

L'action collective et l'Europe

Etienne Pataut

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

IRJS

Il n'est guère d'auteur en France qui se soit interrogé avec autant de pertinence sur les conséquences sociale de la mondialisation que Marie-Ange Moreau. Au fil d'un livre précurseur¹ et d'une longue liste d'articles² qui témoignent à la fois de l'éclectisme de ses centres d'intérêts et de sa cohérence d'ensemble, elle a montré les dangers (ce qui est désormais classique) mais aussi (ce qui l'est bien moins) les potentialités, d'une mondialisation économique qui n'en finit pas de produire des secousses sociales.

Comme elle en faisait la juste remarque, la difficulté est particulièrement aigüe pour les relations collectives de travail³. Pétries de territorialisme⁴, celles-ci se prêtent en effet fort mal à l'internationalisation ou même à l'europanisation.

A cet égard, le cas des conflits collectifs est presque paradigmatique. La dédicataire de ces lignes avait bien montré combien les conflits étaient révélateurs des difficultés sociales posées par l'internationalisation des activités économiques⁵. Ils peinent, pourtant, à franchir les frontières, au moins juridiques, des États. Celles-ci paraissent alors bien étanches et, de ce fait, inaptés à réellement tenir compte de la réalité économique des actions collectives qui, pour leur part, se jouent bien fréquemment des limites géographiques.

Pas ou peu, tout d'abord, de règles de droit international privé, qui permettraient d'articuler entre elles des réglementations pourtant fort différentes d'un État à l'autre. De ce fait, le caractère international d'un mouvement collectif est rarement explicite et rarement pris en compte par le droit.

Le défaut de règles d'articulation, ensuite, n'est guère compensé par une réglementation substantielle supranationale. L'OIT ne s'est guère avancée sur le terrain, les conventions n° 87 et 98 portant essentiellement sur la liberté syndicale et le droit d'organisation et de négociation collective, même s'il est désormais avancé que le droit à la grève fait partie du droit international coutumier⁶.

La voie des droits fondamentaux est certes apparemment plus féconde puisque le droit de recourir au conflit collectif est explicitement reconnu à la fois par la Charte sociale européenne (article 6) et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 28). Il ne fait pas de doute, donc, que le droit de grève est désormais un droit fondamental. Mais, là

¹ M. A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006.

² V. la bibliographie en tête du présent volume, p. XXX.

³ M. A. Moreau, *ouvrage précité*, spéc. pp. 311 et s.

⁴ J.P. Laborde, « Les rapports collectifs de travail en droit international privé », *Trav. Com. Fr. DIP*. 1995-1998, p. 153, spéc. p. 154 parlait de « territorialisme instinctif ».

⁵ M. A. Moreau, « Mondialisation et justice : les enjeux théoriques des conflits sociaux transnationaux », in : M. A. Moreau, H. Muir Watt, P. Rodière, *Justice et mondialisation, en droit du travail.*, Dalloz, 2010, p. 3.

⁶ J. Vogt et al., *The Right to Strike in International Law*, Hart, 2020.

encore, le résultat final paraît plus ambigu que ne pourrait le laisser penser la clarté des textes et il est encore difficile de traduire concrètement les conséquences de cette promotion.

Dans l'Union européenne aucune réglementation précise de la grève n'est à attendre : celle-ci fait partie des compétences explicitement exclues par l'article 153§5 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Celle-ci, pourtant, s'est bien emparée du conflit collectif à travers ses grandes politiques : concurrence et libertés de circulation. Les arrêts *Laval* et *Viking* sont sans doute les plus célèbres de tout le droit de social de l'Union, et ne sont certes pas à son avantage⁷. Ils ont donné l'impression, durable et pas toujours inexacte, d'une Union bien plus préoccupée de succès économique que de mise en œuvre d'une ambitieuse politique de progrès social, en dépit des affirmations solennelles de l'article 3 du Traité sur l'Union européenne.

S'intéresser aux conflits collectifs en Europe semble donc condamner à la déception. La situation, pourtant, est peut-être un peu plus contrastée que ce que pourrait laisser penser cette maigre moisson. Il semble en effet, tout d'abord, que les ressources du droit international privé laissent désormais augurer d'une possible, quoiqu'ambigüe, internationalisation du contentieux en matière de grève (I). D'autre part, si la voie de la fondamentalisation paraît au départ un peu décevante, notamment en ce que les liens entre liberté syndicale, négociation collective et action collective ne semblent pas avoir donné de grands résultats (II), il semble que la particularité du droit fondamental à l'action collective commence désormais à faire son chemin, y compris dans l'Union (III).

I. Les ressources du droit international privé européen

Voilà déjà longtemps qu'il a été estimé que le droit international privé était, en matière de grève, désarmé⁸. C'est qu'en effet la discipline semble bien pauvrement outillée. Centré autour d'une technique, le conflit de lois, qui vise avant tout à articuler les lois nationales les unes avec les autres, le droit international privé traditionnel se prête mal à la particularité des actions collectives qui restent fondamentalement ancrées dans l'ordre juridique de l'État du lieu de déroulement de la grève (A). Pour autant, cette application n'est pas sans limite (B) comme le révèle surtout le contentieux en la matière, qui témoigne d'une possible mais ambigüe internationalisation (C).

A. La loi du lieu du déroulement de la grève

L'application de loi du lieu de déroulement de la grève s'impose, en la matière, avec la force de l'évidence. Fait social majeur, droit fondamental constitutionnellement garanti et consacré par divers textes internationaux, il paraît peu concevable que la grève soit régie par une autre loi que celle du lieu où elle se situe. Unanimement consacrée en doctrine⁹, la question, en

⁷ CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking* ; CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*, qui ont déclenché à la fois une tempête politique et un torrent d'analyses dans toute l'Europe. Pour une méta-analyse, v. part. V. Champeil-Desplats et E. Millard, « Viking et Laval : que reste-t-il du droit social européen ? », *Mélanges A. Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 205.

⁸ A. Lyon-Caen, « La grève en droit international privé », *Rev. Crit. DIP*. 1977. 271, spéc. p. 294 et 297, où l'auteur appelle de ses vœux une réglementation matérielle internationale.

⁹ A. Lyon-Caen, *article précité*, p. 278, JP. Laborde, *article précité*, p. 717. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, n° 575.

réalité, ne se pose que très rarement de façon explicite, ce qui explique la rareté de la jurisprudence.

La seule question, académique mais pas dénuée d'importance, est celle de la justification de cette application. Deux fondements sont le plus souvent avancés. Le premier, le plus traditionnel, est celui de la théorie des lois de police¹⁰. Mécanisme permettant d'outrepasser le conflit de lois, la loi de police permet d'imposer l'application de la loi interne, considérée comme impérativement applicable, dès lors que la situation entre dans son champ d'application. Tel serait le cas en matière de grève : l'application de la loi du lieu de déroulement de la grève s'imposerait dès que la grève se déroule sur le territoire de cet État, indépendamment de toute règle de conflit de lois.

Alternativement, il a été proposé de recourir aux ressources traditionnelles du conflit de lois. JP. Laborde soulignait ainsi les différences entre l'organisation permanente des rapports collectifs et la grève, qui ne serait finalement qu'une « action toujours ponctuelle », qu'un « fait du monde du travail »¹¹, qui serait donc régi par la loi du lieu de la survenance de ce fait. Il s'agirait donc d'une application plus spécifique de la règle de conflit de lois applicable en matière délictuelle.

