

LA COUR DE JUSTICE, LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX ET L'INTENSITÉ NORMATIVE DES DROITS SOCIAUX

Antoine BAILLEUX*,
Professeur à l'Université Saint-Louis, Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

* La présente recherche s'inscrit dans le cadre de la recherche *Human Rights Integration* financée par la Politique scientifique fédérale au titre du Programme Pôles d'attraction interuniversitaires. L'auteur remercie vivement Isabelle Hachez pour ses précieuses observations sur une version antérieure de cet article.

SOMMAIRE

Introduction	287
I. Une opposabilité à trois niveaux	290
A. Opposabilité verticale et horizontale – Les droits subjectifs	291
B. Opposabilité verticale mais pas horizontale – Les droits fondamentaux	297
C. Absence d’opposabilité – Les principes fondamentaux	298
II. De l’opposabilité des catégories à l’intensité des obligations	302
Conclusion	307

La présente contribution tente de cerner l'« intensité normative » des droits et des principes consacrés dans la Charte des droits fondamentaux à la lumière des quelques arrêts clefs rendus par la Cour de justice de l'Union européenne dans le domaine du droit social. La première partie s'attache à démontrer qu'analysées au prisme de leur opposabilité, les prérogatives contenues dans la Charte peuvent aujourd'hui être réparties, non pas en deux (droits et principes), mais en trois catégories (principes fondamentaux, droits fondamentaux et droits subjectifs). Dans un second temps, le présent article pointe les limites d'une telle construction à trois étages et suggère une piste susceptible tant de clarifier la jurisprudence actuelle que d'œuvrer à une meilleure protection des droits sociaux.

In het licht van een aantal recente en cruciale arresten van het Hof van Justitie op het domein van het sociaal recht onderzoekt deze bijdrage de "normatieve intensiteit" van de rechten en beginselen zoals vervat in het Handvest van de grondrechten. Het eerste deel van deze bijdrage toont aan dat, vanuit het perspectief van de tegenwerpelijkheid, de in het Handvest verankerde prerogatieven actueel kunnen worden onderverdeeld, niet in twee (rechten en beginselen) maar in drie verschillende categorieën (grondbeginselen, grondrechten en subjectieve rechten). In een volgende fase belicht de auteur de zwakke punten van een dergelijke juridische triptiek. Tot slot wordt een nieuw spoor ontwikkeld dat moet toelaten om zowel de huidige rechtspraak te verduidelijken als de bescherming van de sociale grondrechten te (helpen) versterken.

Introduction

Le 3 juillet 2013, le Comité européen des droits sociaux ⁽¹⁾ a rendu une décision importante, qui n'a sans doute pas reçu l'attention qu'elle méritait ⁽²⁾. Le Comité était appelé à se prononcer sur la conformité, au regard de la Charte sociale européenne, des modifications apportées en 2009 et 2010 par la Suède à sa législation relative aux conventions collectives de travail. Ces modifications avaient été entreprises suite au célèbre arrêt *Laval* qui avait vu la Cour de justice de l'Union européenne censurer la législation suédoise au motif de sa contrariété avec le principe de libre prestation des services ⁽³⁾.

Dans sa décision du 3 juillet 2013, le Comité déclare contraires à la Charte sociale européenne les amendements introduits par le législateur suédois sous la contrainte du droit de l'Union européenne. On laisse à d'autres le soin de commenter cette décision qui place la Suède entre le marteau du Comité des droits sociaux et l'enclume de la Cour de justice, ranimant la vision d'une construction européenne biface, déchirée entre l'« Europe sociale » et l'« Europe du marché ». Pour notre part, l'on se contentera d'en épingle un paragraphe qui servira de rampe de lancement à notre réflexion.

