

Charte sociale européenne: marge d'appréciation des Etats

6 décembre 2012
Palais de l'Europe, Strasbourg

Séminaire en l'honneur de
Jean-Michel Belorgey, Président du Comité Européen des Droits sociaux (2002-2006) et
Rapporteur général du Comité
Csilla Kollonay Lehoczky et Andrzej Świątkowski, Membres du Comité Européen des Droits
Sociaux

Organisé par le Conseil de l'Europe et l'Institut international des Droits de l'Homme sous les
auspices de la présidence andorrane du Comité des Ministres

Table des matières

Programme	3
Allocution d'ouverture.....	4
Mme Gabriella Battaini-Dragoni, Secrétaire Générale adjointe du Conseil de l'Europe	4
Allocution d'ouverture.....	6
Jean-Paul Costa, Président de l'institut international des droits de l'homme	6
Allocution d'ouverture.....	8
S.E.M. Francesc Camp Torres, Ministre du Tourisme et de l'Environnement de l'Andorre	8
La marge d'appréciation des Etats dans le choix de leurs engagements.....	10
Peggy Ducoyombier, Professeur à l'Université de Perpignan.....	10
Le pouvoir discrétionnaire des Etats dans la mise en œuvre des droits	21
Ineta Ziemele, Juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme *	21
Remarques pour conclure	26
Luis Jimena Quesada, Président du Comité européen des Droits sociaux.....	26

Programme

Séminaire placé sous la présidence de Jean-Paul Costa, Président de l'Institut international des Droits de l'Homme René Cassin

14h30 Allocution d'ouverture

Gabriella Battaini-Dragoni, Secrétaire Générale adjointe du Conseil de l'Europe
Jean-Paul Costa, Président de l'Institut international des Droits de l'Homme René Cassin

S.E.M. Francesc Camp Torres, Ministre du Tourisme et de l'Environnement de l'Andorre

14h45 La marge d'appréciation des Etats dans le choix de leurs engagements

Peggy Ducoulombier, Professeur, Université de Perpignan, France

15h05 La marge d'appréciation des Etats dans la mise en œuvre des droits

Ineta Ziemele, Juge, Cour européenne des Droits de l'Homme

15h25 Pause

15h45 La marge d'appréciation des Etats dans la mise en conformité des situations nationales

Christos Giakoumopoulos, Directeur, Direction des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe

16h05 Débat

16h50 Remarques pour conclure

Luis Jimena Quesada, Président du Comité européen des Droits sociaux

17h00 Réception

Allocution d'ouverture

Gabriella Battaini-Dragoni, Secrétaire Générale adjointe du Conseil de l'Europe

Monsieur le Ministre, Excellences, Mesdames et Messieurs,

C'est un grand plaisir pour moi que d'ouvrir ce séminaire sur le rôle de la marge d'appréciation au regard de la Charte sociale européenne.

Ce séminaire est organisé en l'honneur de trois membres éminents du Comité européen des droits sociaux qui s'apprêtent à quitter leurs fonctions à la fin de cette année après avoir accompli le maximum de deux mandats : il s'agit de M. Jean-Michel Belorgey, ancien Président et actuel Rapporteur général du Comité, de Mme Csilla Kollonay Lehoczky et de M. Andrzej Swiatkowski, ancien Vice-Président.

Je tiens d'abord à dire très clairement – et je ne tolérerai ici aucune marge d'appréciation ! - que ces trois membres ont servi le Comité avec distinction et excellence tout au long de ces dix premières années du millénaire durant lesquelles la Charte s'est littéralement métamorphosée, non seulement dans son fonctionnement, mais surtout en termes de visibilité et d'impact.

Au cours de leurs années passées au Comité, le nombre d'Etats parties à la Charte a fait un bond spectaculaire pour atteindre aujourd'hui le chiffre de 43 ; on notera au passage que la Charte révisée, qui est entrée en vigueur peu avant qu'ils ne rejoignent le Comité, est à présent ratifiée par 32 Etats - d'autres devraient suivre dans un proche avenir. Je sais que M. Belorgey, Mme Kollonay Lehoczky et M. Swiatkowski ne s'attribueront pas seuls le mérite de cette importante évolution, mais je ne doute pas que les efforts inlassables qu'ils ont déployés pour promouvoir la Charte dans leurs pays d'origine, lors de multiples missions dans d'autres Etats membres et ici aussi, à Strasbourg, n'y sont pas étrangers.

Leur élection au Comité a coïncidé avec l'introduction de la procédure de réclamations collectives. Ils ont joué un rôle majeur pour faire de cette procédure ce qu'elle est aujourd'hui, à savoir une procédure qui séduit de plus en plus les organisations de la société civile, une procédure qui débouche sur des décisions entièrement nouvelles sur le plan des droits de l'homme concernant un très large éventail de droits, une procédure qui est en quelque sorte la quintessence de ce que le Conseil de l'Europe fait de mieux.

Ils se sont dès le premier jour battus avec fougue pour défendre le principe de l'indivisibilité des droits de l'homme et faire valoir que les droits sociaux font partie des droits de l'homme et sont par conséquent opposables. En plus de faire partie des droits de l'homme, les droits sociaux sont d'une importance absolument capitale pour la mission qui est celle du Conseil de l'Europe, à savoir promouvoir la démocratie et la prééminence du droit.

En résumé, leurs travaux pour le Comité a été d'une valeur inestimable pour le Conseil de l'Europe, pour la Charte et, en dernière analyse, pour les populations de notre continent. Je ne puis qu'espérer que les nouveaux membres que le Comité des Ministres vient d'élire la semaine dernière parviendront à combler le vide que laissera leur départ.

Je voudrais à présent évoquer brièvement le thème sous lequel est placé le séminaire qui nous réunit aujourd'hui. La doctrine de la marge d'appréciation qu'applique la Cour dans son interprétation de certaines dispositions de la Convention est, j'imagine, bien connue. Elle

l'est peut-être moins s'agissant de la Charte, mais est tout aussi importante ; elle est même, à tout prendre, plus globale encore, et c'est la raison pour laquelle les conclusions qui sortiront des discussions que nous aurons cet après-midi m'intéressent au plus haut point.

Comme pour la Convention, la « marge d'appréciation » désigne, au regard de la Charte, la marge de manœuvre dont disposent les États pour s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de ce traité.

La diversité profondément ancrée des systèmes de politique sociale en Europe, notamment et surtout pour tout ce qui touche aux relations professionnelles, doit indubitablement inciter à la prudence toute instance judiciaire internationale appelée à apprécier les situations nationales. De plus, sachant l'attachement qu'ont en commun les États membres pour le respect des droits individuels, il est tout naturel d'autoriser une certaine marge d'appréciation.

Je n'ai nulle intention d'examiner ici dans le détail comment le Comité applique la doctrine de la marge d'appréciation. Les orateurs qui interviendront cet après-midi sauront, j'en suis sûre, le faire de bien meilleure manière que je ne le pourrais et nous permettront ainsi de mieux comprendre le fonctionnement de cette doctrine dans le cadre de la Charte sociale européenne.

Cela étant, je tiens à dire que, dans ses conclusions et décisions, le Comité se montre, à mon sens, très respectueux des traditions nationales et de principes tels que la subsidiarité, en ce qu'il tient dûment compte que les institutions nationales sont souvent mieux placées pour se prononcer sur une question que ne l'est une instance strasbourgeoise. Le Comité ne perd toutefois jamais de vue que la Charte a été adoptée dans le but de protéger les droits des citoyens ni que la réalisation de ses objectifs suppose que ses dispositions soient interprétées de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux.

En conclusion, qu'il me soit permis, au nom du Conseil de l'Europe, de remercier une fois encore M. Belorgey, Mme Kollonay Lehoczyk et M. Swiatkowski pour leur éminente contribution. Je leur adresse tous mes vœux de bonheur et de réussite, comme je le fais pour le séminaire organisé aujourd'hui, qui constitue en quelque sorte un modeste témoignage de notre reconnaissance.

Allocution d'ouverture

Jean-Paul Costa, Président de l'institut international des droits de l'homme

Monsieur le Président du Comité des ministres,
Madame la Secrétaire générale adjointe du Conseil de l'Europe,
Monsieur le Président du Comité européen des droits sociaux,
Mesdames et Messieurs,

Je serai très bref, mais je voudrais cependant faire quatre séries de remarques :

D'abord et une fois de plus nous organisons ensemble, le Conseil de l'Europe et l'IIDH, une réunion de travail, et nous sommes d'ailleurs réunis au Palais de l'Europe, nous sommes les hôtes du Conseil. Malgré la forte disproportion entre les deux institutions, nous pouvons mener des activités conjointes, et je m'en réjouis vivement, ainsi que j'ai eu l'occasion de l'indiquer à M. Jagland, qui a bien voulu être sur la même longueur d'onde, si je puis dire.

En second lieu, ce n'est pas la première fois que notre Institut consacre des réflexions à la Charte sociale et aux travaux du Comité européen des droits sociaux. Notre fondateur, René Cassin, tenait beaucoup à l'indivisibilité des droits, au lien entre les libertés politiques et les droits économiques et sociaux. Dans sa participation à la rédaction de la Déclaration universelle puis dans la genèse des deux Pactes il a beaucoup insisté sur l'importance de tous les droits de l'homme, car l'être humain est un tout, il n'est pas unidimensionnel. Nous sommes avec conviction fidèles à son esprit. J'ai le redoutable honneur d'être triplement le successeur de Cassin, et je ne tiens nullement à trahir son message.

Sur un plan plus personnel ensuite, ceux qui me connaissent savent que je suis un partisan de la progression de l'influence de la Charte sociale et si possible d'une justiciabilité accrue des droits qu'elle garantit. J'ai écrit sur ce sujet ; j'ai tenu à ce que le Comité et la Cour européenne des droits de l'homme se rencontrent ; et dans ma longue pratique judiciaire à la Cour, comme juge puis comme Président, je peux dire sans trahir le secret du délibéré que j'ai été de ceux qui défendent l'idée, déjà exprimée par la Cour à la fin des années 1970, qu'il n'y pas de cloison étanche entre les deux grandes catégories de droits. Vous savez que la Cour dans ses décisions s'est beaucoup inspirée de la Charte sociale et des constatations du Comité. Elle a même été critiquée pour cela, surtout de la part des Etats qui ne sont pas de chauds défenseurs d'une protection nationale et internationale des droits sociaux. Le sujet de ce séminaire, la marge nationale d'appréciation, qui sera examinée sous trois angles différents, est intéressant, car cette notion, familière à la jurisprudence de la Cour, permet de mesurer le degré variable d'engagement des Etats, le caractère modulable de leur attachement aux droits sociaux et de leur discipline une fois que votre Comité s'est prononcé.