Une troisième explication pourrait encore être soutenue : celle du caractère strictement territorial de la loi de la grève. Plus encore qu'une loi de police, la réglementation de la grève serait en réalité une loi territoriale en ce sens qu'elle serait entièrement indifférente à la loi étrangère et aux faits se déroulant sur le territoire d'un autre État¹². A suivre cette analyse, la grève serait hors du domaine du conflit de lois, la seule question susceptible de se poser étant celle de l'étendue spatiale des règles nationales. La licéité d'une grève, tout particulièrement, ne saurait être appréciée que dans l'État du lieu de son déroulement, en application de la loi du for.

L'alternative n'a jamais été tranchée explicitement par les juridictions françaises. Elle pourrait pourtant avoir des conséquences pratiques. Non pas tellement sur le principe de l'application de la loi du lieu du déroulement de la grève, qui ne fait, on l'a vu, pas de doute : quelle qu'en soit la justification, le principe même de l'application de cette loi n'est pas contesté. Elle peut en revanche avoir une importance si un autre juge que celui du lieu de la grève est saisi. Dans cette hypothèse, en effet, pourrait se poser la question de l'éventuelle application de la loi étrangère pour apprécier la licéité de l'action collective. Qualifier la loi de la grève de loi territoriale empêcherait toute application de principe de la loi étrangère.

Telle n'est pourtant pas la voie suivie et par petites touches, apparaissent des éléments d'internationalisation du contentieux relatif aux actions collectives.

B. Frontières du conflit de lois

¹⁰ A. Lyon-Caen, *ibid.* Plus nettement encore, v. G. et A. Lyon-Caen, *Droit Social International et Européen*, Précis Dalloz, 8^e éd., 1993, n°72.

¹¹ J.P. Laborde, *art. précité*, p. 717.

¹² Sur cette analyse dans le domaine voisin de la représentation collective des salariés, v. E. Pataut, « Relire 'Compagnie des Wagons-lits' : La représentation collective des salariés dans l'espace international », *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, pp. 387.

En matière d'action collective, la question du conflit de lois n'apparaît que très exceptionnellement et, la plupart du temps, à propos d'actions relatives non pas à la grève elle-même, mais à ses conséquences. Deux hypothèses émergent particulièrement¹³.

La première est celle d'un contentieux portant sur le contrat de travail. La participation à une grève ou, plus largement, à une action collective, peut en effet entraîner des sanctions pour le salarié y ayant participé. Il ne fait guère de doute que ces sanctions seront soumises à la loi du contrat de travail. Il s'agit d'une action contractuelle, régie donc par les règles de conflit de lois particulières au contrat de travail, celles de l'article 8 du règlement Rome 1¹⁴. Mais il n'en demeure pas moins que la question de l'éventuelle licéité de la grève pourrait être posée à cette occasion. Elle ne pourrait alors qu'être soumise au droit étranger. La Cour de cassation dans des arrêts anciens et contestables, l'avait en tout cas pensé, même si elle a pu *in fine* justifier les licenciements prononcés en raison de l'engagement qu'auraient pris les salariés de respecter les lois locales¹⁵. Une telle distinction pourra bien sûr poser quelques difficultés d'articulation, mais elle ne soulève aucune objection de principe et tend à montrer qu'en elle-même, l'application de la loi étrangère de la grève n'est pas impossible.

La seconde hypothèse est celle de l'action en responsabilité pour fait de grève. En droit interne français, il ne fait aucun doute que celle-ci est une action délictuelle, soumise aux règles générales de la responsabilité civile¹⁶. La même solution est suivie en droit international privé. Le règlement Rome 2, applicable en matière délictuelle, comporte une règle spécifique en matière de grève : l'article 9¹⁷. L'existence même de cet article tranche donc le débat sur la qualification. L'action en responsabilité pour fait de grève est une action en responsabilité civile comme une autre, en dépit de ses spécificités. Elle est donc soumise aux règles de conflit de lois posées par le règlement et, par nature, supporte l'application de la loi étrangère¹⁸.

Il est vrai que, comme en matière de contrat de travail, pourraient être distinguées deux étapes de raisonnement : s'interroger dans une première étape sur la licéité de la grève puis dans une seconde étape seulement sur la responsabilité pour fait de grève.

Concevable en théorie, cette question ne se posera pas en pratique. La première question, on l'a vu, est incontestablement soumise à la loi du lieu du déroulement de la grève. Tel est aussi le cas de la seconde. L'article 9 du règlement Rome 2 s'écarte en effet du rattachement général retenu par le règlement. Après une intense discussion doctrinale en Europe, s'est en effet finalement imposé le principe de l'application de la loi du lieu du dommage et non de celle du fait générateur (article 4§1 du règlement Rome 2). En matière de grève, cette solution

¹³ Sur l'ensemble, v. E. Pataut, « La grève dans les rapports internationaux de travail : questions de qualification », *Droit Social*. 2005. 303.

¹⁴ Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOUE*, n° L 177, du 4 juillet 2008.

¹⁵ V. Soc. 16 juin 1983 et Soc. 26 octobre 1983, *Rev. Crit. DIP*. 1985. 85, note M. Simon-Depitre (1^{ère} espèce), *D.* 1984. IR. 362, note A. Lyon-Caen, *JDI*. 1984. 332, note P. Rodière (participation à des mouvements de grève anti-apartheid en Afrique du Sud).

¹⁶ Soc., 9 novembre 1982, *D.* 1982. 621 et 1983. 531, note Sinay, *JCP*. 1983. II. 19995, *Dr. Soc.* 1983. 175, note Savatier. Sur l'ensemble de la question, v. p. ex. G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 31^e éd., 2018, pp. 1719 et s.

¹⁷ Règlement 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JOUE*, n° L 199, 31 juillet 2007, p. 40.

¹⁸ Sur l'ensemble, et les importantes ambiguïtés que laisse subsister cette disposition, v. A. van Hoek et P. Dorssemont, « Collective action in Labour Conflicts under the Rome 2 Regulation », *Eur. Journal of Labour Law*, 2011, n° 1, pp. 48 et s.

aurait risqué de conduire à l'application d'une autre loi que celle du déroulement de la grève, dans l'hypothèse où une grève aurait eu des conséquences dommageables sur un autre territoire que celui du lieu de son déroulement. Pour couper court à toute discussion sur le sujet, l'article 9 impose donc l'application de la loi du lieu du fait générateur : celui du déroulement de la grève.

Une telle solution, qu'il faut saluer, permet au moins de simplifier le raisonnement conflictuel : quelle que soit la question posée, celle de la licéité de la grève ou celle de ses conséquences sur la responsabilité civile, la même loi sera appliquée. La solution permet à la fois de prendre en compte la particularité de la grève, tout en l'intégrant dans le giron du règlement des conflits de lois en matière de responsabilité civile.

La solution ne permet certes pas, à elle seule, de résoudre la question de la nature de la règle imposant l'application de la loi du déroulement de la grève à la question de principe de la licéité de la grève. Elle permet toutefois de se convaincre que la grève n'est pas intrinsèquement réticente au conflit de lois et qu'il faut donc sans doute écarter l'éventuelle qualification de règle territoriale.