Devant le Comité, la Suède plaide que les modifications législatives mises en cause lui sont imposées par le droit de l'Union européenne. Or, poursuit-elle, les actes pris en exécution du droit de l'Union européenne devraient bénéficier d'une présomption de conformité à la Charte sociale européenne dès lors que l'Union européenne elle-même doit être considérée comme offrant à ces droits une protection équivalente à celle assurée par la Charte sociale et le Comité européen des droits sociaux. Inspirée de l'arrêt *Bosphorus* ⁽⁴⁾ de la Cour européenne des droits de l'homme, cette argumentation est balayée du revers de la main par le Comité dans des termes dépourvus d'équivoque :

« [L]e Comité tient tout d'abord à souligner que le droit de la Charte et la législation de l'Union européenne sont deux systèmes juridiques différents, et que les principes, règles et obligations qui forment la seconde ne coïncident pas nécessairement avec le système de valeurs, les principes et les droits consacrés par la première. Rappelant que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de considérer qu'il pouvait y avoir, dans certains cas, une présomption de conformité du droit de l'Union européenne [avec] la Convention européenne des droits de l'homme ('la Convention'), le Comité estime ensuite que les règles, actes normatifs et décisions de justice de l'Union européenne peuvent, dans bien des cas, être également conformes aux prescriptions de la Charte, d'autant plus que les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ont désormais force de loi. Cela étant, ni la place qu'occupent actuellement les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne ni la teneur et le processus

(1) Le Comité européen des droits sociaux a pour mission de contrôler le respect, par les États parties au Conseil de l'Europe, de leurs engagements vis-à-vis de la Charte sociale européenne de 1961, révisée en 1996.

(2) Décision du 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède e.a. c. Suède*, Réclamation n° 85/2012.

(3) C-341/05 *Laval*, 18 décembre 2007, *Rec.*, p. I-11767.

(4) *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98, 30 juin 2005.

d'élaboration de sa législation ne lui 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. Le Comité relève par ailleurs que l'Union européenne n'a pas pris de mesures témoignant de sa volonté d'envisager son adhésion à la Charte sociale européenne en même temps que l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. Aussi le Comité confirme-t-il qu'il observera avec attention les évolutions qui résulteront de la mise en œuvre progressive des réformes du fonctionnement de l'Union européenne résultant de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, y compris la Charte des droits fondamentaux. Il se déclare prêt à modifier son opinion sur une éventuelle présomption de conformité dès que seront présents les indices que la Cour européenne des droits de l'homme a pu voir lorsqu'elle s'est prononcée sur une présomption de conformité du droit de l'Union européenne avec la Convention, indices que le Comité estime absents aujourd'hui en ce qui concerne la Charte sociale européenne. Entretemps, chaque fois qu'il sera confronté à la situation où les États tiennent compte de ou sont contraints par les textes de droit de l'Union européenne, le Comité examinera au cas par cas la mise en œuvre par les États parties des droits garantis par la Charte dans le droit interne. »⁽⁵⁾

On ne peut s'empêcher d'admirer la bravoure du Comité européen des droits sociaux. Dans des termes qui font écho à l'arrêt *Solange I* du Tribunal constitutionnel allemand⁽⁶⁾, le Comité refuse toute complaisance à l'égard de l'Europe des Vingt-Huit⁽⁷⁾, quitte à se brouiller avec le grand frère de Luxembourg.

Sur le fond, l'appréciation par le Comité à l'endroit de l'Union européenne est assurément sévère. Il n'est pas certain qu'elle soit pour autant injustifiée. D'une part, la mauvaise volonté de certains États et les limites assorties à ses compétences empêchent l'Union de se doter d'une législation sociale véritablement ambitieuse, qui ne se satisfasse pas d'une harmonisation minimale⁽⁸⁾. D'autre part, il s'en faut de beaucoup que la Charte sociale européenne et les travaux de son Comité occupent, dans l'ordre juridique de l'Union, la même place que la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁽⁹⁾.

Le Comité ne fait pas pour autant preuve d'un autoritarisme borné. Saluant notamment l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il souligne les avancées de l'Europe sociale et se déclare disposé à revoir son point de vue au fil des progrès engrangés par l'Union. Il promet à cet égard de suivre attentivement les développements auxquels donnera lieu l'application de la Charte des droits fondamentaux.

(5) § 74.

(6) Arrêt du 29 mai 1974 (trad. fr., *R.T.D.E.*, 1975, p. 322).

(7) Sur les différentes attitudes affichées par les acteurs du réseau mondial des droits de l'homme à l'égard de leurs pairs, cf. A. BAILLEUX, « Human Rights in Network », *European Journal of Human Rights*, n° 3, juin 2014, pp. 293-325.

