

# LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME : UN EXERCICE DE « JURISPRUDENCE FICTION »? (\*)

PAR

Frédéric SUDRE

*Professeur à l'Université  
de Montpellier I, Chaire Jean Monnet,  
Directeur de l'Institut de droit européen  
des droits de l'homme (IDEDH), UMR CNRS 5815*

1. Au risque que la frontière entre l'analyse prospective et l'élucubration doctrinale paraisse assez ténue, c'est sous un angle résolument prospectif et, aussi, avec une certaine « dose d'exagération voire même de provocation »<sup>(1)</sup>, que l'on évoquera, en nous livrant à un exercice de « jurisprudence-fiction », ce que pourrait être le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits sociaux.

2. « La Convention ne garantit pas, en tant que tels, les droits économiques et sociaux »<sup>(2)</sup>. Voilà l'objet du débat, avec cette affirmation définitive qui conduit inéluctablement la Cour européenne, comme autrefois la Commission<sup>(3)</sup>, à déclarer manifestement mal fondée et irrecevable toute requête individuelle invoquant la violation du droit au travail, du droit à une assistance médicale gratuite ou de tout autre droit social. Or, nous prétendons ici qu'il n'y pas une fatalité de l'irrecevabilité d'une requête individuelle fondée sur un droit social ou, pour dire les choses autrement, que le mécanisme de garantie de la Convention européenne des droits de l'homme est

---

(\*) Cet article est issu d'une communication présentée lors du colloque « *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs* », organisé à la Faculté de droit de Strasbourg en juin 2001 par les professeurs Constance Grewe et Florence Benoit-Rohmer, que nous remercions d'avoir donné leur accord à la publication de ce texte.

(1) Cour eur. dr. h., 27 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*.

(2) Chambre, 28 octobre 1999, *Paneenko c. Lettonie* (req. n° 40772/98); Chambre, 9 juillet 2002, *Salvetti c. Italie* (req. n° 42197/98).

(3) Comm., déc. 4 février 1982, *Fay Godfrey c. Royaume-Uni*, req. n° 8542/79, D.R. 27, p. 103.

susceptible de jouer au bénéfice des droits sociaux, plus précisément des droits énoncés par la Charte sociale européenne.

3. Allons à l'essentiel : la Cour européenne des droits de l'homme doit protéger les droits sociaux et, ceci, tant pour des raisons de principe que d'opportunité.

Les raisons de principe sont connues. Elles tiennent, en bref, à l'effectivité et à l'indivisibilité des droits de l'homme et ont été énoncées par la Cour elle-même : nulle « cloison étanche » ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention, il s'agit de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs »<sup>(4)</sup>. En appelant au « développement des droits de l'homme », le Préambule de la Convention milite en faveur du progrès des droits de l'homme et d'un élargissement de la garantie des droits : les droits économiques et sociaux participent, comme les droits civils et politiques, de la dignité humaine et ne doivent pas faire l'objet d'un traitement différencié.

Les raisons d'opportunité sont aujourd'hui de l'ordre de l'urgence. Ne nous leurrions pas, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 18 décembre 2000<sup>(5)</sup>, donne à la Convention européenne des droits de l'homme — si l'on ose dire — un sérieux « coup de vieux ». La Charte communautaire est aujourd'hui le seul instrument européen de proclamation des droits de l'homme à donner corps au principe d'indivisibilité des droits et à accueillir les droits sociaux au même plan que les droits civils et politiques. Plus récente, d'un « look » plus moderne et plus attractif, la Charte viendra nécessairement concurrencer la Convention et disputer à celle-ci, auprès du juge communautaire mais peut-être aussi auprès du juge national, la place prééminente qui était jusqu'à présent la sienne. Le terrain de la protection des droits sociaux sera d'autant plus aisément occupé par la Charte que la Cour européenne des droits de l'homme l'a laissé quasi-vacant : il est d'ailleurs significatif que la première mention de la Charte dans les conclusions d'un avocat général à la Cour de justice des Communautés euro-

(4) *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 26, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, P.U.F., coll. Thémis, 2003, n° 2 (cité par la suite *Les grands arrêts...*).

(5) Parmi les premiers commentaires de la Charte, voy. : F. BENOIT-ROHMER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2001, chron, p. 1483 ; J.-P. JACQUÉ, « La Charte des droits fondamentaux », *L'Europe des libertés*, n° 4, janvier 2001, p. 5 ; E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Le Journal des tribunaux*, mars 2001, p. 281.

peennes <sup>(6)</sup> ait été faite à propos d'un droit social, en l'espèce le droit à des congés payés. C'est dire que, désormais, les droits sociaux fondamentaux — tels qu'ils sont énoncés par la Charte — peuvent être invoqués devant un juge européen... mais il s'agit du juge communautaire.

4. Il appartient à la Cour européenne des droits de l'homme de « reprendre la main » et de démontrer que les droits sociaux ne sont pas, dans le cadre de la Convention, des droits de « second rang », affligés d'une sorte de présomption d'« injusticiabilité », mais qu'ils peuvent bénéficier du mécanisme de garantie juridictionnelle spécifique que le système de la Convention européenne des droits de l'homme demeure le seul à offrir en Europe. La Cour européenne est ici en première ligne. En effet, on ne se fait guère d'illusion sur le sort que connaîtra la recommandation 1415 (1999), du 23 juin 1999, de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en faveur de l'adoption d'un Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde, relatif aux droits sociaux fondamentaux, garantissant la protection des besoins élémentaires (droit à l'hébergement, droit au bénéfice de l'assistance sociale et médicale de base, droit à un revenu minimal) et la protection dans le milieu du travail, sachant qu'un modeste projet de protocole additionnel à la Convention européenne, sur les droits économiques, sociaux et culturels est « oublié » depuis 1987 <sup>(7)</sup>.

5. Il reste, évidemment, la question décisive : la Cour européenne peut-elle protéger les droits sociaux ? Question iconoclaste, puisque une réponse affirmative sous-entendrait nécessairement que le juge européen n'a pas voulu jusqu'à présent prendre en charge les droits sociaux. Question évolutive aussi, car l'éventuelle entrée en vigueur du Protocole n° 12, qui énonce une interdiction générale de la discrimination <sup>(8)</sup>, changera la donne en matière de protection des droits sociaux en conférant à la Cour européenne compétence pour connaître d'un grief relatif à la violation d'un droit social.

La question posée — « la Cour européenne peut-elle protéger les droits sociaux ? » — appelle alors deux éléments de réponse, selon

(6) A. TIZZANO, concl. sur aff. C.173/99, présentées le 8 février 2001.

(7) Quatre droits sont visés : droit à l'indemnisation en cas de privation de propriété pour cause d'utilité publique, égalité de rémunération des hommes et des femmes pour un travail de valeur égale, égalité en droit de l'homme et de la femme en matière d'emploi et de profession, droit à la gratuité de l'enseignement primaire public.

(8) Le Protocole n° 12 a été ouvert à la signature le 4 novembre 2000.

que l'on envisage les potentialités d'une interprétation constructive de la Convention européenne des droits de l'homme (I) ou les perspectives de l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 (II).

### I. — Les potentialités d'une interprétation constructive de la Convention européenne : la Cour européenne peut protéger les droits sociaux

6. Même si le droit de la Convention européenne des droits de l'homme n'apparaît pas imperméable aux droits sociaux<sup>(9)</sup> — le droit à un procès équitable trouvant à s'appliquer à la matière sociale, le droit au logement venant légitimer des restrictions au droit de propriété ou au droit au respect de la vie privée et familiale<sup>(10)</sup> —, on peut globalement considérer que la jurisprudence européenne a manifesté jusqu'à présent « une incontestable réserve judiciaire »<sup>(11)</sup> sur le terrain des droits sociaux. Certes, comme l'affirme le juge européen lui-même dans sa décision *Johnston*, du 18 décembre 1986<sup>(12)</sup>, il ne saurait dégager de la Convention « au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ ». Mais nous pensons avoir montré que le juge européen n'a nul besoin de recourir à une interprétation évolutive et de s'appuyer sur l'évolution convergente des droits internes pour contribuer au progrès des normes : le développement des droits inscrits dans la Convention tient à une interprétation « constructive » de la Convention et à une démarche discrétionnaire du juge européen, dont le droit à un procès équitable et le droit au respect de la vie privée et familiale fournissent des illustrations particulièrement probantes<sup>(13)</sup>.