Enfin je voudrais à mon tour souligner la dernière participation aux sessions du Comité de trois de ses membres éminents. Je vais manquer au principe d'égalité en le faisant, car je n'ai pas le plaisir de connaître de façon personnelle Madame Kollonay Lehoczy et M. Swiatkowski, mais leur réputation suffit à me permettre de les saluer ; alors que mon ancien collègue du Conseil d'Etat Jean-Michel Bélorgey est un ami de beaucoup plus de trente ans, ce qui veut dire que la prescription acquisitive a pu jouer ! En France comme à Strasbourg, dans des fonctions variées, il a été un infatigable défenseur de la justice, de l'équité, de la dignité de la personne humaine. Je me permets de lui rendre publiquement cet hommage amical.

Mesdames et Messieurs, je vous avais promis de ne pas être long. Vous avez en effet un programme dense cet après-midi, et il ne s'agit pas de retarder vos travaux. Au nom de l'Institut international des droits de l'homme, je me réjouis de votre venue et je souhaite, mais j'en suis sûr, que vous preniez à ce séminaire plaisir et intérêt.

Merci !

Allocution d'ouverture

S.E.M. Francesc Camp Torres, Ministre du Tourisme et de l'Environnement de l'Andorre

Madame la Secrétaire Générale adjointe, Monsieur le Président, Monsieur le Secrétaire Exécutif, chers amis,

Je suis particulièrement heureux, en tant que représentant du pays qui assure la présidence du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, d'avoir l'occasion de m'adresser aux participants à l'occasion de ce séminaire sur la marge d'appréciation qui s'applique dans la mise en œuvre de la Charte sociale européenne. Le thème répond indéniablement aux interrogations et préoccupations des Etats membres.

Parallèlement à la protection et la promotion des droits civils et politiques, garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, assurer les droits sociaux est un autre objectif principal du Conseil de l'Europe en faveur des droits de l'homme. Cet objectif a pour fondement le principe d'indivisibilité et d'interdépendance de ces droits, condition de leur universalité effective. La Charte sociale européenne, gardienne des droits sociaux et économiques est ainsi un instrument indispensable pour préserver et promouvoir les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit en Europe.

La Constitution que l'Andorre a adoptée le 14 mars 1993 stipule à son article 1^{er} qu'elle est « un Etat indépendant, de droit, démocratique et social » et j'insiste sur le terme « social ». L'Andorre est membre du Conseil de l'Europe depuis le 10 novembre 1994. Nous avons signé la Charte sociale européenne révisée de mai 1996, le 4 novembre 2000 et nous l'avons ratifiée quatre ans plus tard, le 12 novembre 2004, en acceptant ses 79 paragraphes. Le pays est soumis à la procédure des rapports et, depuis la ratification, en a présenté 5. Le Comité européen des Droits sociaux a estimé que la situation est conforme aux dispositions de la Charte dans plusieurs cas. Mais, d'une manière générale, la situation de la protection des droits sociaux et économiques en Europe traverse des moments difficiles. Pour que les États puissent maintenir leur niveau de politique sociale de gros efforts devront être fait dans la gestion des budgets publics. La période que nous vivons n'étant pas du tout propice à la croissance des recettes, les gouvernements n'auront d'autres choix que la priorisation des dépenses qui contribuent réellement à la stabilité et au progrès de la société.

Il est évident que le respect des droits économiques et sociaux est particulièrement touché en ces temps de crise et de montée de certains extrémismes et intolérances, et en ce sens il nous a paru essentiel d'aborder au cours de notre présidence l'origine de cet apprentissage du respect des droits de l'homme et de la citoyenneté démocratique. C'est la raison pour laquelle nous avons fait de l'éducation notre priorité pour la présidence. Nous avons en effet proposé de lancer une réflexion sur l'éducation comme outil de promotion des valeurs démocratiques, du respect des droits de l'homme, de la tolérance et du dialogue interculturel.

Depuis l'adhésion de l'Andorre au Conseil de l'Europe, nous assumons pour la première fois la présidence du Comité des Ministres et nous tenons à réaffirmer notre engagement envers le Conseil de l'Europe et envers ses acquis et ses instruments juridiques. L'éducation est un élément essentiel de l'apprentissage du vivre ensemble tel que défendu par les valeurs du Conseil de l'Europe, et en ce sens nous pourrions dire qu'elle est partie intégrante de la Charte sociale européenne.

Afin de mettre en application ce sujet dès à présent, et avant même d'avoir obtenu les résultats des différentes conférences de réflexion sur les outils qui serviront de référent à l'échelle européenne, nous avons organisé au sein de nos écoles différentes activités éducatives, pédagogiques et culturelles adressées aux élèves des trois systèmes éducatifs du pays. Les objectifs de ces activités étaient de faire connaître le Conseil de l'Europe, les valeurs qu'il préconise ainsi que ses recommandations en matière de citoyenneté démocratique et de droits de l'homme. In fine, nous espérons pouvoir trouver les outils capables d'insuffler aux enseignants tout d'abord, puis aux élèves le fondement d'un socle commun de respect de la démocratie et des droits de l'homme.

Par ailleurs, il me semble important de rappeler la Déclaration du Comité des Ministres sur le 50e anniversaire de la Charte qui réaffirme solennellement le rôle fondamental de la Charte pour garantir et promouvoir les droits sociaux sur notre continent et qui appelle à une ratification la plus large possible de la Charte sociale européenne révisée. Le Comité des Ministres a en même temps exprimé sa détermination à garantir l'efficacité de la Charte et il a affirmé sa détermination à soutenir les Etats parties dans leurs efforts pour mettre leurs situations nationales en conformité avec les dispositions de celle-ci. Il promeut également la Charte sociale européenne comme texte de référence pour les droits sociaux et les activités intergouvernementales dans le domaine social.

La présidence andorrane considère, par ailleurs, que des efforts complémentaires sont nécessaires pour garantir les droits de l'homme dans toute l'Europe et nous nous réjouissons dans ce contexte de pouvoir participer à des initiatives aussi concrètes et aussi riches en contenu que ce séminaire. Nous en étudierons les conclusions avec le plus grand intérêt.

Le thème du séminaire nous amène à réfléchir sur la possibilité pour les Etats d'apprécier les modalités de la mise en œuvre de leurs obligations découlant d'instruments juridiques qu'ils ont acceptés. La marge d'appréciation nationale s'appuie, certes, sur la connaissance par les autorités nationales des besoins de leur population. La question qui se pose est de savoir où sont les limites de cette marge d'appréciation, par exemple pour que les ingérences des autorités publiques restent légitimes et pour que les droits individuels soient effectivement respectés. Vaste thème qui doit alerter la conscience des gouvernements et des institutions internationales. Je me réjouis d'avance de la possibilité d'entendre les opinions des spécialistes en la matière.

Finalement, je tiens à remercier Monsieur Lluís Jimena Quesada, Président du Comité Européen des Droits Sociaux, qui a participé cet été à l'Université d'Andorre dont le sujet était "Empreintes de l'Europe dans le monde". Sa présentation sur la *Protection des droits sociaux en Europe en temps de crise* nous a marqué et a renforcé notre conviction qu'il est indispensable de défendre les droits sociaux, et ce plus particulièrement en temps de crise.

Je voudrais aussi chaleureusement remercier Madame KOLLONAY LEHOCZKY et Messieurs BELORGEY et SWIATKOWSKI dont le mandat arrive à terme au Comité Européen des Droits Sociaux. Nous les remercions pour leur dévouement, leur expertise et leur importante contribution au développement de la protection des droits sociaux et économiques en Europe.

Il ne me reste plus qu'à vous souhaiter un bon travail pour ce séminaire.
Merci de votre attention.

La marge d'appréciation des Etats dans le choix de leurs engagements

Peggy Ducoulombier, Professeur à l'Université de Perpignan

La marge d'appréciation des Etats dans le choix de leurs engagements se traduit par le mécanisme d'acceptation « à la carte » des dispositions de la Charte sociale européenne (CSE). C'est le trait distinctif qui a contribué à sa réputation, qu'elle soit bonne ou mauvaise.

On peut en effet considérer la place donnée à la marge d'appréciation des Etats comme une force car, sans elle, les Etats auraient pu se montrer réticents à l'idée de ratifier la Charte sociale européenne. En offrant une acceptation « à la carte », la CSE a fait le pari du réalisme, prenant en considération l'histoire délicate de la protection des droits économiques et sociaux ainsi que l'inégale prospérité des Etats du Conseil de l'Europe.

Il faut de plus souligner que cette marge d'appréciation est encadrée. En effet, les Etats parties doivent s'engager à accepter un minimum de dispositions relevant du noyau dur de la Charte sociale¹ (*pour la Charte sociale européenne révisée (CSER) : 6 des 9 articles du noyau dur², pour la CSE, 5 articles sur les 7 du noyau dur*). Ils doivent ensuite accepter d'être liés par un nombre supplémentaire de dispositions, le tout devant atteindre un minimum d'articles ou de paragraphes numérotés des articles (*16 articles ou à 63 § pour la CSER³, pour la Charte sociale européenne de 1961, 10 articles ou 45 § numérotés*).

Par ailleurs, lorsque les Etats ratifient, acceptent ou approuvent la Charte sociale européenne révisée un « effet cliquet » les oblige à se considérer liés au moins par les dispositions correspondant à celles de la Charte sociale européenne de 1961 et du Protocole additionnel par lesquelles ils étaient liés⁴. Toutefois, les Etats peuvent dénoncer explicitement certaines dispositions avant de ratifier la Charte sociale européenne révisée⁵ pour contourner cette obligation. *Enfin, la CSE n'autorise pas les Etats à l'utiliser pour diminuer la protection offerte par le droit interne ou d'autres accords internationaux⁶.*

Mais il est aussi possible de tenir le discours opposé. Le système de l'acceptation « à la carte » entraîne une protection à géométrie variable des droits économiques et sociaux. Il joue également contre l'idée d'indivisibilité des droits de l'homme, rendant acceptable ce qui ne le serait pas pour des droits civils et politiques. *L'existence d'un mécanisme de rapports*

¹ Improprement peut-être (?) puisque ces droits ne sont pas protégés par une éventuelle dérogation en cas de circonstances exceptionnelles : Partie V article F Dérogations en cas de guerre ou de danger public.

² Droit au travail, droit syndical, droit de négociation collective, droit des enfants et adolescents à la protection, droit à la sécurité sociale, droit à l'assistance sociale et médicale, droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique, droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance, droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe.

³ Partie III article A Engagements.

⁴ Partie III Article B Liens avec la Charte sociale européenne et le Protocole additionnel de 1988: si l'Etat accepte CSER sans accepter une disposition par laquelle il était lié entérinée, il reste tenu par celle-ci. Rapport explicatif CSER : Il s'agit d'éviter qu'à l'occasion de la ratification de la Charte révisée un Etat ne dénonce implicitement certaines des dispositions de la Charte. En effet, les Etats qui ont accepté un nombre de dispositions de la Charte supérieur au nombre minimal fixé par l'article 20 pourraient être tentés, à l'occasion de la ratification de la Charte révisée, de ne pas être liés par certaines dispositions de cet instrument correspondant à des dispositions de la Charte qu'ils avaient acceptées et pour lesquelles par exemple les organes de contrôle estiment qu'ils ne sont pas en conformité avec les obligations souscrites.