(8) Pour un aperçu de ces compétences depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, cf. K. LÖRCHER, « Social Competences », in N. BRUUN *et al.* (éds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford and Portland, Hart, 2012, pp. 165-234.

(9) Sur la question de l'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne, cf. O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne », 8 juillet 2014, consultable à l'adresse www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/PublicationCSEUEODeSchutterJuly2014_en.pdf (dernière visite le 1^{er} septembre 2014).

Louable, cette dernière affirmation laisse cependant songeur. En passant sous silence les quatre premières années d'application de la Charte, elle fait comme si cette dernière était restée lettre morte depuis son entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Or, même un lecteur intermittent de la jurisprudence de la Cour de justice aura pu mesurer l'incroyable succès de la Charte, mentionnée à ce jour dans plus de trois cents arrêts des juges de Luxembourg.

Face à ce raz-de-marée, on fait l'hypothèse que le mutisme du Comité est à mettre sur le compte d'une certaine perplexité, voire d'un réel malaise. Ce sentiment, il est difficile de ne pas l'éprouver à la lecture de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la Charte des droits fondamentaux. C'est que cette jurisprudence, surtout celle ayant trait aux droits sociaux, ne brille pas par sa clarté. Alternant interprétations frileuses et décisions audacieuses, la Cour hésite, attermoie, peine à gérer le compromis entre conservateurs et progressistes dont la Charte est issue. Il en résulte une impression de grande confusion que la Cour devrait s'efforcer de dissiper si elle espère voir un jour son travail compris et reconnu par le Comité européen des droits sociaux.

Animée de ce souci, cette contribution entreprend d'analyser une partie de la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière de droits sociaux avec l'ambition de participer à sa mise en ordre. Plus précisément, elle s'efforce de clarifier la question de l'« intensité normative » des droits et des principes consacrés dans la Charte à la lumière des quelques arrêts clefs rendus par la Cour de justice sur cette question. Dans une première partie (I), nous verrons qu'analysées au prisme de leur opposabilité, les prérogatives contenues dans la Charte peuvent aujourd'hui être réparties, non pas en deux (droits et principes), mais en trois catégories (principes fondamentaux, droits fondamentaux et droits subjectifs). Il convient d'y insister dès à présent, faire émerger ce triptyque *de lege lata* ne signifie pas que l'on y adhère *de lege ferenda*. C'est ainsi que dans un second temps (II), nous pointerons les limites de cette construction à trois étages et suggérerons une piste susceptible, pensons-nous, tant de clarifier la jurisprudence actuelle que d'œuvrer à une meilleure protection des droits sociaux.

Avant de se mettre à la tâche, il convient d'apporter quelques précisions d'ordre méthodologique. Dans le cadre de cette contribution, la notion d'invocabilité est utilisée pour désigner l'aptitude d'une norme de droit objectif à être invoquée par un particulier devant un organe juridictionnel et, le cas échéant, à servir de fondement autonome à la décision rendue par cet organe. En ce sens, cette notion se rapproche fortement de celle d'opposabilité, à laquelle on aura également recours. Pour désigner cette même qualité de la norme, on utilisera encore le terme d'effet direct, qui doit être entendu ici en son sens large⁽¹⁰⁾. S'inspirant d'une certaine vulgate doctrinale, cet effet direct (cette invocabilité ou cette opposabilité) sera qualifié de « vertical » pour désigner la capacité d'une norme à être opposée à une autorité publique et d'« horizontal » pour désigner l'aptitude de cette même norme à être invoquée dans le cadre d'un litige entre particuliers. Une fois encore, on signalera qu'utiliser cette distinction, ce n'est pas l'adopter. Les développements qui suivent devraient tout au contraire nous permettre d'en démontrer le caractère insatisfaisant.

(10) Sur cette notion et la distinction entre effet direct au sens strict et au sens large, cf. I. HACHEZ, « La pertinence de l'exigence d'applicabilité directe selon le type de contentieux », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 173-86, ici p. 179.