---

(9) Exception faite du droit à la liberté syndicale qui est consacrée expressément par l'article 11 de la Convention.

(10) Voy. F. SUDRE, La « perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 467.

(11) M. LEVINET, « La juridicité problématique du droit au développement de la personne humaine dans la jurisprudence récente des organes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, 1999, n° 7, p. 176. Voy. également les travaux de l'I.D.E.D.H. sur « Le droit de disposer de conditions matérielles d'existence décente », *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, 1996, n° 5, et F. SUDRE, « Misère et Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, 1994, n° 3, p. 113.

(12) *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 41, § 53.

(13) Voy. notre étude, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G*, 2001, I, n° 335.

7. Il suffirait au juge européen de faire preuve du même volontarisme et d'emprunter les voies habituelles de son dynamisme interprétatif — celle de l'élargissement de l'applicabilité du droit et de l'extension du contenu du droit — pour assurer la protection des droits sociaux.

A. — *La voie de l'élargissement  
de l'applicabilité des droits*

8. Constatons d'abord, sans y revenir, que la Cour a déjà fait usage de la technique des « notions autonomes » pour juger que les garanties du procès équitable étaient applicables, au titre de la « matière civile », au contentieux social<sup>(14)</sup>. Pour le reste, la Cour a à sa disposition deux techniques, fréquemment utilisées, pour étendre, si elle le veut, le champ d'application de certains droits à la « matière sociale » ou à des droits sociaux connexes.

1° *Le développement des « notions-clés »*

9. Cette technique, qui joue sur les notions qui commandent l'applicabilité du droit, pourrait s'avérer particulièrement fructueuse dans le domaine du droit au respect de la vie privée et familiale.

Les concepts de « vie privée » et de « vie privée et familiale » s'avèrent fort malléables : rappelons que la « vie privée » couvre aujourd'hui la sphère des relations avec autrui<sup>(15)</sup> et que, dans des décisions récentes, la Cour européenne a intégré la protection de la santé<sup>(16)</sup> dans le champ de la « vie privée et familiale ». Le juge européen ne pourrait-il alors admettre que le droit d'un handicapé à l'intégration sociale et à la participation de la vie à la communauté (art. 15 de la Charte sociale européenne révisée) relève de la « vie privée sociale » protégée par l'article 8<sup>(17)</sup> ou encore que le droit de la travailleuse à la protection de la maternité ou le droit à la protection de la santé (art. 8 et art. 11 de la Charte révisée) entrent dans le champ d'application de la « vie privée et familiale » ? Dans cette perspective, il ne paraît pas aberrant, si l'on considère que par sa décision *McGinley et Egan* (préc.) la Cour européenne a jugé que la crainte que pouvaient avoir pour leur santé des soldats britanniques exposés à des radiations nucléaires « présentait un lien

(14) *Feldbrugge*, 29 mai 1986, *Les grands arrêts...* n° 18.

(15) *Niemetz*, 16 décembre 1992, *Les grands arrêts...* n° 40.

(16) *McGinley et Egan*, 9 juin 1998. Aussi, *Bensaïd*, 6 février 2001.

(17) En sens contraire, le regrettable arrêt *Botta*, 24 février 1998, *Rev. trim. dr. h.* 1999, p. 600, note B. MAURER.

suffisamment étroit avec leur vie privée et familiale » pour que l'article 8 trouve à s'appliquer<sup>(18)</sup>, d'envisager que le juge européen accepte de connaître au titre de l'article 8 du recours d'un membre du personnel hospitalier faisant valoir qu'exposé à des radiations durant son activité professionnelle, il n'a pas droit à un congé payé spécial<sup>(19)</sup>.

## 2° La « protection par ricochet »

10. Ce mécanisme de création purement prétorienne a permis aux organes de la Convention européenne des droits de l'homme, on le sait, d'étendre la protection de certains droits à des droits non expressément protégés par la Convention<sup>(20)</sup>. Cette technique permet ainsi de contourner l'incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec le texte de la Convention et de combler les lacunes du texte en faisant émerger des droits dérivés de la Convention, non garantis comme tels par celle-ci — ainsi, le droit de l'étranger de ne pas être éloigné du territoire de l'Etat d'accueil, le droit du détenu de bénéficier de conditions de détention dignes — mais bénéficiant de sa protection indirecte par attraction d'un droit garanti plus précisément par l'article 3 ou par l'article 8.

11. En empruntant cette voie du « ricochet », il ne semble pas alors invraisemblable de considérer que des conditions de vie misérables sont susceptibles de constituer un traitement dégradant alors même que la Convention ne garantit aucun droit à un logement suffisant ou à un niveau de vie suffisant (art. 31 et 30 de la Charte sociale européenne révisée) : par ce « ricochet », le droit de bénéficier des biens de première nécessité indispensables à la dignité humaine serait alors indirectement protégé par l'article 3. La Cour pourrait s'inspirer là de sa jurisprudence récente, particulièrement progressiste, qui vise à garantir des conditions de détention conformes à la

(18) Voy. aussi, sur le terrain de l'article 2, *L.C.B c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998.

(19) C'était l'objet de la réclamation collective n° 10/2000, *STTK ry c. Finlande*, portée devant le Comité européen des droits sociaux. Le Comité a conclu à la violation de l'article 2, § 4 de la CSE, qui, au titre du droit à des conditions de travail équitables, garantit le droit des travailleurs employés à des occupations dangereuses ou insalubres soit à une réduction de la durée du travail soit à des congés payés supplémentaires (déc. 17 oct. 2001, <http://www.humanrights.coe.int/cse.web>). Voy., J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Actualité de la Charte sociale européenne. Chronique des décisions du CEDS sur les réclamations collectives », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, 113.

(20) On se permet de renvoyer sur ce point à notre ouvrage, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., coll. « Droit fondamental », 5° ed., 2001, n°s 196 et s.

dignité humaine <sup>(21)</sup> : dans l'affaire *Peers*, la Cour considère que des conditions de détention objectivement inacceptables (cellule dépourvue d'aération et surchauffée, absence de toilettes séparées) portent atteinte à la dignité de la personne et, dès lors qu'elles provoquent chez l'intéressé « des sentiments de désespoir et d'infériorité propres à l'humilier et le rabaisser, voire à briser sa résistance physique et morale », constituent un traitement dégradant (§ 75). Une telle conception du traitement dégradant ne pourrait-elle s'appliquer aux conditions de vie objectivement inacceptables qu'impose la grande pauvreté <sup>(22)</sup> et permettre d'étendre la garantie de l'article 3 à des situations individuelles concrètes de pauvreté et d'exclusion sociale (art. 30 de la Charte révisée) et d'absence de logement décent (art. 31 de la Charte révisée) ? Cette perspective ne paraît pas totalement irréaliste, puisque, par sa décision d'irrecevabilité *Larioshina c. Russie*, du 23 avril 2002 (req. n° 56869/00), la nouvelle Cour admet, soulevant elle-même le grief au regard de l'article 3, qu'un montant totalement insuffisant d'une pension de retraite et d'autres prestations sociales pour maintenir un niveau de vie minimum « peut en principe soulever une question au titre de l'article 3 » <sup>(23)</sup>. En s'engageant dans une telle voie, le juge européen pourrait se réclamer de la recommandation R (2000) 3, du 19 janvier 2000, du Comité des ministres du Conseil de l'Europe invitant les Etats parties à reconnaître dans leur législation et leur pratique un droit justiciable à la satisfaction des besoins matériels élémentaires à toute personne en situation d'extrême précarité, qui couvrirait la nourriture, l'habillement, l'hébergement et les soins médicaux de base (*Rev. trim. dr. h.* 2000, p. 376).