⁵ Exemple de Chypre qui avait dénoncé 2 dispositions de la CSE avant de ratifier la CSE révisée. Voir art M de la CSER, malgré dénonciation le plancher du nombre des dispositions prévues par la CSER doit être maintenu.

⁶ Partie V Article H.

sur les dispositions non acceptées⁷ a amené à quelques progrès du niveau d'engagement des Etats⁸, mais cette progression reste inférieure aux recommandations du Comité européen des droits sociaux. Si le mécanisme d'acceptation « à la carte » a été conçu pour faciliter la ratification de la Charte, l'objectif ultime demeure l'acceptation de l'ensemble des dispositions dès lors que la situation du pays le permet. Or, le recours à la marge d'appréciation qui devait être temporaire a pour beaucoup d'Etats perduré.

Que l'on ait une appréciation positive ou négative de cette marge d'appréciation, sa réalité semble *a priori* indépassable. Mais, après avoir examiné la manière dont elle a été utilisée par les Etats, il conviendra de s'interroger sur ses limites et de présenter les mécanismes par lesquels elle a pu être contrariée.

I. La protection à la « carte » des droits économiques et sociaux, conséquence de la marge d'appréciation des Etats dans le choix de leur engagement

Le premier constat est que les Etats **ont fait un bon usage de leur marge d'appréciation** car fort peu d'Etats parmi les 43 qui sont liés par la Charte sociale, ont souscrit à l'ensemble des dispositions de la Charte sociale originelle ou révisée. L'Espagne a accepté l'ensemble des dispositions de la Charte sociale européenne de 1961 à l'exception de l'article 8§4 b), dénoncé en 1990, elle a signé sans ratifier la Charte sociale révisée, de plus elle n'est pas liée par le Protocole sur les réclamations collectives. Seuls la France et le Portugal ont souscrit à l'ensemble des dispositions de la Charte sociale Révisée [l'Italie et les Pays Bas ayant accepté 97§] et ont de plus ratifié le Protocole sur les réclamations collectives.

Afin d'analyser plus précisément l'étendue des engagements des Etats, séparons les Etats dits d'Europe de l'Ouest et du Sud et ceux d'Europe de l'Est (PECO et pays baltes)⁹.

Si l'on examine les engagements des Etats d'Europe de l'Ouest, que constate-t-on ? D'abord le niveau d'engagement est élevé¹⁰ : ces Etats ont accepté **au minimum 72 §** numérotés sur 98 de la Charte sociale européenne révisée, le minimum requis étant 63§. Plus précisément seule Malte se situe au niveau de 72§, le Chypre ayant récemment augmenté son engagement en passant du minimum de 63§ à 73§. La majorité des autres

⁷ Art 22 de la CSE 1961 mis en œuvre par décision du Comité des Ministres du 11 décembre 2002 qui décide pour revitaliser son utilisation que les Etats ayant accepté la CSER feront un rapport tous les 5 ans sur les dispositions non acceptées.

⁸ Par exemple, l'Estonie qui a accepté 8 dispositions de plus en 2012, ou le Chypre, et peut-être bientôt l'Andorre dont le gouvernement a souligné dans son dernier rapport que plusieurs dispositions de la CSE pourraient être acceptées.

⁹ Même si cette division peut paraître insatisfaisante en raison du manque d'homogénéité économique et culturelle de certains Etats que l'on regroupe dans ces blocs, elle peut se justifier par l'histoire que ces Etats ont en partage et présente l'avantage de composer 2 groupes quantitativement comparables (22 Etats pour l'Est et 21 pour l'Ouest).

¹⁰ CSE Révisée ratifiée par 14 Etats : Andorre, 75/9 des 98§ ; Autriche, 76 § ; Belgique 87 §+ Protocole sur les réclamations collectives mais pas déclaration pour des ONGs nationales ; Chypre 72 § en 2011 suite aux conclusions du CEDS sur le premier rapport sur les dispositions non acceptées+ ratifié Protocole sur les réclamations collectives mais pas déclaration sur les ONGs nationales ; Finlande, 88 §+ Protocole sur les réclamations collectives et a fait une déclaration sur ONGs nationales (seul Etat à l'avoir fait) ; France 98 §+ Protocole sur les réclamations collectives mais pas la déclaration sur les ONG nationales ; Irlande, 92§ + Protocole sur les réclamations collectives mais pas déclaration sur les ONG nationales ; Italie 97 §+ Protocole sur les réclamations collectives sauf la déclaration sur les ONGs nationales ; Malte 72 § ; PB 97 §+ Protocole sur les réclamations collectives mais pas la déclaration sur les ONGs nationales ; Norvège 80 §+ Protocole sur les réclamations collectives mais pas la déclaration sur les ONGs nationales ; Portugal intégralité+ Protocole sur les réclamations collectives mais pas la déclaration sur les ONGs nationales ; Suède 83 §+ Protocole sur les réclamations collectives mais pas la déclaration sur les ONGs nationales ; Turquie, 91 §.

CSE 1961 ratifiée par 7 Etats: Danemark, 45 sur 72 + 4 articles du Protocole additionnel ; Allemagne, 67 § ; Grèce, 67 §+ Protocole additionnel +Protocole sur les réclamations collectives mais pas la déclaration; Islande, 41 § ; Luxembourg, 69 §; Espagne - la totalité des dispositions sauf un alinéa ; Royaume Uni, 60 §.

Etats se situent à un niveau supérieur à 80§ voire à 90§. En ce qui concerne les Etats ayant ratifié la Charte de 1961, l'engagement le plus bas est celui de l'Islande, avec 14 articles représentant 41§ numérotés. L'Espagne n'ayant pas accepté le Protocole sur les réclamations collectives, on peut estimer que c'est la Grèce, ayant accepté le Protocole et qui est liée par 67§ sur 72 ainsi que par les 4 articles du Protocole additionnel, qui offre la protection la plus satisfaisante. Au total, ce sont 11 Etats d'Europe de l'Ouest qui ont accepté le protocole sur les réclamations collectives sur 15 Etats au total.

Des constantes apparaissent dans l'utilisation de la marge d'appréciation des Etats, certaines dispositions étant moins « populaires » que d'autres¹¹.

Il n'est pas possible en 20 minutes d'évoquer l'ensemble des raisons motivant ces choix. Intéressons nous aux dispositions qui concernent certaines catégories particulièrement vulnérables¹² : l'article 7 relatif au droit des enfants et adolescents à la protection ; l'article 8 relatif au droit des travailleuses à la protection de la maternité ; l'article 19 relatif aux droits des travailleurs migrants ; les articles 30 et 31 relatifs à la protection contre la pauvreté et l'exclusion et le droit au logement. La non-acceptation totale ou partielle de ces dispositions par un nombre non négligeable d'Etats dont certains sont des membres fondateurs du Conseil de l'Europe peut surprendre. On trouve dans les Etats qui ont utilisé leur marge d'appréciation pour restreindre leur acceptation des articles 7, 8 et 19, principalement les Etats d'Europe du Nord (Norvège, Danemark, Suède qui a cependant accepté l'article 19, Islande, Finlande) et l'Autriche, auxquels s'ajoutent en fonction des dispositions concernées d'autres Etats comme l'Allemagne (pour 7 et 8), les pays du Benelux (Belgique pour un § de l'art 19, Pays Bas pour un § de l'article 19, Luxembourg pour l'article 8), l'Irlande (pour 8) et le Royaume Uni (pour 7 et 8), et quelques Etats du Sud : Andorre (pour l'art 19), Chypre (pour 7 et 8) et Malte (pour 8 et 19).

En ce qui concerne les articles 7 et 8 (*pour lesquels respectivement 9 et 12 Etats sur 21 ont fait jouer leur marge d'appréciation pour limiter leur acceptation*), la désaffection des Etats pourrait s'expliquer par une culture du travail différente, ainsi qu'une conception formelle de l'égalité, entraînant une situation nationale dont ces Etats peuvent craindre qu'elle ne soit pas conforme aux exigences du Comité européen des Droits sociaux (CEDS). En effet, la lecture des conclusions relatives aux rapports sur les dispositions non acceptées fait parfois apparaître que la situation de ces Etats ne correspond pas aux standards exigés, amenant le CEDS à conclure à l'impossibilité d'accepter immédiatement la disposition¹³. **La marge d'appréciation joue ici son rôle premier qui est de permettre aux Etats d'adapter leur engagement international au niveau national de protection des droits économiques et sociaux.**

Sur ce point les appréciations de l'Etat et du CEDS peuvent toutefois diverger. Par exemple l'Irlande estime ne pas pouvoir accepter l'article 8§3 alors même qu'une loi de 2004 protège les travailleuses qui allaitent, jusqu'aux 6 mois de l'enfant. Toutefois le CEDS précise que la

¹¹ Les articles les moins acceptés en tout ou partie par les Etats d'Europe de l'Ouest sont les articles 2 et 4 pour 9 Etats, 7 et 8 pour respectivement 9 et 12 Etats, sachant que l'article 7 fait partie du noyau dur. On passe ensuite à l'article 21 non accepté par 9 Etats, puis l'article 19 qui fait aussi partie du noyau dur non accepté par 9 Etats alors que l'article 18 a été refusé par 5 Etats. 7 Etats n'ont pas accepté les articles 22 et 23, 6 Etats sur 14, les articles 31 et 27 qui font partie des nouveaux droits garantis par la CSER. Pour l'article 30, seulement 3 Etats sur 14. Enfin, 5 Etats n'ont pas accepté tout ou partie de l'article 6 faisant aussi partie du noyau dur.

¹² Autisme-Europe c. France, réclamation 13/2002, décision sur le bien-fondé du 4 novembre 2003, §53.