I. Une opposabilité à trois niveaux

Il ressort d'une lecture combinée des articles 51, § 1^{er}, et 52, § 5, de la Charte, que celle-ci contient à la fois des « droits » et des « principes ». En vertu de la première de ces dispositions, l'Union européenne et les États (lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union) « respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités ». Quant à l'article 52, § 5, il prévoit que « les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

Il n'est plus grand monde pour ignorer que ce distinguo entre droits et principes est le fruit d'un laborieux compromis entre ceux qui souhaitaient voir figurer des droits économiques et sociaux dans la Charte et ceux qui craignaient qu'une telle consécration fasse naître de nouvelles obligations positives à charge des États et accroisse encore les compétences du législateur et du juge de l'Union européenne⁽¹¹⁾. Un tel compromis ne pouvait évidemment réussir sans laisser dans l'ombre deux questions importantes, à savoir celles de l'identification desdits principes et du régime juridique qui leur est associé.

On aurait pu s'attendre à ce que rapidement après l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour de justice s'emploie à clarifier les termes de cette *summa divisio* entre droits et principes. Il n'en a rien été. Disons-le tout net : sans doute en raison de dissensions internes, la Cour s'est jusqu'ici abstenue de poser les jalons d'une théorie générale des droits et principes fondamentaux. Pis encore, la Cour a contribué à épaissir encore le brouillard en parsemant ses arrêts de références aux « principes généraux du droit »⁽¹²⁾, aux « principes essentiels du droit social »⁽¹³⁾ et aux « principe[s] du droit social de l'Union européenne revêtant une importance particulière »⁽¹⁴⁾, sans s'expliquer sur les contours de ces notions et sur les rapports qu'elles entretiennent avec les catégories introduites par la Charte⁽¹⁵⁾.

Ce fouillis conceptuel voue à l'échec toute tentative de mise en ordre qui prendrait pour point de départ les catégories utilisées par la Cour. Dès lors, si l'on ne peut partir des concepts pour découvrir le régime juridique qu'y attache la Cour, on n'a d'autre choix que d'emprunter le chemin inverse : décortiquer les effets juridiques attachés par la Cour à telle ou telle prérogative inscrite dans la Charte pour mettre au jour – et, le cas échéant, critiquer – la classification qui se cache derrière sa jurisprudence.

(11) Cf. C. LADENBURGER, « Fundamental Rights and Citizenship of the Union », in G. AMATO *et al.* (éds.), *Génèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 311-364, spéc. pp. 331-334.

(12) Cf. p. ex. C-555/07 *Kücükdeveci*, 19 janvier 2010, *Rec.*, p. I-365.

(13) Cf. C-118/13 *Bollacke*, 12 juin 2014, non encore publié au Recueil.

(14) Cf. p. ex. C-229/11 *Heimann*, 8 novembre 2012, non encore publié au Recueil.

(15) Pour une tentative louable de clarification, cf. S. ROBIN-OLIVIER, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux à la protection des droits sociaux dans l'Union européenne : un premier bilan après Lisbonne », *Journal européen des droits de l'homme*, 2013/1, pp. 109-134.

Cette entreprise nous conduit à identifier non pas deux, mais trois catégories de « droits » inscrits dans la Charte : les droits subjectifs (A), les droits fondamentaux (B) et les principes fondamentaux (C). Nous les détaillerons par ordre décroissant d'« opposabilité », car c'est également dans cet ordre qu'elles sont apparues dans la jurisprudence de la Cour de justice.

A. *Opposabilité verticale et horizontale – Les droits subjectifs*

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que certains « droits fondamentaux » (au sens le plus large du terme) jouissent d'une opposabilité tant verticale qu'horizontale.

Ce sont d'une part certaines des libertés de circulation inscrites dans les traités. La Cour a rapidement considéré que ces « libertés fondamentales » étaient directement invocables à l'encontre des autorités publiques (effet direct vertical). Elle a ensuite progressivement reconnu que la liberté d'établissement⁽¹⁶⁾, la libre circulation des travailleurs⁽¹⁷⁾ et la libre prestation des services⁽¹⁸⁾ pouvaient également être opposées à des entités privées⁽¹⁹⁾. On objectera sans doute – non sans raison – que ces libertés ne constituent pas de véritables droits fondamentaux, dans la mesure où leur protection constitue davantage un moyen en vue de la réalisation d'un objectif qui leur est extérieur (la réalisation du marché unique) qu'une fin en soi. Force est toutefois d'observer que ces prérogatives sont inscrites à l'article 15, § 2, de la Charte des droits fondamentaux, qui dispose que « tout citoyen de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre ».