12. Par un raisonnement similaire, la Cour européenne, à l'instar du tribunal de première instance de Mons qui jugea que la suspension à titre provisoire d'un agent communal avec privation de traitement peut « sur un plan général d'équité et de respect de la personne humaine (...) constituer un traitement dégradant prohibé par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme » <sup>(24)</sup>, ne pourrait-elle garantir le droit à la protection en cas de licenciement

---

(21) *Kudla*, 26 octobre 2000, *Les grands arrêts...* n° 12; *Dougoz*, 6 mars 2001, *Keenan*, 3 avril 2001, *Peers*, 19 avril 2001 (obs. F. SUDRE, *J.C.P. G* 2001, I, 342, n° 4); en dernier lieu, *Kalashnikov c. Russie*, 15 juill. 2002.

(22) En sens contraire, la malheureuse décision de la Commission, du 9 mai 1990, *Van Volsem c. Belgique*, *R.U.D.H.* 1990, p. 349, note F. SUDRE.

(23) Dans sa décision *Pannenko c. Lettonie* (28 octobre 1999), la Cour semblait nettement plus réservée.

(24) Ordonnance de référé du 23 mars 1990, *Rev. trim. dr. h.*, 1991, p. 261, note J.-C. GEUSE.

ment (art. 24 de la Charte révisée)? Le juge européen pourrait aussi, dans le même mouvement, et alors que la Convention ne garantit pas le droit à l'emploi juger qu'une décision emportant une suppression d'emploi porte atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, tant il apparaît incontestable que l'effectivité de ce droit est directement liée au maintien du droit au travail; et ce, d'autant mieux que la Cour, dans une affaire relative à la liberté syndicale, a pu affirmer qu'« une menace de renvoi impliquant la perte de ses moyens d'existence constitue une forme très grave de contrainte »<sup>(25)</sup>.

13. On le voit, le juge européen dispose des moyens interprétatifs pour élargir l'applicabilité des droits garantis, notamment par l'article 3 et l'article 8, au domaine des droits sociaux et, ce faisant, il nous semble qu'il ne s'écarterait pas plus de l'intention initiale des auteurs du texte et du sens ordinaire des mots que lorsqu'il fait pénétrer dans le champ de la protection conventionnelle le droit de vivre dans un environnement sain<sup>(26)</sup>.

#### B. — *La voie de l'extension du contenu des droits*

14. C'est par le recours en priorité à la théorie des « éléments nécessairement inhérents à un droit » que le juge européen a largement entendu le contenu des droits inscrits dans la Convention, n'hésitant pas, selon les cas, à reconstruire le droit et à redéfinir les obligations des Etats. Là encore, on ne voit pas pourquoi cette double approche ne pourrait pas s'appliquer à la matière sociale.

##### 1° *La reconstruction du droit garanti*

15. Pour illustrer cette méthode, il suffit de rappeler que la Cour européenne a « reconstruit » le droit à un procès équitable, ajoutant aux garanties procédurales énoncées par l'article 6, § 1, des droits matériels — le droit d'accès à un tribunal et le droit à l'exécution des décisions de justice — et des garanties implicites — tel le droit de se taire ou de ne point contribuer à sa propre incrimination — considérés comme « inhérents » au droit à un procès équitable.

16. Est-ce alors faire preuve d'une imagination extravagante que de considérer que l'interdiction du travail des enfants âgés de moins de 15 ans, énoncé par l'article 7, § 1 de la Charte sociale européenne et visant particulièrement à ne pas priver les enfants du bénéfice de

(25) *Young, James et Webster*, 13 août 1981, § 55.

(26) *Lopez Ostra*, 9 décembre 1994, *Les grands arrêts...* n° 3, § 51.



l'instruction (art. 7, § 3), est « inhérente » à l'interdiction du travail forcé (art. 4, § 2 de la Convention) ou au droit à l'instruction (art. 2, Protocole n° 1), l'un et l'autre garantis par la Convention européenne des droits de l'homme? Ainsi employée, la théorie de l'« inhérence » permettrait à la Cour européenne de connaître d'un recours individuel ayant un objet identique à celui de la réclamation collective n° 1/1998, *Commission internationale des juristes c. le Portugal*, ayant donné lieu à la première décision au fond, le 10 septembre 1999, du Comité européen des droits sociaux<sup>(27)</sup>.

De même qu'elle l'autoriserait aussi à juger que le droit pour un travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris (art. 1, § 2 de la Charte sociale européenne révisée) est inhérent à l'interdiction du travail forcé : notons, d'ailleurs, que le Comité européen des droits sociaux, dans sa décision sur le bien-fondé de la réclamation n° 7/2000, *Fédération internationale des droits de l'homme c. la Grèce* (5 décembre 2000), analyse ce droit comme « une garantie contre le travail forcé » (§ 17)<sup>(28)</sup>; il faut alors admettre que le grief soulevé dans le cadre de cette réclamation collective au titre de la Charte sociale européenne révisée pourrait tout aussi bien l'être dans le cadre d'un recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme au titre de la Convention de sauvegarde. On en veut pour confirmation le fait que le Conseil d'Etat français a eu à connaître, dans le cadre d'un recours en annulation, de la compatibilité à l'article 4, § 2 de la Convention européenne d'une décision du ministre de la Défense rejetant la demande de démission d'un médecin des armées<sup>(29)</sup>.

17. Utilisée de manière dynamique, la théorie des « éléments nécessairement inhérents à un droit » pourrait aussi conduire le juge européen à considérer que le droit des travailleuses à la protection de la maternité (art. 8 Charte sociale européenne révisée) est « inhérent » au droit au respect de la vie familiale (art. 8, de la Convention), que le droit à l'orientation professionnelle et le droit à la for-

---

(27) Le Comité conclut dans sa décision que la situation au Portugal n'est pas conforme à l'article 7, § 1 de la Charte sociale européenne révisée. Voy., J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives », *Droit social*, n°s 9-10, 2000, p. 888.

(28) Le Comité juge que l'obligation faite aux officiers de carrière de l'armée grecque qui ont bénéficié de plusieurs périodes de formation de ne pas démissionner de leurs fonctions pendant une période de 25 ans est contraire à la liberté de choisir son emploi et d'y mettre fin (<http://www.humanrights.coe.int/cseweb>).

(29) C.E., 7 février 2001, *Beranger, D.*, 2001, I.R., p. 1284.

mation professionnelle (art. 9 et 10 de la Charte révisée) sont « inhérents » au droit à l'instruction (art. 2 du Protocole n° 1 de la Convention). L'effort à faire n'est guère plus grand que celui qu'a déjà accompli la Cour en admettant implicitement, par sa décision *Gustafsson* du 25 avril 1996, que le droit de négociation collective — garanti par ailleurs par l'article 6 de la Charte révisée — est inhérent à la liberté syndicale (art. 11 de la Convention; art. 5 de la Charte révisée) <sup>(30)</sup>.