¹³ Par exemple, la Suède ne peut accepter l'article 8§5 sur l'interdiction du travail sous terre parce qu'au nom du principe d'égalité elle refuse en général d'interdire aux femmes telle ou telle activité et ne considère pas que ce travail est dangereux. La Norvège ne se sent pas prête à accepter l'article 7§4 sur la durée du temps de travail des jeunes qui pourrait être considérée comme trop importante par rapport aux exigences du CEDS même si la délégation dans son rapport dit qu'il semble que l'article pourrait être accepté mais pas immédiatement. Par contre ne peut accepter l'article 8§2 parce qu'une femme enceinte pour recevoir son préavis pendant la période interdite même s'il ne prend pas effet de suite.

protection doit s'étendre jusqu'au 9^e mois de l'enfant, tout en recommandant l'acceptation de la disposition au motif que chaque situation nationale est évaluée au cas par cas. On peut comprendre que l'Irlande ne souhaite pas prendre le risque d'un constat de non-conformité, particulièrement aux regards des conclusions de 2011 du CEDS sur les autres aspects de l'article 8, car la conclusion de la délégation du comité ne garantit pas que la situation nationale sera jugée ultérieurement conforme à la CS, mais seulement qu'il n'y a pas d'obstacle majeur à l'acceptation de la disposition¹⁴. **Ici le recours à la marge d'appréciation relève de la prudence par rapport à une situation pour laquelle l'Etat n'est pas en mesure d'apprécier clairement si elle est en conformité avec la Charte sociale.**

On retrouve les mêmes logiques en ce qui concerne les autres dispositions non acceptées. En ce qui concerne l'article 19, pour lequel 9 Etats ont fait jouer leur marge d'appréciation dans des proportions variables rejetant parfois un seul paragraphe. C'est le cas par exemple du refus des Pays Bas d'accepter l'article 19§12 ce qui s'explique par le fait que la facilitation de l'apprentissage de la langue maternelle de l'enfant d'un travailleur migrant n'est pas une priorité au regard de la politique menée par les autorités qui entend favoriser l'intégration des migrants par l'apprentissage de la langue officielle de l'Etat. *Toutefois, cette explication apparaît moins convaincante quand on sait que les Pays Bas ont ratifié la Convention sur le statut du travailleur migrant qui contient la même disposition (article 15 STE 93).* Dans d'autres cas c'est la totalité de l'article qui est rejetée (Danemark, Islande par exemple), les inquiétudes relatives au marché du travail, la proximité géographique avec des Etats moins prospères, pourraient expliquer la réticence des Etats à être liés par une disposition dont l'objectif est d'assurer un ensemble de droits au travailleur migrant et sa famille, entraînant des charges supplémentaires sur les finances publiques. Mais l'on dispose de peu d'informations sur les raisons de cette non-acceptation. Le rapport de l'Autriche, en raison de sa localisation géographique, sera particulièrement intéressant à étudier, mais n'ayant ratifié la Charte sociale européenne révisée qu'en 2011, il n'a pas encore été soumis¹⁵.

Enfin certains des nouveaux droits de la CSR ont suscité une adhésion plutôt positive, particulièrement l'article 30 relatif à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale (puisque la marge d'appréciation n'a été utilisée que par 3 Etats sur 14), en revanche, 6 Etats sur 14 n'ont pas accepté tout ou partie de l'article 31 relatif au droit au logement¹⁶. Ces refus d'acceptation semblent motivés par les craintes que ces dispositions n'entraînent des obligations financières trop lourdes pour les Etats ou par le fait qu'il ne puisse être garanti que la situation nationale sera jugée conforme à la Charte sociale, alors même qu'elle semble satisfaisante. Ainsi le Chypre a mis en place des plans d'action et un ensemble de mesures pour lutter contre la pauvreté et l'exclusion mais malgré les encouragements du Comité européen des droits sociaux, il n'a toujours pas accepté l'article 30. L'Irlande justifie son refus d'accepter l'article 31 par l'inquiétude que cette disposition n'impose la mise en place « d'un droit au logement opposable », même si cet article prescrit des obligations de moyen et non de résultat¹⁷. *D'autres situations sont plus réconfortantes dans la mesure où la non-acceptation ne résulte pas d'une insuffisante protection mais de considérations liées à la structure institutionnelle d'un Etat. Ainsi l'article 31 n'est pas accepté par la Belgique car*

¹⁴ On ne peut que spéculer sur les raisons de la non-acceptation de cette disposition dans la mesure où l'Irlande n'a pas déposé son 2^e rapport sur les dispositions non acceptées.

¹⁵ On dispose de peu d'informations dès lors qu'un nombre important des Etats n'ayant pas accepté tout ou partie de l'article 19 n'ont pas soumis de rapports soit qu'ils ne soient pas liés par la CSER soit qu'ils l'aient ratifiée trop récemment.

¹⁶ Surtout si on prend en considération le fait qu'ils ne lient pas les Etats sous CSE qui sont majoritaires des Etats de l'Ouest (article 30 : n'ont pas accepté : Autriche, Chypre, Malte + Etats sous CSE 1961 : Allemagne, Fédération de Russie, Danemark, Grèce, Islande, Luxembourg et Espagne, et pour l'article 31 c'est encore plus important : les Etats CSE 1961+ Andorre, Autriche, Belgique, Chypre, Irlande et Malte).

¹⁷ Contra voir le DALO en France et récemment CAA Paris 20 sept 2012.

*son champ d'application relève des régions belges, lesquelles ont pris des mesures assurant la protection du droit au logement. La Belgique pourrait accepter la disposition dès lors qu'un accord serait trouvé entre les régions compétentes en la matière*¹⁸.

Concernant les pays d'Europe de l'Est¹⁹, le niveau d'acceptation est satisfaisant même s'il y a de notables exceptions comme la Lettonie qui a le niveau d'engagement le plus bas avec seulement 25§ acceptés sur 72 § de la Charte sociale de 1961²⁰ et, en ce qui concerne la Charte sociale révisée, l'Azerbaïdjan avec 47§ sur 98. Le niveau moyen d'acceptation se situe cependant pour la Charte sociale révisée entre 60 et 70 §. Toutefois certains Etats font exception et ont un engagement élevé : la Serbie avec 88§ sur 98, la Slovaquie avec 86§, la Slovénie avec 95§ et, depuis juin 2012, l'Estonie qui en acceptant 8 nouvelles dispositions porte son engagement à 87 § sur 98. Ce constat positif doit être nuancé par le fait que seulement 4 Etats ont accepté le mécanisme de réclamations collectives : Croatie, République Tchèque, Bulgarie et Slovénie.

Le niveau d'engagement des Etats d'Europe de l'Est est donc globalement inférieur à celui des Etats d'Europe de l'Ouest, mais ces Etats qui ont adhéré plus récemment au Conseil de l'Europe et ont dû faire face à une transition économique complexe qui peut expliquer et justifier un engagement plus timide.

Contrairement aux Etats d'Europe de l'Ouest, l'exercice de la marge d'appréciation par les Etats d'Europe de l'Est révèle que ce ne sont tant les articles 7 et 8 qui posent problème (ni les droits syndicaux des articles 5 et 6²¹) que les articles 12 (droit à la sécurité sociale) et 13 (droit à l'assistance sociale et médicale)²², très certainement en raison des coûts engendrés par leur garantie²³, alors même qu'il s'agit de 2 articles faisant partie du noyau dur de la Charte sociale.

On constate également une faible acceptation des articles 18 et 19²⁴ (bien plus importante qu'à l'Ouest) pour lesquels on peut avancer l'hypothèse de relations parfois difficiles entre certains de ces Etats et leurs voisins, ainsi que les craintes relatives au marché du travail, tout comme pour les Etats de l'Ouest. Enfin, on note également un refus d'acceptation des articles 30 et 31 beaucoup plus important qu'à l'Ouest²⁵ (par exemple, la Slovénie est le seul

¹⁸ Il faut préciser que l'interprétation des articles 16 et 30 de la CSE acceptées par la Belgique amène à une intégration des conclusions du CEDS sur l'article 31 dans l'analyse des réclamations collectives fondées sur les articles 16 et 30 en matière de droit au logement.

¹⁹ CSE révisée : Albanie : 64 sur 98§ ; Arménie, 67§ ; Azerbaïdjan, 47§ ; Bosnie-Herzégovine, 51§ ; Bulgarie, 62 § + Protocole sur les réclamations collectives mais pas encore de déclarations permettant aux ONG nationales d'introduire des réclamations ; Estonie, 87 depuis juin 2012 ; Géorgie, 63 § ; Hongrie, 60 § ; Lituanie, 86 § ; Moldova, 63 § ; Monténégro, 66 § ; Roumanie, 65§ ; Russie, 67 § ; Serbie 88 § ; Slovénie avec 95 § + Protocole sur les réclamations collectives mais pas encore de déclaration permettant aux ONG nationales de faire des réclamations ; Slovaquie, 86 § ; ERYM 63 § de la Charte ; Ukraine, 74 §. CSE 1961 : Croatie, a ratifié 40 des 72§ + 3 des 4 articles du Protocole additionnel + Protocole autorisant des réclamations collectives, pas de déclaration pour les ONGs nationales ; République Tchèque, 51 (a dénoncé en 2008 art 8§4) sur 72 + 4 articles, Protocole additionnel + autorise à être lié par le Protocole sur les réclamations collectives récemment ; Lettonie, 25 des 72 ; Pologne 57 (a dénoncé en 2011 8§4) sur 72.

²⁰ Représentant néanmoins le minimum requis de 10 articles.

²¹ Seule la Pologne n'ayant pas accepté l'article 6§4.

²² 12 Etats de l'Est n'ont pas accepté l'article 12 contre 3 à l'Ouest, 15 n'ont pas accepté l'article 13 contre 1 à l'Ouest.

²³ Pour les Etats d'Europe de l'Ouest, on peut noter que le Royaume Uni n'a pas accepté 3§ de l'article 12, pour l'Europe de l'Est seuls le Monténégro, la Serbie, l'ex-République Yougoslave de Macédoine et la République Tchèque ont accepté l'ensemble de ces dispositions. On retrouve également une forte utilisation de la marge d'appréciation des Etats à l'égard des articles 2 et 4 comme à l'Ouest mais dans une plus grande mesure.

²⁴ Pour l'article 18, 18 Etats de l'EST ne l'ont pas accepté contre 5 à l'Ouest, et pour l'article 19, 16 Etats de l'Est ne l'ont pas accepté contre 8 de l'Ouest.

²⁵ 13 Etats de l'Est contre 3 de l'Ouest n'ont pas accepté l'article 30, 17 Etats de l'Est contre 6 de l'Ouest n'ont pas accepté l'article 31. Sans compter ceux qui ne sont liés que par la CSE de 1961. On peut également signaler une faible acceptation de l'article 23 (15 Etats n'ont pas accepté, lié à la faible acceptation des articles 12, 13 et

Etat de l'Est à avoir accepté l'article 31 dans sa totalité), pour lequel on peut aussi penser que la charge financière que la garantie de ces droits fait peser sur les finances, ainsi que le caractère considéré comme imprécis des obligations qu'ils contiennent, justifie la timidité des Etats d'Europe de l'Est²⁶. On retrouve ces explications par exemple dans les rapports sur les dispositions non acceptées de la Bulgarie, Etat qui, malgré un bon niveau d'engagement, n'a pas accepté notamment en tout ou partie les articles 12, 13, 18, 19, 30 et 31, et dans lesquels l'Etat invoque la crise économique et la situation du marché du travail pour justifier le refus d'accepter certaines dispositions²⁷.

Les Etats ont donc usé de la marge d'appréciation comme ils en avaient le droit, et pour certains à bon escient au regard de leur situation nationale. Toutefois la marge d'appréciation a pu également être utilisée de manière excessive dans la mesure où le caractère progressif de l'engagement à être lié par l'ensemble des dispositions de la Charte sociale a été oublié par certains Etats. Il n'est donc pas surprenant de voir le CEDS, ainsi que la Cour européenne des Droits de l'Homme (CrEDH), utiliser les outils interprétatifs à leur disposition pour limiter les effets négatifs de cette marge d'appréciation par rapport au but ultime de protection des droits indivisibles de l'homme que poursuit la CS.