Cette analyse est confortée par les solutions qui s'imposent en matière de compétence juridictionnelle qui montrent qu'un juge étatique peut être amené à connaître d'une grève qui ne se déroule pas sur son propre territoire.

C. Compétence internationale et grèves étrangères

La réponse à la question de qualification a indirectement été donnée par la Cour de justice de l'Union. L'enjeu essentiel de cette discussion, on l'a vu, concerne la possibilité pour le juge d'un État d'appliquer la loi d'un autre État en matière d'action collective. A supposer la règle territoriale, une telle application serait par principe exclue, comme elle l'est, par exemple, en matière de sécurité sociale. Si cette qualification était écartée, au contraire, la loi étrangère pourrait être appliquée, par le biais du processus conflictuel normal.

C'est bien cette seconde solution qui a été imposée par la Cour de justice de l'Union¹⁹. A l'occasion d'un litige en matière de responsabilité civile liée à un fait de grève, celle-ci a en effet estimé sans trembler que la question relevait bien de la matière « civile et commerciale » et qu'à ce titre, devaient s'appliquer les règles de compétence classiques du règlement Bruxelles 1²⁰.

La question, pourtant, pouvait prêter à discussion. Les tribunaux danois étaient en effet saisis par un armateur danois de l'appréciation de la validité d'un préavis d'une grève devant se dérouler dans un port suédois et visant à forcer l'armateur à accorder aux marins de l'un de ses navires le bénéfice d'une convention collective. La crainte du conflit avait alors conduit l'armateur à retirer son navire de son trajet commercial habituel, une liaison entre la Suède et l'Angleterre, puis à saisir les juridictions danoises d'une action en dommages et intérêts dirigée contre le syndicat suédois. Le succès de cette action dépendait notamment du caractère licite ou non du mouvement collectif initié en Suède. Restait donc à savoir si les juridictions danoises pouvaient être saisies de cette question de licéité de la grève.

¹⁹ CJCE, 5 février 2004, aff. C-18/02, *DFDS Torline c. SEKO*, *Rev. Crit. DIP.* 2004, 791 note E. Pataut.

²⁰ Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO* n° L 012 du 16 janvier 2001 p. 1. Ce règlement a désormais été remplacé par le règlement dit Bruxelles 1 bis, n° 1215/2012 (sans conséquence sur le raisonnement mené au texte).

En l'espèce, la particularité de l'organisation judiciaire danoise permettait à la question de se poser de façon très pure. Il semble en effet qu'en droit danois deux juridictions différentes doivent être saisies dans cette hypothèse. La première, l'*Arbejdsret*, ne statue que sur la licéité du mouvement. La seconde, le *Sø-og Handelsret*, qui est la juridiction de droit commun, statue ensuite sur l'action en dommages et intérêts. La question préjudicielle ayant été posée par la première de ces deux juridictions, c'est bien la seule question de la qualification de l'appréciation de la licéité de la grève qui est posée à la Cour et non celle de l'action en dommages et intérêts qui n'en est que la conséquence.

Il ne fait guère de doute que les deux actions, celle conduisant à apprécier la licéité de la grève et celle visant à la mise en œuvre la responsabilité civile du syndicat, étaient indissociablement liées et que cette liaison a pesé lourd dans l'appréciation de la Cour. Mais il reste que la réponse dénuée d'ambiguïté de la Cour conduit à admettre que la licéité d'une grève puisse être appréciée en dehors du territoire qui l'a vu naître.

Bien entendu, cette solution n'a pas pour conséquence de modifier la loi applicable. Elle ouvre donc nécessairement la voie à l'application par les tribunaux danois de la loi suédoise pour l'appréciation de la licéité de la grève. La qualification de règle territoriale doit donc être écartée.

Elle a aussi pour conséquence de laisser place à de possibles stratégies procédurales permettant de soumettre l'appréciation de la licéité de la grève à des juges peut-être plus complaisants et, en toute hypothèse, éloignés de la situation sociale. Telle est bien exactement la situation de fait sous-jacente à la plus que célèbre affaire *Viking*²¹.

On se souvient que le litige opposait une société finlandaise, Viking Lines, à un syndicat finlandais, le Finnish Seamen's Union (FSU) et une fédération syndicale internationale, la Fédération internationale des travailleurs des transports (ITF), à propos de l'exploitation d'un navire opérant entre la Finlande et l'Estonie. La volonté de l'employeur de passer le navire sous pavillon estonien et les conséquences sociales qui s'y attachaient avaient conduit à un mouvement collectif, auquel s'était jointe la fédération syndicale, opposée à ces opérations de modifications de pavillon²².

Le litige, ne concernait à aucun titre la Grande-Bretagne. Ce sont bien pourtant les juridictions britanniques qui furent saisies d'une action de la part de la société Viking, demandant notamment au juge anglais l'usage de son pouvoir d'injonction pour ordonner au syndicat finlandais d'interrompre son mouvement, dont il était allégué qu'il contrevenait à la liberté d'établissement en Europe. C'est sur ce dernier point que s'est concentré le débat devant la Cour de justice. Le résoudre supposait pourtant d'établir positivement la compétence des tribunaux britanniques, ce qui fut discuté devant le juge *a quo*, à défaut de l'être devant la Cour de justice²³.

La lecture des décisions britanniques, même 15 ans après, reste frappante. Si en effet la compétence du juge anglais a bien été contestée, c'est sans qu'à aucun moment le principe même de l'application du règlement Bruxelles 1 soit discutée. La question, pourtant, méritait d'être posée. L'arrêt *DFDS*, alors tout récent, avait certes admis l'applicabilité du règlement

²¹ CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*.

²² D. Fitzpatrick, "Transnational collective action: the FOC campaign case study", in : F. Dorssemont et al. (dir.), *Cross-Border collective actions in Europe : a legal challenge*, Intersentia, 2007, p. 85.

²³ High Court, QBD, Commercial Court, 16 juin 2005, [2005] EWHC 1222 (Comm), confirmé en appel par CA Londres, 3 novembre 2005, [2005] EWCA Civ 1299.

en matière de grève, mais dans le cadre d'une action spécifique en responsabilité. Tel n'était pas le cas en l'espèce, puisque la société Viking demandait en premier lieu qu'il soit ordonné au syndicat et à la fédération syndicale de cesser leur action pour pouvoir procéder à son changement de pavillon du navire. Le recours au pouvoir injonctif du juge anglais était autrement plus intrusif qu'une seule action en dommages et intérêts et la question donc autrement plus sensible.

Les défendeurs en étaient d'ailleurs si conscients que l'essentiel de la contestation de la compétence portait non pas sur le principe, mais bien sur l'exercice de celle-ci. Il était demandé au juge anglais, au nom de la « Comity », ou courtoisie internationale, qu'il renonce à l'exercice de sa compétence en se déclarant *forum non conveniens*²⁴. Cette demande était justifiée, pour les défendeurs, par l'ingérence que constituerait l'exercice de ce pouvoir d'injonction dans le fonctionnement de l'État finlandais.

Comme ils l'affirment :

“to entertain the Claimant's claim would amount to an unjustifiable interference in the internal affairs of a sovereign nation—Finland—and [...] it would involve the Court pronouncing on the legality of the acts of a foreign state, and, in particular, on the compatibility of Finnish constitutional law and legislation in the field of public law with Community law. The Defendants contend that, given that the areas of Finnish law involved are so sensitive, because they relate to labour relations (including minimum wages) and constitutional rights, it would be wholly inappropriate for the English court to rule upon the matters in dispute in this case.”²⁵

L'argument est clair et fort : le caractère constitutionnel du droit de grève en Finlande rend inapproprié l'exercice par le juge anglais, de sa compétence.