## 2° *La redéfinition des obligations des Etats*

18. Cette redéfinition s'opère, on le sait, par le biais des « obligations positives » qui permettent à la Cour européenne de mettre à la charge des Etats l'obligation de prendre des mesures positives, qu'elles soient substantielles ou procédurales, afin d'assurer l'exercice effectif du droit garanti par la Convention <sup>(31)</sup>. La détermination de l'obligation positive passe par l'affirmation que cette obligation est inhérente au droit en cause ou, plus généralement, à l'article 1 de la Convention. Alors même que la Cour européenne n'a pas hésité à procéder à une généralisation progressive des obligations positives dans le champ de la Convention — du droit au respect de la vie privée et familiale <sup>(32)</sup> au droit de propriété <sup>(33)</sup> en passant par le droit à la vie <sup>(34)</sup> et le droit à la liberté d'expression <sup>(35)</sup> —, force est de constater qu'elle n'a pas fait preuve du même engouement pour utiliser cette technique prétorienne afin de pénétrer de plain pied sur le terrain des droits sociaux. C'est là, manifestement, une volonté délibérée, comme en témoigne l'avis de la Commission européenne des droits de l'homme, du 15 octobre 1996, dans l'affaire *Botta c. l'Italie* : « Les droits revendiqués par le requérant constituent en fait des droits de nature sociale, visant en l'espèce la participation des handicapés aux activités récréationnelles et de loisir qui se déroulent au bord des plages, dont l'étendue dépasse le concept d'obligation juridique, inhérent à la notion de 'respect' de la vie privée contenue dans le premier paragraphe de l'article 8 » (15 oct. 1996) <sup>(36)</sup>.

(30) *J.C.P. G* 1997, I, 4000 n° 40, obs F. SUDRE.

(31) F. SUDRE, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.* 1995, p. 363.

(32) *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *Les grands arrêts...* n° 42.

(33) *Oneryildiz c. Turquie*, 18 juin 2002, *Les grands arrêts...* n° 56.

(34) *L.C.B c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 36; *Osman*, 28 octobre 1998, § 115.

(35) *Fuentes Bobo c. Espagne*, 29 février 2000.

(36) Voy. l'arrêt de la Cour, *Botta*, 24 février 1998, préc., § 35.

19. Une évolution de la jurisprudence européenne est d'autant plus souhaitable que la théorie des obligations positives paraît particulièrement bien adaptée à la matière des droits sociaux, dès lors que ceux-ci sont souvent énoncés sous forme de principes invitant le législateur à prendre des mesures d'application. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui utilise pour les droits sociaux la distinction entre droits subjectifs directement invocables par les particuliers devant le juge et principes « sanctionnables par le juge sous forme d'obligations d'action »<sup>(37)</sup>, pourrait, à cet égard, faire office de stimulant. A vrai dire, certaines décisions récentes, discrètes car d'irrecevabilité, laissent à croire que le juge européen est prêt à faire jouer la théorie des obligations positives à propos d'un droit social.

20. Dans ses décisions *Marzari c. l'Italie*, du 4 mai 1999 (req. n° 36448/97), et *La Parola c. l'Italie*, du 30 novembre 2000 (req. n° 39712/98), la Cour européenne considère que l'Etat défendeur s'est acquitté des obligations positives qui lui incombent aux termes de l'article 8 de la Convention dès lors que, dans le premier cas, les autorités nationales avaient créé une structure médicale chargée de trouver des logements adéquats pour les personnes — tel le requérant — handicapées et que, dans le second cas, les requérants avaient obtenu une aide financière à titre permanent pour élever leur enfant très gravement handicapé. Certes, les requêtes vont être jugées manifestement mal fondées mais le pas est franchi : le juge européen admet que le droit au respect de la vie privée (*Marzari*) ou le droit au respect de la vie privée et familiale (*La Parola*) implique l'obligation positive pour les Etats de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'autonomie des personnes handicapées (art. 15 de la Charte révisée) ou pour garantir le droit effectif à l'assistance sociale et médicale (art. 13 de la Charte révisée). La décision d'irrecevabilité *Zehnalova et Zehnal*, du 14 mai 2002 (req. n° 38621/97), fournit une confirmation en demi-teinte de cette analyse, en encadrant étroitement le jeu des obligations positives. En premier lieu, la Cour précise que, pour définir les limites de l'applicabilité de l'article 8 et tracer « la frontière qui sépare » les droits garantis par la Convention européenne de ceux protégés par la Charte, elle entend considérer que les obligations positives de l'Etat ont « un contenu plus limité » que « la notion progressive de vie privée ». En second lieu, tout en jugeant l'article 8 inapplicable en l'espèce, la Cour admet que l'article 8 est susceptible de faire peser sur

---

(37) F. BENOIT-ROHMER, préc.

l'Etat une obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'accès des personnes handicapées aux établissements publics ouverts au public « dans les cas exceptionnels » où le défaut d'accès empêcherait l'intéressé de « mener sa vie de façon telle que le droit à son développement personnel et son droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains » serait mis en cause.

Dans la perspective (optimiste), où la Cour consacrerait « positive-ment » ... cette « obligation positive », bon nombre de droits sociaux énoncés par la Charte révisée paraissent susceptibles de bénéficier, dans les limites précédemment définies, du jeu des obligations positives au titre de l'article 8 de la Convention européenne : droits des enfants et des adolescents à la protection, droit des travailleuses à la protection de la maternité, droit de la famille et droit des enfants à une protection sociale, juridique et économique, droit des travailleurs migrants et de leur famille à la protection et à l'assistance, droit des personnes âgées à une protection sociale, droit au logement...

**21.** Mais le juge européen peut aussi mobiliser d'autres droits pour protéger les droits sociaux par le moyen des obligations positives.

En premier lieu, le droit à la vie et il faut ici relever l'*obiter dictum* de l'arrêt *Berktaş c. la Turquie* (1<sup>er</sup> mars 2001) par lequel le juge européen affirme que l'obligation positive qu'a l'Etat, au titre de l'article 2, § 1, de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes placées sous sa juridiction lui impose de « protéger la vie de l'individu contre les tiers ou contre le risque de maladie ». Si la première partie de l'affirmation n'est pas nouvelle <sup>(38)</sup> la seconde, comme telle <sup>(39)</sup>, l'est et implique une obligation de protection de la santé, dont la généralité pouvait laisser perplexe <sup>(40)</sup>. Par deux arrêts ultérieurs, la Cour européenne a eu l'occasion de préciser que l'Etat avait en matière de santé publique l'obligation substantielle de mettre en œuvre des réglementations préventives propres à assurer, d'une part, la protection de la vie des

(38) Voy. *Osman*, 28 octobre 1998, préc., *J.C.P. G* 1999, I, 105, n° 8, obs. F. SUDRE.

(39) Pour une formulation implicite, voy. *L.C.B.*, 9 juin 1998, préc.

(40) Dans son arrêt *Chypré c. Turquie*, du 10 mai 2001, la Cour semble néanmoins restreindre cette obligation à celle de ne pas mettre la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux dont peut bénéficier l'ensemble de la population (§ 219). Dans le même sens, déc. 21 mars 2002, *Nitecki c. Pologne* (req. n° 65653/01).

malades et, d'autre part, celle de la vie et de la santé des habitants contre les dangers dus à l'exploitation d'un site de stockage de déchets ménagers<sup>(41)</sup>. On voit alors, derrière cette nouvelle obligation positive « découverte » par le juge européen, le moyen de sanctionner le droit à la protection de la santé, le droit à la sécurité sociale, le droit à l'assistance sociale et médicale (art. 11 à 13 de la Charte révisée) ou encore le droit à des conditions de travail équitables pour les travailleurs employés à des occupations dangereuses ou insalubres<sup>(42)</sup>.