II. Le dynamisme interprétatif, technique de limitation de la marge d'appréciation des Etats dans le choix de leur engagement

L'utilisation par les Etats de leur marge d'appréciation pour limiter leur engagement entraîne une variation dans la protection des droits économiques et sociaux, dont les effets sont devenus encore plus sensibles depuis l'apparition du mécanisme de réclamations collectives. Les réclamations collectives portant sur des dispositions non acceptées ne peuvent pas prospérer²⁸. Peu satisfaisante dans son principe même, cette protection variable peut se heurter à des difficultés conceptuelles liées à l'**interdépendance** des droits économiques et sociaux. Le mécanisme d'acceptation « à la carte » qui permet de séparer les paragraphes au sein même des articles de la Charte sociale ne prend en compte que certaines dispositions, sans offrir une protection identique, se recoupent néanmoins²⁹. Dans un tel cas, la marge d'appréciation des Etats peut ne pas suffire à empêcher la logique des droits de prendre le dessus, grâce à l'interprétation que le CEDS fait des dispositions de la CS. **Ainsi le CEDS utilise la complémentarité des dispositions de la Charte sociale, l'interprétation holistique, pour contrer les conséquences de l'utilisation de la marge d'appréciation des Etats** et dépasser l'absence d'acceptation de certaines dispositions par l'Etat mis en cause³⁰. C'est ce que rappelle le CEDS dans la décision sur le bien-fondé du 21 mars 2012 FIDH c. la Belgique³¹, quand il énonce que : « la Charte a été conçue comme

30, 31) et de l'article 15 (14 Etats ne l'ont pas accepté contre 1 à l'Ouest). On a aussi une bonne proportion des Etats qui n'ont pas accepté les articles 2, 4, et 10.

²⁶ Les conclusions du CEDS (Conclusions XIX-2 de 2009) estimant que « la crise économique ne doit 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 », ne sont pas non plus de nature à encourager l'acceptation de nouvelles dispositions en tous cas dans le contexte actuel.

²⁷ Par exemple, en ce qui concerne l'article 12§4 sur l'égalité de traitement des ressortissants des autres parties en matière de sécurité sociale. La Bulgarie est l'Etat de l'UE qui accorde le moins de permis de travail.

²⁸ Article 4 du Protocole de 1995 : la réclamation doit être présentée sous forme écrite, porter sur une disposition de la Charte acceptée par la Partie contractante mise en cause et indiquer dans quelle mesure cette dernière n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'application de cette disposition. Doit aussi être présentée par une organisation autorisée : je ne vais pas couvrir ce dernier point.

²⁹ Par exemple, l'article 1§4 (droit au travail) est lié aux articles 9 et 10 (orientation et formation professionnelles), l'art 9 peut être lié à l'article 15 en ce qui concerne l'intégration des personnes handicapées, l'article 16 à l'article 31 etc...

³⁰ Par exemple voir CEDR c. Bulgarie, décision sur le bien-fondé du 18 octobre 2006 dans laquelle le CEDS accepte la réclamation concernant le droit à l'éducation des enfants handicapés sur le fondement de l'article 17 plutôt que sur l'article 15 qui n'était pas accepté par la Bulgarie.

³¹ Réclamation 62/2010, décision sur la recevabilité, le 1^{er} décembre 2010.

un tout et ses dispositions se complètent en se chevauchant partiellement. Il est impossible de délimiter le champ d'application matériel de chaque article ou paragraphe d'une manière étanche. [...] Tel est le cas du droit au logement ». Ainsi la garantie des droits protégés par l'article 31, dont a vu qu'il n'était pas plébiscité par les Etats parties, peut être recherchée à travers d'autres dispositions comme c'est souvent le cas avec l'article 16 (pour les familles)³², mais d'autres articles pourraient être mobilisés comme les articles 15 (pour les personnes handicapées), 17 (pour les enfants³³), 19 (pour les travailleurs migrants³⁴), l'article 23 (pour les personnes âgées), l'article 30 (sur la lutte contre la pauvreté et l'exclusion³⁵). Certes, la sécurité juridique peut s'en trouver malmenée mais cette interprétation se réalise au bénéfice d'une plus grande protection des droits de l'homme et se justifie par les règles d'interprétation des traités³⁶.

Toutefois le CEDS n'entend pas faire disparaître complètement la marge d'appréciation des Etats ; il le précisait dans la réclamation précitée : « Il incombe [...] au Comité de veiller tout à la fois à ne pas imposer aux Etats des obligations relevant d'articles qu'ils n'ont pas entendu accepter et à ne pas amputer d'éléments essentiels de leur portée les dispositions d'articles acceptés portant des obligations susceptibles de résulter également d'autres articles non acceptés ». Ainsi a-t-il récemment refusé de considérer que l'article 3§1a du Protocole de 88 (relatif au droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail et du milieu du travail) s'appliquait dans l'affaire Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. la Grèce, décision sur le bien-fondé du 23 mai 2012), ce qui aurait permis de contourner la non-acceptation par la Grèce du droit de négociation collective prévu à l'article 6. Le Comité a estimé de manière non-unanime que l'article 3 §1a du Protocole additionnel ne portait pas sur le droit de négociation collective et que la question soulevée par les réclamants relevait du champ d'application des articles 5 et 6 de la Charte de 1961 [qu'il ne pouvait examiner puisque ces dispositions n'avaient pas été acceptées par la Grèce].

Par ailleurs le CEDS mobilise l'**interprétation téléologique**³⁷ pour limiter les effets du champ d'application personnel de la Charte, réduisant la marge d'appréciation des Etats en étendant le champ d'application de la Charte au-delà de ce qui avait été initialement prévu et accepté par les Etats. En effet, et de manière surprenante pour un traité de protection des droits de l'homme³⁸ la Charte ne s'applique pas aux ressortissants d'Etats tiers ou aux ressortissants des Etats parties en situation irrégulière³⁹. Cette exclusion peut entraîner des difficultés d'application de la Charte sociale à l'égard de personnes pourtant protégées ou simplement mener à des situations inacceptables au regard de l'objet et du but de la Charte. Le CEDS, à partir notamment de la décision FIDH c. la France du 8 sept 2004, a retenu une

³² CEDR c. Bulgarie, réclamation 31/2005, décision sur le bien-fondé du 18 octobre 2006, § 17, et CEDR c. France, réclamation n° 51/2008, décision sur le bien-fondé du 19 octobre 2009, § 89, décision sur le bien-fondé du 11 décembre 2009 INTERRIGHTS c. Grèce, 25 juin 2010 COHRE c. Italie : « à l'instar de nombreuses autres dispositions de la Charte, les articles 16 et 31 ont certes une portée différente en ce qui concerne le champ d'application personnel et matériel, mais se recoupent partiellement sur plusieurs aspects du droit au logement. Les notions de logement d'un niveau suffisant et d'expulsion sont ainsi les mêmes dans les articles 16 et 31 ».

³³ DEI c. Pays Bas, 20 octobre 2009.

³⁴ Décision sur le bien-fondé du 25 juin 2010 *Center of Housing Rights and Eviction (COHRE) c. Italie*, réclamation 58/2009 : réclameur invoque les articles 16, 19, 30 et 31, et E. §144 sur 19§4 : le CEDS considère que la violation de l'article 31 et combinaison avec E entraîne violation de l'article 19§4 en combinaison avec E pour les migrants roms et sintis et leurs familles qui résident légalement en Italie.

³⁵ FIDH c. Belgique, décision sur le bien-fondé, le 21 mars 2012.

³⁶ Art 31§1 de la Convention de Vienne : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

³⁷ DEI c. Pays Bas, 20 octobre 2009, § 36. Voir également OMCT c. Irlande, 7 décembre 2004, § 60.

³⁸ Les arts 12§4 et 13§4 visent spécifiquement à étendre les droits garantis par ces arts aux ressortissants légaux des autres Etats et les dispositions de la Charte doivent aussi être lues à la lumière des articles 18 et 19.

³⁹ DEI c. Pays Bas du 20 décembre 2009.

interprétation stricte et audacieuse⁴⁰ des restrictions à l'application de la Charte sociale⁴¹, tout en recommandant régulièrement leur abrogation⁴². Tout d'abord, en ce qui concerne la protection des personnes relevant du champ d'application personnel de la Charte, dans plusieurs affaires impliquant les Roms⁴³, le CEDS a refusé que l'Etat défendeur se serve de ce qu'au sein de cette catégorie, certaines personnes étaient des ressortissants d'Etats tiers ou d'Etats parties en situation irrégulière, pour échapper à ses obligations. Le CEDS a ainsi précisé qu'alors même « qu'il est extrêmement difficile d'établir clairement à qui la protection garantie par la Charte et son Annexe s'applique sans restrictions [...] l'absence de possibilités d'identification ne doit pas conduire à priver des personnes pleinement protégées par la Charte des droits qu'elle leur confère ».

Le CEDS réaffirme non seulement l'obligation de protéger les droits de ceux qui sont couverts par la Charte, mais va au-delà en rappelant que : « la partie de la population en cause qui ne répond pas à la définition de l'annexe ne saurait être privée des droits à la vie et à la dignité que lui confère la Charte ». Ces droits ne sont pas expressément mentionnés par la Charte mais découlent de certaines dispositions de la Charte⁴⁴ et à l'instar du principe de dignité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH), dont elle est le complément⁴⁵, ils la sous-tendent (FIDH c. France⁴⁶). Ainsi l'engagement des Etats doit être relu à la lumière de cette affirmation qui étend le bénéfice de la Charte à de nouvelles catégories de personnes au nom de la protection de la dignité inhérente à tout homme. [*Le CEDS poursuit ainsi sa jurisprudence entamée au profit des étrangers mineurs en situation irrégulière dans l'affaire FIDH c. France⁴⁷, et reprise dans l'affaire Défense des enfants international c. les Pays Bas du 20 octobre 2009, dans laquelle le CEDS avait précisé que la clause d'exclusion ne serait pas appliquée si elle était susceptible « de produire des conséquences préjudiciables déraisonnables lorsque la protection des groupes vulnérables est en jeu »⁴⁸.]*

⁴⁰ Pour la minorité d'ailleurs, il ne s'agissait pas d'interprétation de la Charte mais bel et bien d'imposer aux Etats de nouvelles obligations, niant ainsi leur marge d'appréciation dans le choix de leur engagement.

⁴¹ §29 : Ainsi la Charte doit-elle être interprétée de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux. Il en résulte notamment que les restrictions apportées aux droits doivent être interprétées strictement c'est-à-dire comprises d'une manière qui laisse intacte l'essence du droit en question et permette d'atteindre l'objectif général de la Charte. Idée que la Charte est une instance de protection des droits de l'homme défendant des droits concrets et effectifs est présente dans 1^{ère} réclamation collective : CIJ c. le Portugal.

⁴² Voir conclusions générales de 2011, p. 11, le CEDS invite les Etats à user de la posté offerte d'étendre le champ d'application de la Charte.

⁴³ CEDR c. l'Italie (réclamation 27/2004, décision du 7 décembre 2005), COHRE c. l'Italie (25 juin 2010, §32 et 33 et 28 juin 2011), COHRE c. la France du 28 juin 2010.

⁴⁴ Par exemple, dans FIDH le comité fait du droit à la santé un préalable essentiel à la préservation de la dignité humaine.