Il n'en manque pas moins sa cible.

Il est rejeté par le juge de première instance, approuvé sur ce point par la Cour d'appel, qui refuse de voir dans l'exercice de sa compétence toute violation de la « Comity », qui serait en toute hypothèse incompatible avec l'application du règlement Bruxelles 1 sur lequel tout le monde semblait s'accorder²⁶.

C'est qu'en effet, à partir du moment, où l'applicabilité même du règlement n'est pas discutée, son application, elle, coule de source et fait d'ailleurs l'objet d'un raisonnement implacable du juge. La règle fondamentale du règlement Bruxelles 1 est celle de la compétence des tribunaux du domicile du défendeur. Le choix d'attirer dans la cause la fédération syndicale, dont le siège est à Londres, permettait donc bien de rendre compétents les tribunaux britanniques, la compétence de ceux-ci étant étendue à l'égard du syndicat finlandais par la règle dite des « codéfendeurs », à l'époque contenue dans l'article 6 (désormais 8) du règlement. Il n'appartient pas, enfin, au juge anglais de refuser d'exercer sa

²⁴ A. Briggs, “The Principle of Comity in Private International Law”, *Rec. Cours de l'Acad. de Dr. Int. de La Haye*, 2012, Vol. 354, p. 65.

²⁵ High Court, *précité*, n° 55.

²⁶ High court, *précité*, n° 64 et s. ; La Cour d'appel se contentera d'affirmer que, sur ce point, le juge de première instance avait raison : Court of Appeal, *précité*, n° 2. Contrairement à lui, elle estimera en revanche que la question de droit de l'Union était si délicate qu'elle justifiait un recours préjudiciel.

compétence, l'usage du *forum non conveniens* ayant été interdit par la Cour de justice dans une décision antérieure²⁷.

Dès lors, s'il aurait été possible de contester l'exercice par le juge britannique de sa compétence juridictionnelle, c'était à condition de contester l'applicabilité *ratione materiae* du règlement Bruxelles 1. Précisément du fait du lien avec le droit public, de la particularité de la réglementation de l'action collective et de la nature spécifique de l'action, il aurait pu être soulevé que la question de droit n'entraîne pas dans la « matière civile et commerciale » au sens de l'article 1^{er} du règlement. Il n'est pas certain que l'argument aurait prospéré ; le soulever explicitement aurait néanmoins été pertinent.

Quoi qu'il en soit, juridiquement, la solution des tribunaux britanniques, non discutée par la Cour de justice, conduit à établir de façon ferme qu'aucune compétence exclusive n'existe en la matière et que, à condition que les rattachements mobilisables puissent être trouvés, rien n'exclut qu'un juge non seulement connaisse d'une grève se déroulant en dehors de son territoire mais encore qu'il ordonne aux syndicats étrangers de cesser leur mouvement.

La solution pourrait témoigner d'un esprit d'ouverture international bienvenu, dans une matière, celle des relations collectives de travail, qui a bien du mal à s'ouvrir au-delà des frontières. Le contentieux dans l'affaire Viking était incontestablement un contentieux international et il n'est dès lors pas intrinsèquement aberrant qu'un autre juge que celui du déroulement de la grève en connaisse.

Il reste qu'une telle ouverture pourrait aussi se traduire par des comportements procéduraires opportuniste et, à terme, dangereux pour les salariés. En l'occurrence, on sait ce qu'il advint de l'affaire Viking, qui montre que la stratégie procédurale des demandeurs fut payante. La solution, pourtant, n'était pas écrite. Il aurait été envisageable, en effet, de compenser la (relative) libéralisation du contentieux par l'émergence progressive de règles substantielles permettant au moins de garantir le respect de règles fondamentales communes.

Cette voie, celle de la fondamentalisation, s'est annoncée pourtant semée d'embûches

II. Droit d'association, négociation collective, action collective.

Le lien entre droit de négociation collective et droit d'action collective est explicite dans les textes européens de droits fondamentaux. L'article 6 de la Charte sociale européenne et l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lient en effet explicitement l'un à l'autre. C'est d'abord pour permettre la pleine réalisation de la première que le recours à la seconde est envisagé²⁸.

Plus audacieusement, ce lien a été aussi utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme pour élever, même si c'est avec prudence, le droit de grève au rang des droits fondamentaux. A partir de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le

²⁷ CJCE, 1^{er} mars 2005, aff. C-281/02, *Owusu*, *Rev. Crit. DIP*. 2005. 698, note C. Chalas, *JDI*. 2005. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler.

²⁸ Sur ces textes, v. respectivement P. Dorssemont, "Art. 6. The Right to Bargain Collectively: A Matrix for Industrial Relations", in : N. Bruun et al. (dir.), *The European Social Charter and the Employment Relation*, Hart, 2017 ; P. Rodière, « Article 28 », in F. Picod et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, 2018, p. 626.

droit d'association, la Cour a en effet peu à peu reconnu pleine valeur d'abord au droit de négociation collective²⁹, puis au droit de grève³⁰. Dans le célèbre arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi estimé que la grève « qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitu[ait]un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts » et a en conséquence condamné la Turquie pour avoir interdit à un syndicat de fonctionnaires de participer à mouvement de grève³¹.

Cette liaison entre droit d'association, droit à la négociation collective et droit à l'action collective aurait pu produire des effets vertueux, en Europe. Protéger l'un, serait, par contamination successive, protéger les autres et on aurait pu imaginer ainsi que se constitue un maillage de protection permettant de garantir globalement une part importante des droits collectifs des travailleurs.

Les mésaventures récentes d'un syndicat norvégien permettent pourtant de douter de l'efficacité protectrice de ce filet.

L'affaire opposait deux entités, le Syndicat norvégien des travailleurs des transporteurs (Norsk transportarbeiderforbund ou NTF) et la confédération à laquelle il appartenait, la Confédération syndicale norvégienne (Landsorganisasjonen i Norge ou LO), à la société norvégienne Holship, elle-même filiale d'une société danoise. Cette société avait notamment pour activité le chargement et le déchargement de navires dans le port de Drammen en Norvège. Pour cela, elle a notamment à partir de 2013 fait appel à un certain nombre de ses employés, plutôt qu'aux dockers du port, employés par le bureau des Dockers.

NTF et LO ont alors invoqué un accord cadre collectif, signé entre les syndicats de travailleurs et les représentants des employeurs qui garantissaient un certain nombre de droits aux travailleurs des transports de Norvège, notamment une priorité d'emploi pour les dockers du port. En vertu de cette clause, donc, d'autres salariés ne pouvaient être employés qu'en cas de carence des dockers locaux.

L'employeur n'étant pas signataire de l'accord collectif en question, les syndicats ont exigé qu'il y adhère et, en conséquence, recoure exclusivement à la main d'œuvre proposée par le port. Le refus de l'employeur a déclenché un boycott de la part des syndicats qui, en application du droit norvégien, ont saisi les juridictions étatiques pour faire constater la légalité de cette action collective.