En second lieu, le droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants peut offrir, par le biais des obligations positives, une protection appropriée en matière de droits sociaux. Dans un remarquable arrêt *Z. et autres c. le Royaume-Uni*, rendu en Grande chambre le 10 mai 2001<sup>(43)</sup>, la Cour juge que les services sociaux locaux ont failli à l'obligation positive tirée de l'article 3 en négligeant de prendre les mesures nécessaires pour protéger quatre enfants de la même famille contre les actes de maltraitance dont ils étaient victimes de la part de leurs parents. N'est-ce pas, en réalité, sanctionner ici l'obligation positive de « protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation » et, par là, l'article 17, § 1 b de la Charte révisée? *Mutatis mutandis*, s'il était saisi aujourd'hui d'une nouvelle affaire *Van Volsem* (préc.), le juge européen ne pourrait-il pas, par une démarche similaire à celle de l'arrêt *Z.*, juger que l'Etat enfreint l'article 3 quand il ne prend pas les mesures nécessaires pour protéger une personne déterminée contre l'état de sans-abri (art. 31 de la Charte révisée), la pauvreté et l'exclusion sociale (art. 30 de la Charte révisée)?

**22.** Le juge européen pourrait aussi utilement s'inspirer de la jurisprudence nationale et, notamment, de l'arrêt *Spileers* de la Chambre sociale de la Cour de cassation, du 12 janvier 1999, par lequel cette dernière, conférant comme le juge européen un effet « horizontal » au droit au respect de la vie privée et familiale, fait une application particulièrement audacieuse de l'article 8 aux relations de travail<sup>(44)</sup>. Dans cette affaire relative au licenciement d'un

(41) *Calvelli et Ciglio c. Italie*, 17 janvier 2002 (Gr. ch.) et *Oneriyildiz c. Turquie*, 18 juin 2002, préc.; obs. F. SUDRE, *J.C.P. G*, 2002, I, 157, n° 1.

(42) Art. 2, § 4 de la Charte sociale européenne; voy. la réclamation collective n° 10/2000, *STTK ry c. Finlande*, préc.

(43) Confirmé par *D.P. et J.C. c. Royaume-Uni*, 10 oct. 2002, et *E. et a. c. Royaume-Uni*, 26 nov. 2002, obs. F. SUDRE, *J.C.P. G* 2003, I, 109, n° 3.

(44) Cass. soc., 12 janvier 1999, *Spileers, D*, 1999, Jur, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY.

salarié qui avait refusé de transférer son domicile familial dans sa nouvelle région d'activité, la Chambre sociale juge que « le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs » du droit au respect du domicile garanti par l'article 8 et qu'en conséquence « une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché ». Bel exemple, offert par le juge national, de dynamisme interprétatif. A quand un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme sanctionnant, au titre des obligations positives pesant sur l'Etat en vertu du droit au respect de la vie privée et familiale, l'atteinte commise par un tiers au droit de ne pas être licencié sans motif valable (art. 24 de la Charte révisée) ou au droit de ne pas être licencié pour des raisons tenant aux responsabilités familiales (art. 27, § 3 révisée) ?

**23.** La Cour européenne dispose, à notre sens, d'une panoplie de moyens interprétatifs — notions autonomes, développement des concepts, protection par ricochet, théorie des « éléments inhérents », obligations positives, effet horizontal — adéquate pour protéger indirectement les droits sociaux.

Ce n'est pas l'imagination, en règle générale, qui fait défaut au juge européen... mais encore faut-il qu'il entende l'exercer dans des domaines jusqu'à présent délaissés.

## **II. — Les perspectives de l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 : la Cour européenne des droits de l'homme protégera les droits sociaux**

**24.** Le Protocole n° 12 <sup>(45)</sup> va bien au-delà de la clause de non-discrimination énoncée par l'article 14 de la Convention de sauvegarde, qui reconnaît le droit à la non-discrimination dans la jouissance de chacun des droits garantis par la Convention. Énonçant une interdiction générale de la discrimination, le Protocole n° 12 fait alors entrer tout droit accordé à l'individu par le droit national dans le champ de la Convention et, partant, dans le champ du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme. Une telle affirmation vaut, naturellement, pour les droits sociaux : le

---

(45) Voy., G. GONZALEZ, « Le Protocole n° 12 à la CEDH portant interdiction générale de discriminer », *R.F.D.A.*, 2002, 113.

Protocole n° 12, s'il entre en vigueur (dix ratifications sont nécessaires) <sup>(46)</sup>, conduit à l'affirmation du droit à la non-discrimination dans la jouissance d'un droit social et entraîne, inéluctablement, un dédoublement du système de protection des droits sociaux.

A. — *L'affirmation du droit à la non-discrimination dans la jouissance d'un droit social*

25. Avec le Protocole n° 12, la Convention européenne apparaît comme la réplique du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui à la fois contient une clause de non-discrimination (art. 2, § 1) et énonce, à son article 26, le principe général d'égalité devant la loi : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi* ». Cet article 26 a, on le sait, fait l'objet d'une interprétation très constructive du Comité des droits de l'homme. L'examen de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme <sup>(47)</sup> permet alors d'envisager les lignes directrices autour desquelles pourrait se développer la jurisprudence future de la Cour européenne sur le Protocole n° 12. Deux séries d'observations, tenant au champ d'application du droit et à l'étendue des obligations des Etats peuvent être faites.

1° *Le champ d'application de l'interdiction générale de la discrimination*

26. Le champ d'application du Protocole n° 12, tout à la fois, absorbe et déborde celui de l'article 14 de la Convention. Comme l'indique le premier alinéa du Préambule, le Protocole n° 12 vient consacrer le principe général de l'égalité devant la loi, proclamé par l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et, à l'instar de l'article 26 du Pacte, interdire « *toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics* » <sup>(48)</sup>. Le Protocole n° 12 vise la législation nationale de l'Etat et impose à l'Etat de ne pas adopter et mettre en œuvre une loi dont le contenu serait discriminatoire. Le droit à la non-discrimination garanti par le Protocole n° 12 est

(46) Trois ratifications au 12 février 2003.

(47) Pour une analyse détaillée, nous renvoyons à notre étude, « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du C.D.H. des Nations Unies », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Les communications individuelles*, I.D.E.D.H., 1995, p. 32.

(48) C.D.H., n° 172/1984, *Broeks c. Pays-Bas*, déc. 9 avril 1987, § 12.3, *Sélection de décisions du C.D.H. prises en vertu du Protocole facultatif*, vol. 2, octobre 1982-avril 1988, New-York 1991, p. 215.

donc, au sein de la Convention, un droit autonome dont la portée n'est pas limitée aux seuls droits énoncés par la Convention mais s'étend à tout droit individuel reconnu « par la loi ». Par voie de conséquence, l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 12 devrait, logiquement, « faire office de *lex specialis* en matière de non-discrimination et supplanter complètement le recours à l'article 14 de la Convention », auquel il a vocation à se substituer<sup>(49)</sup>. Dès lors, la Cour européenne des droits de l'homme n'aura plus besoin de pratiquer le grand écart pour rattacher artificiellement l'article 14 de la Convention à tel ou tel droit substantiel — droit de propriété<sup>(50)</sup> ou droit au respect de la vie familiale<sup>(51)</sup> — afin de garantir le droit à l'égalité de traitement en matière de prestations sociales.

27. En effet, les droits sociaux entrent désormais pleinement dans le champ de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole n° 12 garantit le droit à l'égalité dans la jouissance de tout droit individuel « prévu par la loi », et il faut, nous semble-t-il, comprendre le terme « loi » au sens de la jurisprudence européenne comme désignant une base légale en droit interne, que celle-ci réside dans une source nationale ou dans le droit international<sup>(52)</sup>. Visant tout droit reconnu en droit interne, le Protocole n° 12 couvre donc tout droit social, que celui-ci soit consacré par la législation nationale, par la Convention européenne (ainsi, la liberté syndicale) ou par tout autre instrument international auquel l'Etat est partie, telle la Charte sociale européenne. En bref, il apparaît que l'ensemble des droits énoncés par la Charte sociale européenne est désormais couvert par le Protocole n° 12. Partant, l'entrée en vigueur du nouveau Protocole aura automatiquement pour effet d'étendre la compétence *ratione materiae* de la Cour qui pourra à l'avenir connaître d'une requête individuelle invoquant une discrimination dans la jouissance d'un droit social.