⁴⁵ FIDH c. la France, 2004, §27

⁴⁶ §27 : La Charte a été élaborée comme un instrument de droits de l'homme destiné à compléter la Convention européenne des Droits de l'Homme. Elle est un instrument vivant, voué à certaines valeurs qui l'inspirent : la dignité, l'autonomie, l'égalité et la solidarité.

⁴⁷ Dans laquelle il avait énoncé qu'une législation ou une pratique qui niait le droit à l'assistance médicale aux résidents étrangers sur le territoire d'un Etat partie fussent-ils en situation irrégulière était contraire à la Charte, au nom de la dignité humaine dont les soins de santé constituent un préalable essentiel à sa préservation (§31 et 32). N'était pas une décision unanime. Dans les OD on retrouve les mêmes arguments que ceux développés par Fitzmaurice dans Golder 1975, c'est aux Etats de modifier le texte de l'article 17 et l'annexe si l'on n'est pas satisfait qu'il ne s'applique pas aux personnes en situation irrégulière, sous couvert d'intention on impose en réalité de nouvelles obligations.

⁴⁸ §37. L'affaire étend certains aspects de l'article 31 sa position par rapport à l'accès aux soins de santé. Le gouvernement avait clairement dit qu'il avait ratifié la CSER et le Protocole en pensant que sa législation relative aux étrangers même mineurs en situation irrégulière n'entraînait pas dans le champ d'application de la CSER. Interprète également sur la base de l'article 31§1c de la Convention de Vienne : à la lumière de tout élément de DI applicable dans les relations entre les parties. Souligne également l'adoption de l'approche téléologique. Refuse de faire entrer les mineurs irréguliers dans le champ d'application de l'article 31§1 ; Par contre entre dans le champ d'application de l'article 31§2 : « le droit à un abri est étroitement lié au droit à la vie et est crucial pour le respect de la dignité humaine de tout individu. Il constate que si tous les enfants sont vulnérables, le fait de grandir dans la rue les prive de toute défense. Il estime donc que le déni du droit à un abri leur serait

La participation des Etats à d'autres Traités internationaux permet-elle de limiter les effets négatifs de la marge d'appréciation concernant leur engagement dans le cadre de la Charte sociale ? S'il n'est pas nécessairement bon pour la crédibilité de la Charte sociale que la protection des droits sociaux se fasse à travers d'autres mécanismes, à défaut pour le système de la Charte sociale d'atteindre un niveau de protection plus élevé, cette protection indirecte doit être positivement accueillie.

Tout d'abord en ce qui concerne la participation à l'UE (*Bien que la Charte sociale européenne soit mentionnée par les traités, que la Charte des Droits fondamentaux contienne des droits économiques et sociaux principalement inspirés de la Charte sociale européenne, que la Charte des Droits fondamentaux ne doit pas être interprétée de manière à réduire la portée des droits garantis par d'autres engagements internationaux*⁴⁹, et que le droit de l'UE ait aussi constitué une source d'inspiration de la Charte sociale européenne révisée), les relations entre les 2 systèmes sont difficiles. [La CJUE ne mentionne pas la Charte sociale européenne ou la jurisprudence du CEDS, l'adhésion de l'UE à la Charte sociale européenne n'est pas envisagée.] Certes, dans certains domaines, notamment en matière d'égalité de traitement en matière d'emploi et de rémunération, ou encore ce qui concerne la mobilité des travailleurs et la sécurité sociale, le droit de l'UE contraint les Etats membres à respecter ces droits économiques et sociaux, limitant ainsi les effets d'une éventuelle non acceptation d'une disposition similaire de la Charte sociale. Toutefois dans de nombreux autres domaines, le niveau de protection des droits sociaux offert par l'ordre juridique de l'Union est inférieur à celui offert par la Charte sociale⁵⁰ et l'intégration européenne ne peut être un substitut à l'acceptation des dispositions de la Charte. D'abord parce que les Etats parties à la Charte sociale européenne sont plus nombreux que les membres de l'UE⁵¹. Ensuite parce que le CEDS refuse d'appliquer une présomption de protection équivalente à l'ordre juridique de l'UE en l'état actuel de son fonctionnement⁵². Ainsi seule une appréciation concrète par le CEDS de la situation nationale peut permettre de conclure à la conformité à la Charte sociale européenne [Le CEDS aura l'occasion de rappeler que la participation de certains Etats parties à l'UE ne leur permet pas d'échapper à leurs obligations au titre de la Charte sociale européenne, lors de l'analyse de la réclamation collective déposée contre la législation suédoise modifiée à la suite des affaires Laval et Partneri, qui serait selon les réclamants désormais contraire aux articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne⁵³.]

Qu'en est-il de l'impact de la CEDH sur la marge d'appréciation des Etats dans leur engagement ? La CEDH garantit essentiellement des droits civils et politiques et la CrEDH rejette les requêtes fondées sur la Charte sociale dès lors qu'elles ne présentent pas un lien suffisant avec une disposition conventionnelle⁵⁴. Toutefois la Cour a également reconnu dès

préjudiciable ». Accepte également que les enfants quelle que soit leur situation relève du chapitre d'application personnel de l'article 17.

⁴⁹ Pour autant en matière d'interprétation harmonieuse seule la CEDH comme texte international est explicitement mentionnée par la Charte des droits fondamentaux.

⁵⁰ Voir par exemple la levée de bouclier des parlements nationaux face à la proposition de règlement Monti II de la Commission, qui considéraient que cette proposition prise en violation du principe de subsidiarité risquait d'aboutir à un affaiblissement du droit de grève.

⁵¹ C'est ce qui explique que la Bulgarie ne puisse pas encore accepter l'article 12§4.

⁵² Voir le rappel très clair de ces principes dans CGT c. France – réclamation 55/2009, décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010 : « [...]le Comité considère qu'il ne résulte ni de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'UE ni des procédures d'élaboration du droit dérivé à leur égard, qu'une présomption de même nature puisse être retenue, même de manière réfragable, s'agissant de la conformité des textes juridiques de l'UE à la CSE ». Pas certain que Traité de Lisbonne change la donne même si le comité se déclare prêt à modifier son appréciation à la lumière de l'évolution du fonctionnement de l'UE en la matière.

⁵³ Réclamation 85/2012 - Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres fonctionnaires et employés (TCO) c. la Suède.

⁵⁴ Le requérant invoquant des dispositions de la CSE que la Cour ne s'estime pas compétente pour analyser, ou le lien entre les arts de la CSE et certaines dispositions conventionnelles comme 3 ou 8 est trop ténu Salvetti c.

l'arrêt Airey c. l'Irlande, l'absence de cloison étanche entre droits conventionnels et droits économiques et sociaux, [lesquels ont été principalement protégés à travers une redéfinition des articles 6, 8, 11, et 1P1 et par l'interdiction de la discrimination (art 14+Protocole 12 ratifié par 18 Etats).] L'interprétation dynamique de la CEDH peut ainsi venir combler les lacunes de l'engagement des Etats au niveau de la Charte sociale. La Cour a ainsi à plusieurs reprises ignoré les arguments des Etats qui soulevaient que le droit invoqué par le requérant relevait de la Charte et non de la CEDH et que la CrEDH, n'étant pas l'organe de protection de la Charte sociale, ne devait pas en tenir compte. Ce fut l'argument développé récemment par le gouvernement russe dans l'affaire Konstantin Markin de 2012, relatif au traitement différent des militaires sur la base de leur genre dans l'allocation du droit à un congé parental. Le gouvernement estimait que l'art 27 de la Charte sociale européenne révisée, par lequel il est lié, n'avait pas être défendu par la CrEDH, le droit au congé parental ne relevant pas de l'article 8 de la Convention, ce que la CrEDH a rejeté. Mais c'est surtout l'arrêt Demir et Baykara c. Turquie de 2008 qui a démontré le potentiel de la CEDH à réduire la marge d'appréciation des Etats dans le cadre de la Charte sociale européenne. La Cour a intégré dans l'article 11 à la lumière d'un « consensus international émergent » le droit de négociation collective⁵⁵. Elle n'a pas tenu compte du fait que la Turquie était restée volontairement en marge de cette « évolution continue des normes et principes appliqués dans le DI ou le droit interne de la majorité des Etats membres du CoE », en refusant d'accepter les articles 5 et 6 de la Charte sociale⁵⁶. Certains auteurs⁵⁷ ont critiqué le dynamisme interprétatif de la Cour comme étant illégitime voire dangereux. Toutefois les arguments avancés sont inégalement convaincants⁵⁸. La marge d'appréciation utilisée par les Etats dans le cadre de la Charte sociale européenne ne peut venir limiter l'interprétation dynamique de la CEDH réalisée par la CrEDH. L'intérêt de l'arrêt Demir et Baykara est de rappeler que cette marge d'appréciation est sans conséquence directe sur l'interprétation conventionnelle. Il est donc inutile de se servir de l'arrêt Demir et Baykara comme d'un épouvantail, les Etats n'ayant aucun intérêt à ne pas ratifier la Charte sociale ou à refuser d'augmenter leurs engagements puisque le fait qu'ils soient liés par les dispositions de la Charte sociale européenne n'est pas pertinent pour l'interprétation de la CEDH. Toutefois, on peut admettre qu'une interprétation extensive ne facilite généralement pas les relations entre les organes de protection des droits de l'homme et les Etats parties, et *in fine* pourrait négativement influencer les Etats quant à leur volonté de s'engager dans l'élaboration et la ratification de textes internationaux et donc avoir par ricochet un effet sur l'émergence d'un consensus international dans tel ou tel domaine. Il n'est pas certain que la crainte d'un engagement plus faible au niveau international doive empêcher les interprètes authentiques des traités internationaux de réaliser l'interprétation qui s'impose au regard de l'évolution du droit. Si l'interprétation extensive de la CEDH peut nuire l'efficacité de l'engagement à la carte dans le cadre de la CSE, elle rappelle également le principe de progressivité de la protection des droits économiques et sociaux⁵⁹. Enfin, il ne faut pas exagérer l'effet de cette interprétation sur la marge d'appréciation des Etats, dans la mesure où la position de la CrEDH dans l'arrêt Demir et Baykara relève plus de l'exception que de la règle. La CrEDH n'est pas encore arrivée au point de pouvoir être considérée comme une « Cour européenne des droits sociaux »⁶⁰. Son positionnement en matière d'obligations positives vis-à-vis des personnes handicapées est timide, tout comme son approche de la discrimination positive.

l'Italie, décembre 2002, C.R. c. la France 2000, Zehnalova et Zehnal c. la République Tchèque 2002, Botta c. l'Italie, 1998.

⁵⁵ Voir également Enerji yapi yol sen c. la Turquie pour l'intégration à l'article 11 du droit de grève.

⁵⁶ § 65 à 86, § 78 dans lesquelles elle souligne qu'elle n'a jamais dans la recherche d'un dénominateur commun fait la difficulté entre les textes par lesquels les Etats avaient accepté d'être liés et les autres.

⁵⁷ JF Renucci.

⁵⁸ Les droits économiques et sociaux ne sont pas de « véritables » droit de l'homme, les Etats vont être frileux quant à leur engagements internationaux, la soft law n'en est plus une.