Cette action a donné le coup d'envoi à une longue série de procédures juridiques, qui s'est achevée récemment, et au bénéfice de l'employeur, devant la Cour européenne des droits de l'homme³² après être passée devant non pas la Cour de justice, faute pour la Norvège d'être membre de l'Union, mais devant la Cour de l'AELE³³.

L'affaire illustre à la fois les limites du dialogue des juges et celles des dimensions sociales de l'Europe. En droit de l'Union, la relative immunité dont bénéficient les conventions collectives

²⁹ CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, sur lequel v. part. JP. Marguénaud et J. Mouly, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *D.* 2009. 739.

³⁰ CEDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, req. n° 68959/01, sur lequel v. part. JP. Marguénaud et J. Mouly, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève », *RDT* 2009. 499.

³¹ *Enerji Yapi-Yol Sen*, précité, §24.

³² CEDH, 10 juin. 2021, *Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) c. Norvège*, n°45487/17.

³³ Cour AELE, 19 avril 2016, aff. E-14/15, *Holship Norge AS contre Norsk Transportarbeiderforbund*, Europe 2016, 243, obs. L. Idot, *Concurrences*, 2016, p. 68, obs. A.L. Sibony.

face au droit de la concurrence sont subordonnées à certaines conditions qui rejaillissent sur l'action collective (A), tandis que, de son côté, les ressources de l'article 11 CEDH semblent désormais trouver leurs limites (B).

A. L'AELE et l'UE : négociation collective, action collective et droit de la concurrence

Les juges du fond ont, en première instance puis en appel, estimé que le boycott était bien légal et ont donc donné raison aux syndicats demandeurs. Sur pourvoi, la solution a toutefois suscité des hésitations de la part de la Cour suprême norvégienne, notamment quant aux effets anti-concurrentiels de l'accord collectif. Celle-ci a donc saisi d'une question préjudicielle la Cour compétente, celle de l'Association Européenne de Libre Échange (AELE). Plus précisément, la question posée par les juridictions norvégiennes était celle de savoir si l'accord collectif, et notamment la clause d'exclusivité, pouvait porter atteinte à la concurrence et, tout particulièrement, constituer un abus de position dominante au sens de l'article 54 du Traité AELE. L'article 54 étant identique à l'article 102 TFUE et, plus généralement, les règles de l'AELE et de l'UE étant très proches en ce domaine, l'affaire intéresse bien les deux institutions européennes.

L'affaire, évidemment, rappelle aux spécialistes le célèbre précédent *Albany*, de la Cour de justice³⁴. Confrontée à accord collectif contenant une obligation de participation à un fonds de pension, la Cour de justice avait alors estimé que les accords collectifs de travail avaient nécessairement des effets anti concurrentiels, qui pouvaient être justifiés par la recherche de l'amélioration des conditions d'emploi et de travail et qu'ils étaient dès lors nécessairement soustraits au droit de la concurrence. L'importance de cette solution n'avait échappé à personne : elle sécurisait incontestablement la place des conventions collectives dans l'ordonnement juridique de l'Union et, partant, la dimension sociale de l'Union. Sa mise en œuvre était toutefois subordonnée à une condition : que l'accord collectif vise bien l'amélioration des conditions d'emploi et de travail.

Tel était bien en l'espèce, dans l'esprit de la Cour européenne, le problème : une clause d'exclusivité d'emploi ne serait pas de nature à améliorer l'emploi dès lors qu'elle conduit simplement à le réserver à certains plutôt que d'autres. Plus encore, le boycott visant à faire respecter cette clause serait de nature « à décourager voire empêcher l'établissement d'entreprises d'autres États membres de l'EEE et, partant, constitue une restriction à la liberté d'établissement ». La Cour a donc condamné sans appel le contenu de la convention collective et, partant, la légalité du boycott qui visait à l'appliquer.

Les conséquences n'ont pas tardé : la Cour suprême nationale, procédant à un revirement de jurisprudence, a donc considéré que la clause de priorité d'emploi était bien contraire aux exigences du droit de la concurrence et que le boycott, qui y était indissociablement lié, devait donc être considéré comme illégal, en tant qu'il violait le droit AELE et tout particulièrement la liberté d'établissement³⁵. Il n'est pas question de s'interroger ici sur le point de savoir si, d'une façon générale, le mécanisme de priorité d'emploi est ou non ou non contraire au droit

³⁴ CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96 *Albany*, auquel il faut ajouter, du même jour : CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-115/97, *Brentjens'* et CJCE, aff. C-212/97, *Bokken*. La solution a été plusieurs fois confirmée depuis, v. par ex. S. Hennion et al., *Droit social international et européen*, PUF, 3^e éd. 2017, n° 319.

³⁵ Les détails de la procédure norvégienne sont fournis dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *précité*, n° 27 et s.

de l'UE (ou de l'AELE) ³⁶. En toute hypothèse, la solution imposée par la Cour Suprême norvégienne a conduit à une renégociation de l'accord collectif, dont a été retiré le système de priorité³⁷.

On peut simplement remarquer qu'en l'espèce, la liaison entre les différents droits collectifs a joué *contre* les intérêts des salariés. La convention collective dont il s'agissait d'imposer l'application n'étant pas conforme aux exigences du droit de la concurrence, le boycott ne serait, lui-même, pas conforme à celles-ci et doit donc être considéré comme violant le droit de l'AELE (ou le droit de l'Union).

Cette liaison entre convention collective et action collective est d'autant plus frappante ici qu'elle conduit à un autre glissement, cette fois spécifique au droit de l'Union ou de l'AELE, du droit de la concurrence à la liberté d'établissement. Si en effet le boycott est jugé non conforme au droit AELE et donc, illégal aux yeux du droit norvégien, c'est aussi parce que la Cour suprême, suivant celle de l'AELE, a considéré que le mécanisme de priorité et le boycott visant à le garantir portait atteinte à la liberté d'établissement. Le raisonnement dépasse le seul cadre du droit de la concurrence et se place directement dans le sillage de l'affaire *Viking* : l'action collective est appréciée non pas uniquement à l'aune de ses effets anti-concurrentiels, mais aussi à celle de la liberté de circulation garantie par le droit de l'AELE ou le droit de l'Union. On retrouve ici, sans fard, la manière de hiérarchie entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux qui a valu tant de critiques à la Cour de justice de l'Union après les arrêts *Laval* et *Viking*.

Quoi qu'il en soit, le résultat ici ne fait pas de doute : la relative immunité des conventions collectives n'a pas ici su protéger le droit d'action collective qui y est directement associé. Que l'un ne bénéficie plus de l'immunité et la légalité de l'autre tombe par voie de conséquence.

La première liaison, entre négociation collective et action collective, n'a donc guère été utile dans présent litige. La seconde, entre liberté syndicale et action collective n'a pas été d'un plus grand secours.

B. La CEDH : la liberté syndicale et l'action collective

La procédure, en effet, ne s'est pas arrêtée à cette condamnation. Considérant que la solution imposée par la Cour suprême norvégienne portait atteinte à la liberté syndicale et, partant, à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, les syndicats ont porté leur litige devant la Cour européenne des droits de l'homme. Mais ce n'était que pour aller au-devant d'une nouvelle déconvenue.