## 2° *L'étendue des obligations des Etats parties au Protocole n° 12.*

28. Il convient, au préalable, de préciser que l'obligation de ne pas discriminer énoncée par l'article 1<sup>er</sup> du nouveau Protocole doit

(49) G. GONZALEZ, préc.

(50) En ce sens : *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, *D.*, 1998, p. 438, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY; *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997; *Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, 4 juin 2002; *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002, obs. F. SUDRE, *J.C.P. G* 2002, I, 157, n° 22.

(51) *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *Rev. trim. dr. h.*, 1998, 721, obs. S. PRISO.

(52) Le rapport explicatif est néanmoins assez ambigu sur ce point (CM(2000)53 Addendum, § 23).



être comprise au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : est interdite une différence de traitement dans l'exercice ou la jouissance d'un droit reconnu manquant de justification objective et raisonnable<sup>(53)</sup>. La liste des motifs de discrimination est identique à celle de l'article 14 : comme celle-ci, elle est donc purement indicative et couvre tout motif de discrimination, quel qu'il soit<sup>(54)</sup>.

L'obligation de l'Etat de respecter le droit à la non-discrimination se décline à la fois comme une obligation de résultat et comme une obligation positive.

**29.** Une obligation de résultat, en ce sens que l'Etat partie a l'obligation générale, dans l'adoption et la mise en œuvre d'une législation, de veiller à ce que la loi ne soit pas discriminatoire. En d'autres termes, le Protocole n° 12 ne contient pas d'obligations quant au contenu même de la loi et, s'agissant des droits sociaux, n'impose pas, par exemple, à l'Etat partie d'adopter une législation prévoyant un système de sécurité sociale ou interdisant le licenciement des femmes durant un congé maternité ; mais, si l'Etat adopte cette législation, celle-ci ne doit pas être discriminatoire. Lorsque elle aura en charge le contrôle du Protocole n° 12, la Cour européenne des droits de l'homme, saisie d'un grief de discrimination dans la jouissance d'un droit garanti par la Charte sociale européenne, ne sera donc pas appelée à s'intéresser au contenu substantiel de ce droit et à son respect mais à la seule question de savoir si l'égalité de traitement est respectée en la matière.

**30.** Il nous semble, en second lieu, que l'obligation qui pèse sur l'Etat n'est pas seulement une obligation négative — ne pas discriminer, ne pas porter atteinte au droit à l'égalité —, mais est aussi une obligation positive d'adopter les mesures adéquates pour garantir l'exercice effectif de l'égalité de traitement.

Interprétant l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et pratiques, le Comité des droits de l'homme s'est nettement

(53) *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, *Les grands arrêts...* n° 8, § 10. La justification « objective et raisonnable » est celle qui poursuit un « but légitime » et « respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (§ 10).

(54) Notamment celui de l'orientation sexuelle : *Salgueiro Da Silva Mouta*, 21 décembre 1999, *Droit de la famille*, mars 2000, comm. n° 45, A. GOUTTENOIRE-CORNUT.

prononcé en ce sens<sup>(55)</sup>; certes, le Protocole n° 12 se borne à assigner à la loi une fonction d'interdiction — comme le souligne l'intitulé de son article 1<sup>er</sup> (« Interdiction générale de la discrimination ») — et, à la différence de l'article 26 du Pacte, ne lui confère pas aussi une fonction de « protection égale et efficace contre toute discrimination ». Mais on pourrait aussi estimer, paraphrasant la Cour, que *assurer*<sup>(56)</sup> signifie « plus » que reconnaître ou prendre en considération et qu'« en sus d'un engagement plutôt négatif, ce verbe implique à la charge de l'Etat une certaine obligation positive »<sup>(57)</sup>. Le rapport explicatif se montre ici singulièrement embarrassé, affirmant que l'« on ne peut exclure totalement » que l'article 1<sup>er</sup> entraîne des obligations positives à la charge des Etats parties, qu'il s'agisse d'une obligation d'adopter des mesures visant à prévenir la discrimination, même dans les relations entre particuliers, voire d'une obligation de prendre des mesures visant à remédier à des cas de discrimination<sup>(58)</sup>.

31. On voit mal que la Cour européenne des droits de l'homme, contrôlant le respect du Protocole n° 12, ignore sa jurisprudence sur les obligations positives et l'« effet horizontal » qui y est attaché et qui l'autorise à sanctionner l'abstention de l'Etat constitutive d'une ingérence d'autrui dans le droit garanti (*supra*). A cet égard, la tentative des rédacteurs du Protocole de circonscrire le jeu de l'interdiction générale de la discrimination aux seules relations « verticales » — « *nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique* » (art. 1, § 2) — paraît largement illusoire au vu de la jurisprudence européenne sur les obligations positives. Il suffit, à titre indicatif, de noter que la Cour européenne n'a pas hésité, en dernier lieu, à juger que l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 s'applique aux relations interindividuelles et fait peser sur l'Etat l'obligation positive d'adopter les mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété « même dans les cas où il s'agit d'un litige entre les personnes physiques ou morales »<sup>(59)</sup>.

---

(55) Voy. l'observation générale 18(37) sur l'article 26, du 9 novembre 1989, in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Les communications individuelles*, I.D.E.D.H., 1995, p. 209.

(56) Art. 1 du Protocole n° 12 : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée... ».

(57) *Campbell et Cosans*, 25 février 1982, § 37.

(58) Rapp. explicatif, préc., §§ 24-26.

(59) *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, § 97, obs. F. SUDRE, *J.C.P. G* 2003, I, 109, n° 24.

De plus, le juge européen pourra, ici encore, se prévaloir de l'interprétation du Comité des droits de l'homme qui, dans son observation générale 18(37), retient l'hypothèse de l'« effet horizontal » du droit à la non-discrimination lorsqu'il exprime son souhait de savoir « s'il se pose encore des problèmes liés à une discrimination de fait, de la part, soit des pouvoirs publics ou de la communauté, soit des particuliers ou des organismes privés » (§ 9).

32. Si le Protocole n'impose aucune obligation d'adopter des mesures d'« action positive » — ou de « discrimination positive » —, son Préambule précise que « le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable » (§ 3). Après avoir été fort discrète en la matière <sup>(60)</sup>, la jurisprudence la plus récente de la Cour s'avère plus ouverte. Par sa décision *Thlimmenos c. la Grèce* rendue en Grande chambre (6 avril 2000), la Cour élargit sensiblement le champ d'application de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14 en jugeant que le droit à la non-discrimination est également transgressé « lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes » (§ 44) <sup>(61)</sup>. En sanctionnant directement, dans cette affaire, la carence du législateur qui n'a pas établi de distinction entre les personnes condamnées en raison de leurs convictions religieuses et celles condamnées pour d'autres motifs, la Cour s'engage, nous semble-t-il, dans la voie de la reconnaissance des discriminations « positives » <sup>(62)</sup>. Si elle était clairement confirmée par la juridiction européenne — mais l'arrêt *Chapman*, du 18 janvier 2001, ne va pas dans ce sens <sup>(63)</sup> —, une telle solution ferait désormais naître à la

(60) Voy. J.-F. FLAUSS, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 419.