⁵⁹ Par ailleurs ce qui est considéré comme soft law n'en reste pas moins du droit, un engagement réel.

⁶⁰ Marguénaud et Mouly, cf N. c. RU.

La marge d'appréciation des Etats dans leur engagement, si elle peut être limitée par le recours à certaines techniques d'interprétation, n'en est pas moins encore une réalité de la Charte sociale qui, on peut l'espérer, disparaîtra progressivement même si les rapports sur les dispositions non acceptées ne sont pas encore suffisamment suivis d'effets. A l'heure où l'Europe traverse une crise économique et sociale majeure, il est peu probable que les Etats renoncent à leur marge d'appréciation alors même, comme le rappelle le CEDS, que « [...] les gouvernements se doivent [...] 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 »⁶¹.

⁶¹ Dans une réclamation grecque récente, le Comité considère que les mesures visant à encourager une plus grande flexibilité de l'emploi en vue de combattre le chômage ne devraient pas avoir pour résultat de priver de larges catégories de salariés, de leurs droits fondamentaux issus du droit du travail, qui les protègent contre des décisions arbitraires de leurs employeurs ou des pires effets des fluctuations économiques.

Le pouvoir discrétionnaire des Etats dans la mise en œuvre des droits

Ineta Ziemele, Juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme *

Permettez-moi tout d'abord de dire combien je me réjouis que les organisateurs de cette manifestation aient laissé aux orateurs une certaine marge discrétionnaire et que le sujet sur lequel il m'a été demandé de m'exprimer soit formulé de manière fort large.

Les réflexions sur le pouvoir discrétionnaire des Etats auxquelles le séminaire d'aujourd'hui m'ont conduit à me livrer m'ont été d'une grande utilité, ne serait-ce qu'au motif - Jean-Paul Costa vous le confirmera - que nous sommes plongés depuis plusieurs années déjà, à la Cour européenne des droits de l'homme, dans un débat sur la question de savoir de quelle marge discrétionnaire disposent les Etats parties dans la mise en œuvre de la Convention.

J'ai choisi, pour vous faire part de mes observations concernant la Charte sociale européenne et le pouvoir discrétionnaire des Etats dans l'application des droits sociaux, de suivre une approche comparative : j'ai pris le parti de comparer la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne car cela permet, me semble-t-il, de mieux faire ressortir les différences entre ces deux instruments.

Mais avant de commencer, je voudrais faire quelques remarques d'ordre général. La notion de pouvoirs discrétionnaires est l'une des plus importantes du droit public. Le droit public international, sur le terrain duquel se situent la Charte sociale européenne et la Convention des droits de l'homme, ne fait pas exception. En droit international, les Etats ont la possibilité, tantôt explicite, tantôt implicite, d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires, possibilité dont ils usent évidemment à de multiples fins. L'exécution des arrêts de la Cour internationale de Justice (CIJ) est un exemple très intéressant en la matière, car elle revêt, au même titre que, dans le contexte du Conseil de l'Europe, l'exécution des arrêts de la Cour ainsi que la mise en œuvre des conclusions du Comité européen des droits sociaux, une importance majeure.

La Charte des Nations Unies contient une disposition selon laquelle si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour internationale de Justice, l'autre partie peut recourir au Conseil de Sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt.⁶² L'exécution des arrêts de la CIJ est discrétionnaire à deux niveaux : celui, d'une part, de l'Etat concerné, qui peut décider s'il est de son intérêt de saisir le Conseil de Sécurité, et celui, d'autre part, de l'Organisation internationale, dont l'un des organes jouit lui aussi d'un pouvoir discrétionnaire. Cela étant, il a été constaté que « Depuis près de 50 ans que l'ONU existe, les cas où une intervention du Conseil de sécurité a été sollicitée au titre de l'article 94(2) demeurent rares : cet article a été invoqué par le Royaume-Uni en 1951 dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, par le Nicaragua en 1986 dans l'affaire qui l'opposait aux Etats-Unis, et par la Bosnie-Herzégovine en 1993 dans l'affaire contre la République fédérale de Yougoslavie. »⁶³

* Docteur en droit (Cambridge), Juge, Présidente de section à la Cour européenne des droits de l'homme

⁶² Voir la Charte des Nations Unies, article 94.

⁶³ Voir A. Tanzi, "Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations" [Problèmes liés à la mise en œuvre des décisions de la Cour internationale de Justice et droit des Nations Unies], *European Journal of International Law*, 1995, vol. 6, pages 539 à 572 (p. 540).

Qu'en est-il de la marge discrétionnaire des Etats pour ce qui concerne les obligations en matière de droits de l'homme? Je voudrais faire sur ce point une autre remarque générale, à savoir que l'on observe une certaine circularité qui tient à la façon dont fonctionne le processus « législatif » international et qui explique d'ailleurs les difficultés qui viennent d'être évoquées concernant la ratification « à la carte » de la Charte sociale européenne. En d'autres termes, dès lors que ce sont les Etats qui rédigent les traités et autres documents internationaux – et qui définissent donc leurs propres obligations internationales –, ce processus peut être empreint d'une insécurité juridique considérable et être le fruit de nombreux compromis. Il est évident que les Etats s'arrogeront, à chaque fois qu'ils le souhaitent, le pouvoir discrétionnaire de ratifier ou non certaines parties du traité ou de prévoir une disposition qui leur laissera une grande liberté quant à la portée et aux effets du texte en question. Cela apparaît clairement dans la Charte sociale européenne comme dans la Convention européenne des droits de l'homme. La forte présence de pouvoirs discrétionnaires conférés aux Etats, qui vient de ce que ces derniers sont précisément les auteurs de ces textes de loi, fait partie de la réalité internationale. Il n'en va pas de même lorsque les négociations se déroulent au sein d'une instance multilatérale et dans le contexte d'une certaine culture des droits de l'homme. Des aspects diplomatiques et des considérations de prestige viennent alors peser sur le libellé des obligations que les Etats s'imposeront, mais le fait que - ils sont nombreux à le déplorer – le droit international ne repose pas sur une norme de base constitutionnelle objective semble continuer à soulever quelques problèmes, en particulier pour la rédaction de traités qui touchent aux droits de l'homme.

En quoi l'usage des pouvoirs discrétionnaires laissés aux Etats affecte-t-il différemment la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme comparativement à la Charte sociale européenne ? D'autres orateurs ont déjà indiqué qu'en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, le pouvoir discrétionnaire des Etats était en réalité inscrit dans la doctrine de la marge d'appréciation, qui vaut pour toute la Convention mais est surtout mise en évidence dans la jurisprudence relative à ses articles 8 à 11. On notera, à propos de ces dispositions, que leurs auteurs, qui ne sont autres que les Etats, ont fixé les limites de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire pour l'application desdits articles, limites qui apparaissent dans la deuxième partie des dispositions en question ainsi que les protocoles à la Convention lorsqu'ils tempèrent les atteintes à ces droits en invoquant l'obligation d'en déterminer la nécessité dans une société démocratique. Par ailleurs, le libellé de l'article 18 de la Convention, qui interdit ce que j'appellerais les éventuelles « intentions cachées » des Etats lorsqu'ils affirment disposer d'un pouvoir discrétionnaire pour décider comment ils entendent appliquer les droits garantis par la Convention, mérite lui aussi d'être relevé, dans la mesure où nous avons été amenés à l'appliquer – fait inédit – dans deux récentes affaires concernant la Fédération de Russie et l'Ukraine. Les pouvoirs discrétionnaires sont, dans la Convention, doublement encadrés. Premièrement, le traité lui-même délimite l'ampleur de la marge d'appréciation accordée aux Etats. Deuxièmement, c'est la Cour qui, en tout état de cause, contrôle l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des Etats tel que le permet la Convention. J'aurais tendance à dire que, somme toute, ce que prévoit la Convention s'apparente de très près à toutes les garanties qui ont été mises en place dans les ordres juridiques internes, avec les constitutions et les mécanismes y afférents, pour faire face aux abus de pouvoirs discrétionnaires que pourrait commettre toute autorité étatique. Le système imaginé dans la Convention se rapproche autant qu'il est possible d'un véritable système constitutionnel de protection des droits dans le contexte du droit international.

Il me faut encore évoquer quelques autres aspects de la Convention européenne qui peuvent éclairer notre analyse du pouvoir discrétionnaire dont jouissent les Etats dans la mise en œuvre des droits de l'homme. Je ne puis ainsi passer sous silence la notion de consensus européen, qui est apparue il y a fort longtemps déjà dans la jurisprudence de la Cour et s'est, depuis, complexifiée. La Cour utilise notamment cette notion lorsqu'elle veut

déterminer si un droit donné de la Convention comporte ou non un élément nouveau. Soucieuse de préciser la nouvelle portée de ce droit, elle peut chercher à voir s'il existe un consensus européen sur un point particulier. Ici aussi, l'observation faite précédemment concernant la nature discrétionnaire des processus législatifs internationaux s'applique. Les Etats peuvent choisir librement les solutions qu'ils entendent retenir pour régler différents problèmes. En principe, la Cour prend simplement acte de ces pratiques ; néanmoins, lorsque celles-ci atteignent un certain degré d'universalité, elle en tirera parti et considèrera qu'elles sont en quelque sorte parvenues à un degré de maturité suffisant que pour être réputées entrer dans le champ d'application de la Convention. Quel que soit le vocable utilisé – certains parleront de coutume régionale, d'autres continueront de se référer à la notion plus large de consensus européen -, cela reste un phénomène très intéressant : nous sommes ici en présence d'une pratique qui, en Europe, entre Etats européens, revient en fait à circonscrire davantage encore les principes qui définissaient les Etats à l'origine, notamment la portée de leurs pouvoirs discrétionnaires. Sans vouloir entrer dans les détails, le fait est que la Convention contient un certain nombre de droits pour lesquels aucune marge discrétionnaire n'est admise ou qui ont vu au fil du temps – le droit à la vie en est un exemple- la marge discrétionnaire dont ils étaient initialement entourés – notamment par rapport à la peine de mort – disparaître sous l'effet conjugué de l'émergence du consensus européen et de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Charte sociale européenne a en revanche, me semble-t-il, été rédigée pour l'essentiel en prenant soin de respecter le pouvoir discrétionnaire des Etats de choisir leur modèle social. Je constate malheureusement que, dans la Partie I déjà, la Charte révisée de 1996 offre une importante marge discrétionnaire puisqu'elle tempère le texte en indiquant que la mise en œuvre des droits sociaux est une question d'objectifs politiques et permet aux Etats de déterminer tous les moyens utiles par lesquels ils poursuivront la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif de ces droits. Je serais tentée de dire que l'étape suivante du processus législatif, pour ce qui concerne la protection des droits sociaux en Europe, serait de supprimer l'introduction de la Partie I tout en conservant la liste des droits proprement dits. Ceci étant, les choses sont plus compliquées pour ce qui est de la Partie II – toujours par rapport au libellé de la Convention. Elle renferme des éléments qui autorisent les Etats à rechercher les solutions qui leur paraissent les plus appropriées pour s'acquitter de leurs obligations compte tenu de leur histoire et de leur culture. Il est par contre d'autres droits, notamment le droit au travail, dont on peut dire qu'ils n'admettent pas, pour tout ou partie, une grande marge de manœuvre. L'article 16, qui traite des prestations familiales, me paraît quant à lui être un exemple du type de formulation qui laisse véritablement aux Etats toute latitude quant aux moyens par lesquels ils entendent protéger la famille en fonction de leur situation nationale. Le mécanisme de ratification contribue à lui seul à renforcer le degré de discrétion dont disposent les Etats pour la mise en œuvre des droits sociaux. Je pense qu'en fait, ce sont les termes mêmes dans lesquels est rédigée la Charte sociale européenne qui posent problème. Face à un cadre qui laisse une place aussi grande au pouvoir discrétionnaire des Etats, il doit être extrêmement difficile pour le Comité européen des Droits sociaux de travailler et nous ne pouvons que saluer les efforts qu'il déploie et les résultats qu'il obtient.

