, TUE sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH. » À l'inverse, dans sa résolution du 19 mai 2010 sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Parlement européen : « [...] 30. note que l'adhésion de l'Union à la CEDH implique la reconnaissance par l'UE de l'ensemble du système de protection des droits de l'Homme, tel qu'il a été développé et codifié dans des nombreux documents et organismes du Conseil de l'Europe ; en ce sens, l'adhésion de l'Union à la CEDH constitue un premier pas essentiel qui devrait ensuite être complété par l'adhésion de l'Union à, entre autres, la Charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, et révisée à Strasbourg le 3 mai 1996, en cohérence avec les acquis déjà consacrés dans la Charte des droits fondamentaux ainsi que dans la législation sociale de l'Union ; 31. [...] souligne en outre que l'Union doit participer aux travaux du Commissaire aux droits de l'Homme, du Comité européen des droits sociaux (CEDS), [...] et demande à être dûment informé des conclusions et décisions adoptées par ces organes... ».

<sup>53</sup> CEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, requête n° 45036/98, arrêt du 30 juin 2005.

<sup>54</sup> Concernant les nouveaux développements, voir STANGOS, P., « Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne : le rôle singulier du Comité européen des Droits sociaux et de sa jurisprudence », *Cahiers de droit européen*, n° 49, 2013, p. 319-393.

<sup>55</sup> Par exemple, décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010 relative à la réclamation n° 55/2009, *Confédération générale du travail (CGT) c. France*, paragraphes 31-42.

<sup>56</sup> Par exemple, décision sur la recevabilité et le bien-fondé relative à la réclamation n° 85/2012, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, paragraphes 72-74.

<sup>57</sup> La Cour de Luxembourg a conféré un poids important aux paramètres nationaux (ou, plus exactement, à la marge d'appréciation des États) fondés sur des lois anti-crise qui incorporent des mesures d'austérité découlant des opérations de la Troïka. Une illustration récente de cette approche est offerte par l'affaire C-117/14 susmentionnée (arrêt Nistahuz Poclava du 5 février 2015), concernant le contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs instauré par la loi 3/2012, du 6 juillet 2012, portant mesures urgentes pour la réforme du marché du travail. Cette loi modifiait la législation du travail en raison de la crise économique qui sévissait en Espagne.

La Cour de Justice a statué que l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'était pas en jeu, vu que « le fait que le contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs puisse éventuellement être financé par des fonds structurels ne suffit pas, en soi, pour considérer que la situation en cause au principal implique une mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte » (par. 42).

En outre, selon la Cour, les sources internationales externes invoquées par la juridiction de renvoi (dont celles explicitement mentionnées à l'article 151 TFUE, comme la Charte sociale européenne) n'auraient aucune incidence. Ceci tient au fait que « la Cour n'est pas compétente,

L'absence de présomption de conformité a ceci de particulièrement grave que l'Union européenne et le Conseil de l'Europe regroupent les mêmes États membres. La complexité des synergies se trouve ici accentuée, dans la mesure où le Comité européen des Droits sociaux occupe en la matière une place de plus en plus importante aux côtés des deux cours européennes (la CJUE et la CEDH<sup>58</sup>)<sup>59</sup>.

Néanmoins, la solution qui permet de surmonter l'obstacle de cette complexité tient à un simple facteur : le facteur humain. Autrement dit, il s'agit d'encourager les juges à faire preuve d'une volonté positive afin d'exploiter les clauses dites *favor libertatis* ou *pro personae* (articles 52.3 et 53 CDFUE, article 53 CEDH ou article 32 de la Charte sociale européenne – article H de la Charte révisée) dans le cadre d'un dialogue franc entre juridictions, sur le plan horizontal (CJUE, Cour européenne des droits de l'homme et Comité européen des Droits sociaux) comme sur le plan vertical (avec les juridictions nationales) (protection multiniveaux)<sup>60</sup>.

Ces interactions sont d'une importance capitale pour l'élaboration des normes relatives aux droits sociaux appelées à constitutionnaliser le modèle social européen. C'est, à mon sens, l'un des éléments clés du succès du « processus de Turin ».

---

en vertu de l'article 267 TFUE, pour statuer sur l'interprétation de dispositions de droit international qui lient des États membres en dehors du cadre du droit de l'Union » (par. 43). Par ces motifs, la Cour a conclu que la situation en cause au principal ne relevait pas du champ d'application du droit de l'Union.

La solution finalement retenue à Luxembourg n'est peut-être pas si décevante si l'on tient compte du fait que, ce faisant, une contradiction potentielle entre la Cour de Justice et une décision antérieure adoptée le 23 mai 2012 par le Comité européen des Droits sociaux (réclamation n° 65/2011, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*) a été évitée. Dans sa décision, le Comité de Strasbourg avait notamment estimé que la loi grecque de 2010 (imposée par la Troïka) autorisant le licenciement sans préavis ni indemnité de salariés en contrat à durée indéterminée durant une période initiale de douze mois était incompatible avec l'article 4§4 de la Charte sociale de 1961.

<sup>58</sup> À cet égard, dans une décision du 7 mai 2013, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevables les affaires *Ioanna Koufaki et ADEDY c. Grèce* (requêtes n°s 57665/12 et 57657/12). Invoquant l'article 1 du Protocole n° 1, les requérants se plaignaient de la réduction des rémunérations et des pensions résultant des lois n°s 3833/2010, 3845/2010 et 3847/2010 (la deuxième requérante alléguait aussi des violations des articles 6 §§ 1, 8, 13, 14 et 17 de la Convention européenne des droits de l'homme). Malgré d'importantes similitudes avec les réclamations numéros 76 à 80/2012, la Cour a arrêté sa décision sans se référer aux décisions sur le bien-fondé du Comité européen des Droits sociaux du 7 décembre 2012. De fait, elle a estimé que le grief relatif à l'article 1 du Protocole n° 1 était « manifestement mal fondé » (par. 49). En outre, s'agissant des griefs tirés des autres articles de la Convention soulevés par la deuxième requérante, la Cour n'a relevé dans le dossier « aucune apparence de violation des droits et libertés garantis par ces articles » (par. 50).

<sup>59</sup> Voir DOUGLAS-SCOTT, S., "A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis", *Common Market Law Review*, n° 43, 2006, p. 629.

<sup>60</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.