(61) Le requérant, condamné à une peine de prison pour avoir refusé de servir dans l'armée du fait de ses convictions religieuses, a été écarté de la profession d'expert comptable en application d'une loi qui exclut de la profession les personnes convaincues d'un crime; la Cour juge que le refus des autorités de traiter l'intéressé différemment des autres personnes reconnues coupables d'un crime ne repose sur aucune justification objective et raisonnable et constitue une violation du droit du requérant à ne pas subir de discrimination dans la jouissance du droit garanti par l'article 9.

(62) Dans le même sens, J.-P. MARGUÉNAUD, chron., *R.T.D. civ.*, 2000, p. 434.

(63) Dans cet arrêt, rendu en Grande chambre, la Cour refuse de mettre à la charge de l'Etat une obligation d'adopter des mesures de discrimination « positive » nécessaires à la jouissance du droit des membres de la minorité tsigane de suivre leur mode de vie traditionnel (*Les grands arrêts...* n° 39).

charge de l'Etat, au titre de l'article 14 de la Convention, une obligation positive d'adopter une législation établissant les discriminations positives nécessaires à la jouissance des droits consacrés par la Convention. Une telle interprétation devrait également jouer pour l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 12, d'autant que le champ d'application du nouveau Protocole, dès lors qu'il n'est plus borné aux seuls droits garantis par la Convention, recoupe désormais les « domaines sensibles »<sup>(64)</sup> d'application des mesures d'action positive, notamment celui de l'accès à l'emploi et des conditions d'emploi et de travail<sup>(65)</sup> et, plus largement, celui des droits sociaux. Il n'est d'ailleurs pas indifférent de relever que l'article 1<sup>er</sup>, § 3 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne, du 5 mai 1988, stipule que l'exercice effectif du droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession « ne fait pas obstacle à l'adoption de mesures spécifiques visant à remédier à des inégalités de fait ».

33. Une telle lecture du Protocole n° 12 conduit donc à considérer que l'Etat partie au Protocole a non seulement l'obligation de s'abstenir de toute discrimination à l'encontre des individus mais aussi d'assurer l'égalité de traitement dans la jouissance de tout droit individuel — y compris dans le cadre des relations interindividuelles —, voire de promouvoir une égalité plus réelle. La Cour européenne paraît alors en mesure de faire du principe général de non-discrimination « un principe d'action majeur pour protéger ou réaliser l'égalité »<sup>(66)</sup>. Sachant que la question de l'attribution et de la jouissance des droits sociaux « recèle d'importantes potentialités d'inégalités »<sup>(67)</sup> on imagine sans peine que le contentieux de l'égalité de traitement en matière de droit social est appelé à connaître des jours fastes devant le juge européen.

#### B. — *Le dédoublement du système de protection des droits sociaux*

34. L'enjeu de l'applicabilité du Protocole n° 12 aux droits sociaux est non seulement d'ordre matériel mais aussi d'ordre procédural et conduit, d'une part, à poser la question de la substitution

(64) J.-F. FLAUSS, préc., p. 421.

(65) La jurisprudence communautaire fournit ici des exemples connus : C.J.C.E., 17 octobre 1995, *Kalanke, Rec.*, I-3051 ; C.J.C.E., 11 novembre 1997, *Marshall, Rec.*, I-6363, *Rev. trim. dr. h.*, 1998, p. 717, obs. H. SURREL.

(66) A. EIDE et T. OPSAHL, « Egalité et non-discrimination », in Conseil de l'Europe 7<sup>e</sup> *Colloque international sur la C.E.D.H.*, Strasbourg, 1990, ronéo, p. 8.

(67) G. GONZALEZ, *op cit.*

du système de contrôle de la Convention européenne à celui de la Charte sociale européenne et, d'autre part, à soulever le problème de la cohérence de la protection européenne des droits sociaux.

1° *D'un mode de contrôle à l'autre*

35. La question de la substitution du système de contrôle de la Convention européenne à celui de la Charte n'intéresse, par hypothèse, que l'Etat partie, à la fois, à la Convention et à son Protocole n° 12 et à la Charte sociale européenne<sup>(68)</sup> et peut se décliner en trois points.

36. a) Le Protocole n° 12 confèrera compétence à la Cour européenne des droits de l'homme pour s'assurer que n'est pas enfreint le droit de ne pas subir de discrimination dans la jouissance de tel droit social, protégé notamment par la Charte sociale européenne, mais ce n'est pas pour autant que le droit de recours individuel de l'article 34 de la Convention de sauvegarde pourra être utilisé pour contrôler le respect par l'Etat partie de ses engagements au titre de la Charte sociale européenne. Celle-ci possède, en effet, son propre système de contrôle, par voie de rapports et de réclamations collectives, et ignore le droit de recours individuel. En d'autres termes, la Cour européenne aura compétence pour vérifier non pas que l'Etat partie s'acquitte de l'obligation qu'il tient, par exemple de l'article 13 de la Charte sociale européenne révisée de reconnaître le droit de toute personne à l'assistance sociale et médicale — et, ce faisant, elle ne se substituera pas au Comité européen des droits sociaux — mais simplement que la législation nationale en matière d'assistance sociale et médicale, quand elle existe, est conforme à la règle de non-discrimination figurant à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 12. Ce n'est pas le droit à l'assistance sociale et médicale qui, en soi, est contrôlé mais le droit à ne pas subir de discrimination dans la jouissance du droit à l'assistance sociale et médicale.

37. b) Il n'en reste pas moins que la Cour européenne des droits de l'homme sera conduite nécessairement à contrôler, directement ou indirectement, le respect par l'Etat partie de certaines de ses obligations conventionnelles au titre de la Charte sociale européenne.

38. *Contrôle direct*, dès lors que la Charte garantit expressément le droit à l'égalité de traitement dans l'exercice d'un droit spécifi-

---

(68) Par commodité, nous ne distinguerons pas ici la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 et la Charte sociale révisée du 3 mai 1996.

que : droit à l'égalité de traitement entre les nationaux et les ressortissants d'un autre Etat partie en ce qui concerne les droits à la sécurité sociale (art. 12, § 4 a de la Charte révisée), droit à l'égalité de traitement des travailleurs migrants en ce qui concerne les impôts, taxes et contributions afférents au travail (art. 19, § 5 de la Charte révisée), droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession (art. 20 de la Charte révisée), droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement (art. 27 de la Charte révisée)... Saisie d'un recours individuel arguant, par exemple, d'une discrimination sexuelle en matière d'accès à l'emploi, la Cour européenne se prononcera certes en vertu de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 12 mais contrôlera aussi le respect par l'Etat de l'article 20 de la Charte révisée. Dans cette perspective, il nous semble que la requête relative à la « loi Aubry » sur la réduction du temps de travail, du 19 janvier 2000, portée devant le Comité européen des droits sociaux par le biais d'une réclamation collective, pourrait fort bien, en raison de son objet, donner lieu à saisine de la Cour européenne des droits de l'homme par la voie du recours d'un salarié faisant valoir qu'une mesure d'application de la loi relative au temps de travail des cadres porte atteinte au droit garanti par l'article 27 de la Charte révisée <sup>(69)</sup>.

Le juge européen exercera également un contrôle direct lorsque le grief tiré de la violation d'un droit protégé par la Charte est intimement lié au grief de discrimination : il en irait ainsi du recours d'un objecteur de conscience arguant du fait que la durée du service civil de remplacement, supérieure de 18 mois à celle du service militaire, est contraire à l'article 1<sup>er</sup>, § 2 de la Charte, qui interdit le travail forcé. On sait que la réclamation collective n° 8/2000, *Conseil Quaker pour les affaires européennes c. la Grèce*, a un semblable objet <sup>(70)</sup> mais on sait aussi que la Commission européenne des droits de l'homme, suivant en cela la voie tracée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans son application de l'article 26 du Pacte <sup>(71)</sup>, n'a pas hésité à contrôler la durée d'un service civil de remplacement imposé à un objecteur de conscience au regard de

(69) C.E.D.S., réclamation n° 9/2000, *Confédération française de l'encadrement C.F.E.-C.G.C. c. France*, déc. 11 déc. 2001, fond.