Enfin, il est un autre point qui me semble mériter l'attention. Il s'agit du soutien qu'apporte la Cour européenne des droits de l'homme, à un double niveau, à la Charte sociale européenne. Je voudrais évoquer ici les affaires dont la Cour a eu à connaître où des droits sociaux sont venus s'immiscer dans sa jurisprudence – on se souviendra notamment de l'extension du droit de propriété qui a été étendu aux prestations sociales et aux droits à pension, ou encore de l'article 11. L'affaire *Demir et Baykara*, déjà citée, montre qu'il existe désormais une intéressante jurisprudence concernant les syndicats⁶⁴. Les articles 9 et 10 ont quant à eux généré la jurisprudence relative à la protection des droits sociaux en

⁶⁴ Voir l'affaire DEMIR ET BAYKARA c. TURQUIE (requête n° 34503/97) [GC], arrêt du 21 novembre 2008.

Europe. Permettez-moi de m'arrêter un instant sur l'affaire *Demir et Baykara*, qui me paraît mettre en lumière un certain nombre d'éléments fondamentaux. L'arrêt adopté par la Grande Chambre le 12 novembre 2008 portait sur la situation de fonctionnaires employés par des collectivités locales en Turquie et sur l'interdiction qui leur était faite par la législation de ce pays de constituer des syndicats et de mener des négociations collectives. Comme le lui permettait la procédure de ratification de la Charte sociale, la Turquie n'avait pas accepté les articles 5 et 6 de la Charte. La question à laquelle devait répondre la Cour était de savoir si l'article 11 relatif au droit et à la liberté d'association et au droit de constituer des syndicats conférait des droits ou exigeait de conférer le droit de former des syndicats aux fonctionnaires municipaux. L'Etat défendeur a notamment fait valoir que la Cour n'avait pas compétence pour se prononcer sur cette question étant donné que la Turquie n'avait pas ratifié les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne. Il a ensuite élevé une autre objection, à savoir que l'article 11 ne régissait pas ces problèmes et n'avait jamais été censé les régir. La Cour n'a rien négligé : elle a passé au crible les conventions de l'Organisation internationale du Travail ratifiées par la Turquie, elle s'est bien évidemment penchée sur les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne, et elle a examiné le consensus européen s'agissant de la situation des fonctionnaires et de leur droit syndical. C'est du reste ainsi que procède habituellement la Cour lorsque la question qui lui est posée comporte un volet social ou un volet civil. La réponse de la Cour a été la suivante : tout d'abord, le droit de principe des fonctionnaires de pouvoir négocier collectivement est reconnu par des instruments juridiques internationaux, au niveau mondial comme au plan régional. De plus, il ressort d'une analyse des pratiques européennes en la matière que ce droit est reconnu par la majorité des Etats membres. Deuxièmement, la Turquie a ratifié la Convention de l'OIT de 1952. Aucun élément du dossier ne permet d'établir que le syndicat des requérants représentait des fonctionnaires chargés de l'administration de l'Etat, c.-à-d., selon l'interprétation du Comité d'experts de l'OIT, des fonctionnaires exerçant des activités propres à l'administration de l'Etat et remplissant les conditions requises pour invoquer l'exception prévue par la Convention de l'OIT. La Grande Chambre a par conséquent confirmé le constat de violation de l'article 11 établi par la chambre chargée d'examiner l'affaire, en raison principalement de l'absence d'une réglementation nationale en la matière. La Grande Chambre a par ailleurs observé que le Gouvernement n'avait pas démontré l'existence de circonstances particulières permettant d'exclure les requérants, fonctionnaires municipaux, du droit, inhérent à leur liberté syndicale, de faire usage de la négociation collective pour conclure la convention en cause.

Il est intéressant de noter que la Cour ne prétend pas que les Etats ne disposeraient pas du pouvoir discrétionnaire de se prononcer sur différentes catégories de fonctionnaires ; elle suit l'approche adoptée par l'OIT et serait indubitablement allée dans le même sens que l'organe de contrôle de la Charte sociale européenne. Elle ne se permettrait pas d'élargir des droits sociaux sans s'être assurée d'avoir le soutien des instances spécialistes de la question. La Cour n'en a pas moins joué un rôle utile pour l'application de la Charte sociale européenne par la Turquie en intervenant d'une manière autre que ne l'auraient fait les mécanismes institués par la Charte proprement dite.

En conclusion, je voudrais souligner que plus les Etats acceptent l'existence d'une réglementation et mettent eux-mêmes en place des mécanismes de contrôle, plus leurs pouvoirs discrétionnaires risquent d'en être affectés. Cela n'est pas sans danger, et c'est un point sur lequel il nous faudrait vraiment réfléchir. Il est à craindre qu'après s'être frottés à des organes de suivi aussi rigoureux – la Cour notamment – les Etats n'en viennent à hésiter à accepter des obligations internationales assorties de mécanismes de contrôle. Un tiraillement que reflète en partie le dialogue que la Cour a pu avoir avec les Etats. Ecarter un processus législatif international continu n'est à l'évidence pas la solution – les Etats y ont naturellement tout intérêt. D'un autre côté, nous ne pouvons empêcher les Etats de revendiquer leurs pouvoirs discrétionnaires dans l'exécution des obligations qui leur incombent, que ce soit vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'homme ou du Comité

européen des Droits sociaux, surtout lorsque l'instrument en question les y autorise. Il s'agit là d'un tiraillement persistant qui est ancré dans les processus législatifs internationaux et dans l'application de ces textes, et c'est probablement le meilleur moyen d'aller de l'avant pour assurer une meilleure protection des droits.

Remarques pour conclure

Luis Jimena Quesada, Président du Comité européen des Droits sociaux

Mme la Secrétaire Générale adjointe du Conseil de l'Europe, Président Costa, Cher Jean-Paul, M. le Ministre de l'Andorre en exercice de la Présidence du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Excellences, Mesdames et Messieurs, Chers amis et collègues,

Je me sens très honoré de prendre la parole à la fin de cet important séminaire. Mes remarques finales, nécessairement brèves, doivent être surtout de gratitude.

Tout d'abord, je me réjouis du renforcement de cette collaboration étroite entre l'Institut international des Droits de l'Homme et le Conseil de l'Europe par le biais de ce séminaire sur la Charte sociale européenne et la marge d'appréciation des États.

René Cassin, fondateur de l'Institut (auquel je me sens tellement attaché), je disais, René Cassin serait très content de nous voir assis, nous tous, autour de la même table et de voir que nous sommes en train de travailler ensemble pour rendre réelle cette indivisibilité des Droits de l'Homme qu'il a décisivement contribué à forger par la rédaction de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, qui est la source des deux traités phares du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des Droits de l'Homme et la Charte sociale européenne.

Nous avons essayé, avec ce séminaire, de montrer également, l'indivisibilité de nos efforts communs et de nos responsabilités partagées en vue d'assurer l'indivisibilité des Droits de l'Homme ainsi que l'indivisibilité des garanties de ceux-ci. Dans cet esprit, je voudrais exprimer, au nom du Comité et du Service de la Charte sociale, notre gratitude à Mme la Secrétaire Générale adjointe du Conseil de l'Europe, à l'Institut international des Droits de l'Homme (représenté par son Président et par son Secrétaire Général, mon cher Ami Sébastien Touzé) et à la Présidence du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour leur soutien à la Charte sociale européenne. Je voudrais aussi remercier très chaleureusement les trois intervenants :

- Mme la Prof. Ducoulombier nous a montré, dans son intervention sur « la marge d'appréciation des États dans le choix de leurs engagements », que cette marge est compatible avec un exercice internationalement intégré de souveraineté ; elle témoigne de l'importance du rôle de l'université et des instances d'enseignement et de recherche (telles que l'Institut international des Droits de l'Homme ou le Réseau académique sur la Charte sociale européenne) dans la diffusion de la Charte et de la jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux. En effet, il est essentiel de souligner cette volonté académique, ainsi qu'une volonté politique positive de la part des États au moment de choisir leurs engagements, dans l'esprit de l'importante Déclaration politique du Comité des Ministres d'octobre 2011 à l'occasion du 50e anniversaire de la Charte sociale, d'encourager les États, ne l'ayant pas encore fait, à ratifier la Charte sociale révisée de 1996 ainsi qu'accepter la procédure des réclamations collectives.
- Mme la Juge Ziemele nous a parlé de « la marge d'appréciation des États dans la mise en œuvre des droits », c'est-à-dire, au moment de vérifier ou de contrôler l'effectivité de ces engagements déjà assumés par les États. Elle nous a montré ce que j'appellerais « un exercice équilibré et responsable de subsidiarité », c'est-à-dire, une marge compensée par le contrôle juridictionnel des instances établies par les traités adoptés par les États eux-

mêmes, que ce soit la Cour ou le Comité. Mme la Juge nous montre également la nécessité de ce que j'appelle aussi une volonté juridictionnelle positive de synergie entre les instances juridictionnelles (le Comité, la Cour européenne et la Cour de Justice) et les autres institutions et les organes de monitoring du Conseil de l'Europe, ainsi que d'autres organes internationaux de protection des Droits de l'Homme. Et bien sûr, je ne peux pas oublier le rôle également important des autres acteurs dans le système de la Charte sociale, à savoir les partenaires sociaux et les ONG. Nous travaillons tous ensemble pour rendre efficace un but commun : l'effectivité des droits reconnus dans la Charte sociale dans la vie quotidienne de millions de personnes en Europe.

- Enfin, M. Giakoumopoulos, Directeur des Droits de l'Homme, a abordé « la marge d'appréciation des États dans la mise en conformité des situations nationales », c'est-à-dire, après le contrôle opéré par le Comité européen des Droits sociaux. Il nous a montré ce que j'appellerais un « exercice loyal d'internationalité » et, en tout cas, il témoigne de l'importance du soutien de la Direction Générale Droits de l'Homme et État de Droit, un soutien concrétisé par le travail du personnel du Service de la Charte, d'autant plus constant que le Comité européen des Droits sociaux n'est pas un organe permanent.