Les syndicats invoquaient une atteinte disproportionnée au droit de mener une action collective, s'appuyant, comme la Cour européenne des droits de l'homme avant eux, sur les liens indéfectibles entre liberté syndicale, négociation collective et action collective. Comme ils l'affirment :

³⁶ Sur cette question, plus complexe que ce qu'une lecture trop rapide de l'arrêt *Holship* pourrait laisser penser, v. récemment CJUE, 11 février 2021, aff. C-407/19 et C-471/19, *Katoen Natie Bulk Terminals NV et General Services Antwerp NV c. Belgische Staat* et *Middlegate Europe NV c. Ministerraad*.

³⁷ CEDH, *LO et LTF c. Norvège*, précité, n° 63.

“The aim of the boycott in the instant case had been to protect rights at the very heart of trade union activity, namely the right to work and the right to stable and organised working conditions for dockworkers.”³⁸

La valeur fondamentale de ces droits incite donc les syndicats norvégiens à contester à la fois le principe de leur mise en balance avec les libertés économiques de marché et le résultat de cette mise en balance. La proportionnalité, au contraire, devrait selon eux conduire à écarter les atteintes au droit d'action collective.

Le gouvernement de son côté, invoquait la célèbre « présomption *Bosphorus* » selon laquelle le droit de l'Union (et de l'AELE) est présumé conforme à la Convention européenne des droits de l'homme³⁹. L'arrêt de la Cour suprême norvégienne étant pris en application des dispositions du traité AELE, il conviendrait de rejeter la demande, faute d'établir une protection « manifestement déficiente ». Il estimait, par ailleurs, que si le droit de grève avait été effectivement consacré par la Cour européenne des droits de l'homme, il n'en était pas de même du boycott ou du blocus, seule action collective en cause en l'espèce, rendant l'applicabilité de l'article 11 incertaine. L'argumentation, plutôt que sur le fond, était donc centrée sur la marge d'appréciation nationale et sur la nature même du contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme.

La particularité de la situation institutionnelle de l'AELE — dont il n'est pas certain qu'elle bénéficie sans examen plus approfondi de la même clémence que l'Union européenne — incite pourtant la Cour européenne des droits de l'homme à répondre sur le fond sans s'interroger plus avant sur la présomption de régularité.

Après avoir estimé sans trop de difficulté qu'un blocus rentrait bien dans le champ d'application de l'article 11, elle procède ainsi à son contrôle habituel en distinguant l'existence de l'ingérence (établie sans trop de difficulté), sa légalité (*idem*) et, surtout, sa nécessité dans une société démocratique. C'est sur ce dernier point que la prudence l'a emporté.

En application de ses principes classiques d'interprétation, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux États une marge d'appréciation nationale d'autant plus large que la question de fond sous-jacente soulève d'importantes questions sociales et politiques et n'est pas consensuelle dans les États partie. Tel est bien le cas en matière de conflit collectifs. Dès lors, la Cour peut se contenter de constater que la Cour suprême norvégienne a bien pris grand soin de peser les différents intérêts en balance et que la condamnation du boycott a finalement conduit à la conclusion d'un autre accord collectif (n° 115). Les incontestables restrictions à la liberté d'association garantie par l'article 11 ne semblent donc pas avoir outrepassé la marge nationale d'appréciation et, de ce fait, la conclusion inéluctable — et unanime — de la Cour est bien qu'aucune violation de l'article 11 ne peut en l'espèce être établie.

In fine, il semble donc bien que l'articulation entre liberté syndicale, droit à la négociation collective et droit à l'action collective n'ait pas produit de résultats si impressionnants. Elle a, certes, permis de consacrer explicitement le caractère fondamental de la grève. Mais ce qui pouvait paraître essentiel en 2007, à l'époque des arrêts *Laval* et *Viking*, ne l'est plus guère

³⁸ Arrêt *LO et LTF c. Norvège*, précité, n° 76.

³⁹ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airlines c. Irlande*, req. n° 45036/98 ; sur cette présomption, v. p. ex. F. Sudre et H. Surrel, v° « Droits de l'homme », *Répertoire Dalloz de droit international*, Dalloz, 2017, spéc. n° 122 et s.

aujourd'hui, dès lors qu'il ne fait plus de doute que la charte des droits fondamentaux de l'Union, qui consacre le droit de grève, s'est vue attribuer la même valeur que les traités. Le lien entre les différents droits collectifs, finalement, n'est important que dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme, faute pour le texte de se prononcer explicitement en ce sens. Il n'en reste pas moins qu'il incite la Cour européenne des droits de l'homme à faire preuve d'une extrême prudence, en laissant aux autorités nationales une large marge d'appréciation. Le bilan, pour n'être pas nul, n'est donc pas non plus spectaculaire.

Peut-être, pourtant, ne faut-il pas s'arrêter à ce constat.

III. Vers une consécration effective du droit fondamental à l'action collective ?

Le point positif des arrêts *Viking* et *Laval* avait été de consacrer solennellement le caractère fondamental du droit à l'action collective. Pour autant, cette consécration n'avait finalement produit que peu d'effets concrets dans les litiges en cause. Cette qualification n'avait en effet nullement empêché la Cour de consacrer une manière de hiérarchie entre les libertés de circulation et les droits sociaux fondamentaux. En appliquant son raisonnement habituel en matière d'entrave, la Cour avait en effet pris le parti de considérer que l'action collective portait atteinte aux libertés de circulation, mais que cette atteinte pouvait néanmoins être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, sous réserve de la proportionnalité et de la non-discrimination. Qualifier de droit fondamental le droit à l'action collective permettait bien de faire entrer celle-ci dans le champ des raisons impérieuses d'intérêt général. Mais la qualification n'empêchait pas une double mise sous tutelle.

D'une part, la structure même du raisonnement impliquait un rapport de principe (la liberté de circulation) à exception (la protection d'un droit social fondamental) et donc une forme de subordination de l'un à l'autre. D'autre part, le contrôle de proportionnalité, en l'espèce défavorable aux salariés, conduisait à une ingérence directe du juge dans l'appréciation des motifs du recours à une action collective, qui n'était acceptable que dans la mesure où elle ne remettait pas en cause trop brutalement une liberté de circulation.

Cette double contrainte, vigoureusement critiquée, a entraîné de vives objections et, plus largement, un débat européen sur les orientations sociales de l'Union⁴⁰. Il reste que la situation semble, par petites touches évoluer et que, progressivement, la fondamentalisation du droit d'action collective semble être prise au sérieux.

La réaction institutionnelle la plus vive est venue du Conseil de l'Europe (A). Mais il semble que l'Union elle-même ne soit pas totalement insensible aux critiques (B).

A. Conseil de l'Europe

1. Le Comité européen des droits sociaux

La décision *Laval* a entraîné des réactions très concrètes en Suède, son pays de naissance. A sa suite, en effet, le pays a adopté une loi, significativement appelée « *lex Laval* » dont l'objet

⁴⁰ Sur lequel, v. part. M. A. Moreau, « Regards croisés sur l'exercice des compétences sociales dans l'Union européenne », in : S. Barbou des Places et al. (dir.), *Les frontières de l'Europe sociale*, Pedone 2018, p. 39.

était précisément de restreindre les actions collectives de salariés visant à la conclusion d'une convention collective. Concrètement cette loi limitait doublement le droit d'action collective à l'encontre d'une entreprise employant des travailleurs détachés. D'une part, ces actions ne pouvaient avoir lieu que dans un certain nombre de domaines, correspondant pour l'essentiel au domaine décrit dans la directive détachement ; d'autre part, ces actions ne pouvaient avoir d'autre objet que d'imposer à l'employeur le respect des prescriptions minimales, notamment en matière de rémunération, à l'exclusion de revendications plus exigeantes.