(70) C.E.D.S., réclamation n° 8/2000, *Conseil Quaker pour les affaires européennes c. Grèce*, déc. 25 avril 2001, fond.

(71) C.D.H., n° 295/1988, *Järvinen c. Finlande*, déc. 25 juillet 1990, *R.U.D.H.*, 1990, p. 452; n° 402/1990, *Brinkhof c. Pays-Bas*, A/48/40, 1993, vol. I, § 825; n° 666/1995, *Foin c. France*, 3 novembre 1999, A/55/40, 2000, p. 31; *R.T.D. civ.* 2000, n° 4, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, p. 951.

l'interdiction de la discrimination dans la jouissance du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion <sup>(72)</sup>.

**39.** *Contrôle indirect*, également, car la Charte sociale européenne révisée contient en son article E une clause, décalquée de l'article 14 de la Convention européenne, stipulant que les droits reconnus dans la Charte doivent être assurés sans discrimination aucune. Par conséquent, lorsqu'il aura à connaître au titre du Protocole n° 12 d'un droit social énoncé par ailleurs dans la Charte révisée, le juge européen se prononcera nécessairement sur le respect par l'Etat de l'article E de la Charte combiné avec tel ou tel autre article. La réclamation collective n° 6/1999, *Syndicat national des professions du tourisme c. la France* <sup>(73)</sup>, permet d'étayer cette hypothèse : la Cour européenne serait parfaitement compétente, sur la base du Protocole n° 12, pour connaître du recours d'un conférencier ou d'un guide diplômé d'Etat se prévalant d'une discrimination dans l'accès à l'emploi et dans l'exercice de sa profession au motif que l'accès à certains sites lui est interdit alors qu'il est ouvert à des conférenciers « agréés » (art. E combiné avec les art. 1 et 10 de la Charte révisée).

**40. c)** *In fine*, l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 aura pour résultat d'étendre le droit de recours individuel aux droits sociaux figurant dans la Charte sociale européenne, sous réserve, évidemment, que l'Etat défendeur soit partie à l'un et à l'autre instrument. Il nous semble donc que le nouveau Protocole, avec beaucoup de discrétion, réalise, en fait, la substitution d'un mode de contrôle à un autre. On s'en félicitera sous l'angle de l'effectivité de la garantie des droits sociaux. On est moins certain qu'une telle situation, si elle devait se réaliser, soit respectueuse de la souveraineté étatique. En effet, pour avoir ratifié par « inadvertance » le Protocole n° 12 à la Convention européenne, un Etat partie à la Charte sociale européenne se verrait soumis à un mécanisme de contrôle du respect de la Charte par voie de recours individuel, sans y avoir expressément consenti. On peut alors se demander si de telles perspectives ne sont pas de nature à freiner la ratification du Protocole n° 12, comme celle, d'ailleurs, de la Charte révisée.

---

(72) Comm., déc., 6 décembre 1991, *Autio c. Finlande*, D. et R. 72, p. 245 : « La Commission estime que si la Finlande n'était pas tenue au regard de l'article 9 de la Convention de reconnaître au requérant le statut d'objecteur de conscience, les griefs de l'intéressé relèvent néanmoins de cette disposition, ce qui rend applicable l'article 14 de la Convention ».

(73) C.E.D.S., réclamation n° 6/1999, déc., 10 octobre 2000, fond.

2° *La cohérence de la protection européenne des droits sociaux*

41. L'entrée en vigueur du Protocole n° 12 rendra un peu plus complexe une situation qui n'est déjà pas simple en la matière, en raison de l'hétérogénéité même du « système de la Charte » qui tient au caractère composite de l'instrument normatif (Charte sociale de 1961, Protocole de 1988, Charte révisée de 1996) et au caractère facultatif du Protocole de 1995 instaurant un système de réclamations collectives. Il apparaît en effet que la protection européenne des droits sociaux — nous nous en tenons ici au Conseil de l'Europe et laissons délibérément de côté le contrôle du juge communautaire — sera une protection à géométrie variable où les droits garantis par la Charte sociale<sup>(74)</sup> relèveront de modes de contrôle de nature et d'intensité très différentes selon que l'Etat partie à la Charte et à la Convention européenne aura également ratifié le Protocole de 1995 additionnel à la Charte et/ou le Protocole n° 12<sup>(75)</sup>.

42. Schématiquement, et sans prétendre épuiser la variété des combinaisons possibles<sup>(76)</sup>, le contrôle du respect de la Charte sociale s'inscrira dans l'une des quatre configurations suivantes : contrôle par voie de rapports (Convention + Charte); contrôle par voie de rapports et de réclamations collectives (Convention + Charte + Protocole de 1995); contrôle par voie de rapports et de recours individuels devant la Cour européenne des droits de l'homme (Convention + Protocole n° 12 + Charte); contrôle par voie de rapports, de recours individuels et de réclamations collectives (Convention + Protocole n° 12 + Charte + Protocole de 1995).

Une simplification ne serait pas inutile...

43. Quoiqu'il en soit de ses conséquences procédurales, le Protocole n° 12, en permettant une « juridictionnalisation » partielle des droits sociaux, devrait contribuer à lever la « présomption d'injusticiabilité » qui semble peser sur les droits sociaux et, en toute hypothèse, contribuer à l'émergence d'un contentieux social à la Cour européenne des droits de l'homme.




---

(74) Nous entendons par là l'ensemble de l'instrument normatif, sans distinguer entre ces composantes.

(75) Au 12 février 2003, 25 Etats sont parties à la C.S.E., 15 à la C.S.E. révisée et 9 au Protocole de 1995.

(76) Tenant, notamment, au système d'acceptation partielle de la C.S.E.



44. Pour conclure cet exercice de « jurisprudence-fiction », il nous reste à évoquer les quatre dernières réclamations collectives dont a eu à connaître le Comité européen des droits sociaux, alléguant que les membres des forces armées en France, Grèce, Italie et Portugal ne bénéficiaient pas de la liberté syndicale et du droit de négociation collective, garantis par les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne révisée<sup>(77)</sup>, pour souligner qu'une telle question est d'autant moins étrangère à la Cour européenne des droits de l'homme que la liberté syndicale est garantie par l'article 11 de la Convention au titre de la liberté d'association et que la Cour s'est déjà prononcée en Grande chambre, par son arrêt *Rekvenyi* (20 mai 1999), sur le problème similaire de l'interdiction faite par la Constitution hongroise aux membres des forces armées et de police d'adhérer à un parti politique.

45. La nature des griefs soulevés par ces réclamations collectives portées devant le Comité européen des droits sociaux ne nous semble donc faire aucunement obstacle à des recours individuels ayant le même fondement devant la Cour européenne des droits de l'homme.

A défaut d'un utopique protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, qui introduirait les droits garantis par la Charte sociale européenne dans la Convention et les ferait ainsi bénéficier du mécanisme de garantie de celle-ci, il appartient au juge européen d'aller de l'avant en matière de protection des droits sociaux. La Cour européenne dispose des moyens d'une interprétation constructive pour élargir aux droits sociaux son contrôle juridictionnel et le Protocole n° 12 devrait l'encourager à aller dans cette voie.

En matière de progrès des droits de l'homme, il importe que la Cour européenne fasse sienne l'exhortation de Danton à la Convention, le 2 septembre 1792 : « *il nous faut de l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace* ».




---

(77) C.E.D.S., réclamations n<sup>os</sup> 2/1999, 3/1999, 4/1999 et 5/1999, *Fédération européenne du personnel des services publics c. France, Grèce, Italie, Portugal*, déc., 4 décembre 2000, fond.