Cette loi, pourtant, fut contestée par les syndicats suédois, sur le fondement de la Charte sociale européenne et de son mécanisme original de plainte. Il en est résulté une décision importante du Comité européen des droits sociaux, véritable réquisitoire non seulement contre l'affaire Laval, mais surtout contre le raisonnement de la Cour de justice⁴¹.

Le raisonnement du Comité se déroule en trois temps.

En un premier temps, le Comité refuse de se plier à la « présomption *Bosphorus* » en matière sociale en raison de la place, jugée trop marginale, des droits sociaux. Le Comité estime ainsi que (n° 74) :

« Ni la place qu'occupent actuellement les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne ni la teneur et le processus d'élaboration de sa législation ne (...) semblent justifier que l'on parte, d'une manière générale, de l'idée que les textes juridiques de l'Union européenne sont conformes à la Charte sociale européenne ».

Difficile, on le voit, de faire preuve de plus de méfiance. Il convient donc, dans un deuxième temps, de confronter au fond exigences du droit de l'Union et exigences de la Charte. A cet égard, le Comité adopte une approche exactement inverse de celle de la Cour de justice. Cette dernière est partie de la liberté de circulation pour en déterminer les éventuelles limites. Que le point de départ diffère et le raisonnement s'inverse. Qu'on en juge (n° 121) :

« les règles juridiques relatives à l'exercice de libertés économiques établies par les États parties de manière directe (droit interne) ou indirecte (via la législation de l'Union européenne) doivent être interprétées de façon à ne pas imposer de restrictions disproportionnées à l'exercice des droits des travailleurs tels qu'ils figurent, non seulement dans la Charte, mais aussi dans les textes de loi nationaux, dans la législation de l'Union européenne et dans d'autres instruments normatifs internationaux ayant force contraignante ».

La charge de la preuve est ici renversée, puisqu'il revient à la liberté de circulation de ne pas porter une atteinte disproportionnée au principe initial, celui du respect des droits sociaux fondamentaux. La contradiction exacte entre ces deux raisonnements est bien entendue fonction de la source de la norme qui fait l'objet de l'interprétation : le traité CE (désormais le TFUE) dans un cas, la Charte sociale européenne, dans l'autre cas. Il n'en reste pas moins qu'en proposant une analyse exactement inverse, le Comité européen des droits sociaux offre des ressources argumentatives pour construire une analyse alternative à celle de la Cour, analyse qui est désormais transposable au système même de l'Union. La subordination du social à

⁴¹ CEDS, 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, n°85/2012. Sur cette décision v. déjà, en français, K. Chatzilaou, « La réponse du Comité européen des droits sociaux aux arrêts *Viking* et *Laval* », *RDT*, 2014, 160 et N. Moizard, « Le droit d'action collective en droit de l'Union après la décision *LO et TCO c. Suède* du Comité européen des droits sociaux », *RTDH*, 2015, p. 603.

l'économique n'est nullement une nécessité logique ; elle est un choix juridique et politique, un certain mode d'articulation et de hiérarchisation des normes.

En l'occurrence, du choix d'une articulation inverse, découle le troisième temps du raisonnement : la condamnation sans appel de la loi suédoise. Après avoir rappelé l'importance du droit de négociation collective et de son corollaire, le droit d'action collective (n° 109), le Comité note que « ce cadre législatif limite de façon importante la faculté qu'ont les syndicats suédois de recourir à l'action collective pour conclure des conventions collectives contraignantes sur d'autres questions et/ou passer des accords à un plus haut niveau » (n° 112). Il est donc bien constitutif d'une « restriction disproportionnée au libre exercice du droit des syndicats de mener des actions collectives (n° 123).

Il est bien évident que l'influence du Comité européen des droits sociaux et l'autorité de ses décisions est sans commune mesure avec celle de la Cour de justice ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Il reste que la charge brutale menée par le Comité n'est peut-être pas restée totalement ignorée.

2. Retour à la Cour européenne des droits de l'homme

Ses arguments, en effet, ont été repris dans la décision récente de la Cour européenne des droits de l'homme, dont on vient pourtant de voir qu'elle apparaissait décevante⁴². Au-delà du résultat concret, en effet, et avant de conclure au rejet de la requête, la Cour prend soin de préciser, par des arguments qu'elle qualifie elle-même de superfétatoires, l'importance qu'elle accorde au droit d'action collective. C'est peut-être dans ces quelques phrases, prononcées *obiter dictum*, que pourraient se révéler des perspectives importantes.

Deux remarques de la Cour, figurant respectivement aux paragraphes 117 et 118 méritent en effet d'être méditées. La première, en substance, consiste à affirmer qu'il est de l'essence même d'une action collective de porter atteinte à une activité économique. Dès lors, il conviendrait d'être particulièrement prudent lorsqu'il faut procéder à l'appréciation du contrôle de proportionnalité : laisser trop d'importance aux conséquences purement économiques d'un mouvement social, c'est risquer de vider de son sens le droit fondamental à la liberté syndicale⁴³.

La seconde consiste ensuite à contester le principe même de la mise en balance des droits fondamentaux garantis par la Cour et les libertés économiques garanties par les traités AELE ou UE. Pour la Cour en effet :

“from the perspective of Article 11 of the Convention, EEA freedom of establishment is not a counterbalancing fundamental right to freedom of association but rather one element, albeit an important one, to be taken into consideration in the assessment of proportionality under Article 11, paragraph 2”⁴⁴.

Avec cette double affirmation, la Cour européenne des droits de l'homme prend fermement, quoi qu'avec subtilité, position dans le débat sur les places respectives des libertés économiques et des droits sociaux fondamentaux. La critique est bien plus feutrée que celle

⁴² Arrêt *LO et LTF c. Norvège*, précité

⁴³ “Even when implementing their obligations under EU or EEA law, the Court observes that Contracting Parties should ensure that restrictions imposed on Article 11 rights do not affect the essential elements of trade union freedom, without which that freedom would become devoid of substance”, CEDH, *LO et LTF c. Norvège*, précité, n° 117.

⁴⁴ *Ibid*, n° 118.

du Comité européen des droits sociaux, elle n'en va pas moins clairement dans le même sens. C'est bien, en effet, le raisonnement du Comité qui est ici repris, même si c'est sous les auspices de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme et non plus 6 de la Charte sociale. On pourrait même estimer que la Cour européenne fait un pas de plus. La Cour pose en effet de la façon la plus claire qu'elle estime que les libertés de circulation (en l'espèce, la liberté d'établissement) ne doivent pas être mises sur le même pied que le droit à la liberté d'association. Le renversement de la hiérarchie normative est complet : la liberté économique doit être intégrée dans le raisonnement, mais uniquement pour évaluer la proportionnalité de l'atteinte au droit fondamental. Il n'est plus question d'égalité.

La décision *LO et LTF c. Norvège* pourrait donc se révéler moins décevante que ce qu'une première lecture pourrait laisser penser. En rejoignant, même *mezza voce*, le concert des critiques opposées à la Cour, elle ajoute un élément de pression supplémentaire sur celle-ci.

Il n'est d'ailleurs pas exclu que l'Union elle-même commence à évoluer.

B. Union européenne

Les critiques qui se sont abattues sur l'Union européenne n'ont pas laissé celle-ci insensible. La Cour a certes paru tout d'abord maintenir fermement le cap⁴⁵, mais le législateur, a, pour sa part tenté d'infléchir cette position.

La première tentative est venue de la proposition dite « Monti 2 »⁴⁶, qui était très courte et visait essentiellement à abandonner cette hiérarchie entre libertés de circulation et droit fondamental à mener une action collective qui résultait de la jurisprudence de la Cour de justice. Le principe de subsidiarité aura toutefois eu raison de cette proposition. Le Sénat français a en effet, en application de l'article 5 §3 TUE, adopté une résolution, bientôt suivie par plusieurs autres Parlements, selon laquelle cette proposition portait une atteinte excessive au principe de subsidiarité. Cette solution a conduit la Commission à retirer purement et simplement le texte en 2013. Quoique vigoureusement critiquée, la solution antérieure fut donc maintenue⁴⁷.

L'idée n'en a pas moins fait son chemin et la formulation de la proposition Monti 2 se retrouve en partie dans le nouvel article 1 bis de la directive détachement modifiée par la directive de 2018⁴⁸ :

« -1 bis. La présente directive ne porte en aucune manière atteinte à l'exercice des droits fondamentaux reconnus dans les États membres et au niveau de l'Union, notamment le droit ou la liberté de faire grève ou d'entreprendre d'autres actions prévues par les systèmes de relations du travail propres aux États membres, conformément à la législation et/ou aux pratiques nationales. Elle ne porte pas non plus atteinte au droit de négocier, de conclure et

⁴⁵ V. part. CJUE, 8 juillet 2014, aff. C-83/13, *Fonnskip* qui réaffirme la pertinence de la solution de la Cour de justice.

⁴⁶ Commission Européenne, « Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services », COM (2012) 130 final du 21 mars 2012.

⁴⁷ Sur cette séquence, v. F. Dorssemont, « *In memoriam* avant la résurrection : la clause 'Monti' pour pallier le désenchantement de l'intégration économique européenne à la suite des arrêts *Viking* et *Laval* », in : F. Dorssemont et al. (dir.), *Le travail détaché face au droit européen*, Larcier, 2019, p. 35.

⁴⁸ Directive 2018/957 du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOUE n° L 173 du 9 juillet 2018, p. 16.

d'appliquer des conventions collectives ou de mener des actions collectives conformément à la législation et/ou aux pratiques nationales ».

A dire vrai, la solution n'est pas entièrement nouvelle, puisqu'elle figurait déjà, en partie, dans le considérant n°22 de la directive de 1996. L'insérer dans le texte même, en la développant, n'est toutefois pas neutre en raison de l'évidente infériorité normative des considérants.

Il n'en reste pas moins qu'à ce stade, la valeur juridique exacte de cette règle n'est pas aisée à déterminer. D'un strict point de vue juridique, il est douteux qu'une simple règle de droit dérivé puisse remettre en cause une jurisprudence qui, pour sa part, prend appui directement sur le droit primaire. D'autre part, l'affirmation de ce nouvel article 1 bis est trop vague pour être directement opératoire. Affirmer que la directive « *ne porte pas atteinte* à l'exercice des droits fondamentaux » est susceptible de nombreuses interprétations. La plus pessimiste voit dans cette règle nouvelle une simple déclaration d'intention dépourvue de portée ; la plus optimiste conduit à penser qu'une action collective ne pourrait jamais être qualifiée d'entrave. L'interprétation jurisprudentielle se situera probablement entre ces deux pôles.

Il reste que l'affirmation juridique forte contenue dans la directive est aussi la conséquence d'une réalité juridique indubitable : l'intégration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans le droit primaire a consacré une stricte égalité juridique entre droits fondamentaux et liberté de circulation. Rien, sinon l'antériorité historique des libertés de circulation, n'impose plus cette manière de hiérarchie consacrée par l'affaire *Laval*.

Bien évidemment, rien ne dit que la Cour de justice, dont la réticence aux revirements de jurisprudence est notoire, poursuivra cette voie. Il n'en demeure pas moins que, dans ses arrêts les plus récents, elle semble faire preuve d'une relative bienveillance à l'égard de la grève qui est, peut-être, le signe d'un changement d'époque.

Récemment confrontée à la question de la grève, la Cour de justice a en effet pu affirmer à cette occasion qu'une grève légale ne constituait pas une circonstance extraordinaire, susceptible d'exonérer le transporteur de sa responsabilité⁴⁹. Après toutes les discussions qui viennent d'être rappelées, il n'est pas anodin d'entendre la Cour affirmer de la façon la plus nette que :

« le droit de mener une action collective, y compris la grève, constitue un droit fondamental prévu à l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » et que « bien qu'incarnant un moment conflictuel des relations entre les travailleurs et l'employeur, dont elle vise à paralyser l'activité, la grève n'en demeure pas moins l'une des expressions possibles de la négociation sociale et, partant, doit être appréhendée comme un événement inhérent à l'exercice normal de l'activité de l'employeur concerné » (n^{os} 27 et 28).

On soulignera que l'arrêt est d'autant plus notable qu'il a été rendu sur conclusions contraires de l'avocat général, qui estimait au contraire qu'une grève pouvait bien être qualifiée de circonstance extraordinaire.

Il n'y a, bien sûr, aucun lien logique entre cette décision et la jurisprudence *Laval* ; les fondements juridiques sont différents et les raisonnements autonomes. Il n'en reste pas moins que la consécration, en termes nets et forts, du caractère fondamental du droit de grève permet peut-être de laisser penser que la Cour de justice n'est insensible ni à l'avalanche

⁴⁹ CJUE, 23 mars 2021, aff. C-28/20, *Airhelp*, Europe 2021. 165, obs. V. Michel, *Dr. Soc.* 2021. 534, note JP. Lhernould ; v. déjà CJUE, 17 avril 2018, aff. C-195/17, *Krüsemann*.

de critiques qui lui ont été opposées, ni, surtout, aux arguments invoqués par le Comité européen des droits sociaux et, désormais, la Cour européenne des droits de l'homme. Comme on a pu le souligner, l'arrêt *Airhelp* pourrait bien sonner l'heure de la réhabilitation du droit de grève devant la Cour de justice⁵⁰.

Si cette lecture se confirmait, l'évolution de la Cour de justice témoignerait non seulement d'un mouvement interne à l'Union, de réévaluation des liens entre nécessités économique et exigences sociales⁵¹ mais aussi d'un véritable dialogue des juges dans la construction d'un droit social transnational, auquel Marie-Ange Moreau a consacré tant d'efforts⁵².

Montségur-sur-Lauzon, Juillet 2021.

⁵⁰ JP. Lhernould, *note précitée*.

⁵¹ Dont témoigne encore le récent arrêt CJUE, gr. ch., 3 juin 2021, affaire C-784/19, *Team Power Europe*, sur lequel v. part. F. Jault-Seseke et S. Robin-Olivier, *RDT*. 2021. 468.

⁵² V. en dernier lieu M. A. Moreau (dir.), « Le rôle des juges face à l'exigence d'une réglementation sociale transnationale », *Droit Social*, 2016. 2000.