Le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes est l'autre bénéficiaire « historique » de cette applicabilité tous azimuts. Si son opposabilité aux États n'a jamais posé problème, c'est le célèbre arrêt *Defrenne II*⁽²⁰⁾ – concernant l'égalité de rémunérations entre les hôtesses de l'air et leurs collègues masculins à la Sabena – qui en a consacré l'effet direct horizontal. La Cour y juge qu'en dépit du mandat qu'il confie au législateur communautaire, l'(ex-)article 119 du traité CEE contient au moins un principe général d'interdiction des discriminations directes, lequel « est susceptible d'application directe et peut donc engendrer, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions doivent sauvegarder » (pt 24). La Cour note à cet égard que ce principe concerne notamment « le cas d'une rémunération inégale de travailleurs masculins et de travailleurs féminins pour un même travail, accompli

(16) C-309/99 *Wouters*, 19 février 2002, *Rec.*, p. I-1577, pt 120 ; C-438/05 *Viking*, 11 décembre 2007, *Rec.*, p. I-10779, pt 33.

(17) Aff. 36/74 *Walrave et Koch*, 12 décembre 1974, *Rec.*, p. 1405, pt 17 ; C-415/93 *Bosman*, 15 décembre 1995, *Rec.*, p. I-4921, pt 82 ; C-281/98 *Angonese*, 6 juin 2000, *Rec.*, p. I-4139, pt 31.

(18) Aff. 36/74 *Walrave et Koch*, 12 décembre 1974, *Rec.*, p. 1405, pt 17 ; C-51/96 et C-191/97 *Deliège*, 11 avril 2000, *Rec.*, p. I-2549, pt 47 ; C-341/05 *Laval*, 18 décembre 2007, *Rec.*, p. I-11767, pt 98.

(19) Pour une timide ouverture à l'invocabilité directe horizontale de la libre circulation des marchandises, voy. C-171/11 *Fra.bo*, 12 juillet 2012, non encore publié au Recueil. Sur cette question (traitée avant le prononcé de l'arrêt *Fra.bo* précité), cf. C. KRENN, « A Missing Piece in the Horizontal Effet Jigsaw: Horizontal Direct Effect and the Free Movement of Goods », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, pp. 177-216.

(20) Aff. 43/75 *Defrenne c. Sabena*, 8 avril 1976, *Rec.*, p. 455.

dans un même établissement ou service, *privé ou public* » (pt 22 – nous soulignons). Soucieuse d'enfoncer le clou, la Cour précise encore que « l'article 119 ayant un caractère impératif, la prohibition de discriminations entre travailleurs [...] s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, *ainsi qu'aux contrats entre particuliers* » (pt 39).

Cette jurisprudence a été récemment étendue à l'interdiction de discriminations fondées sur l'âge, que la Cour a élevée au rang de principe général du droit de l'Union dans son célèbre arrêt *Mangold*⁽²¹⁾, qui opposait un travailleur de 56 ans à son employeur à propos de la durée déterminée de son contrat de travail. L'employeur se prévalait de la législation allemande qui, afin de favoriser la mise à l'emploi des travailleurs âgés, acceptait sans restriction l'embauche de ces derniers sous contrat à durée déterminée. M. Mangold contestait pour sa part la compatibilité de cette réglementation avec le droit européen. La Cour a donné raison à M. Mangold. Dans son arrêt, confirmé quelques années plus tard dans l'affaire *Kücükdeveci*⁽²²⁾, elle a reconnu aux particuliers le droit de se prévaloir du principe général de non-discrimination sur la base de l'âge pour faire obstacle, dans un litige entre personnes privées, à l'application d'une mesure nationale contraire à ce principe⁽²³⁾. La Cour a ainsi conféré au principe de non-discrimination en fonction de l'âge une « invocabilité d'éviction »⁽²⁴⁾. Elle ne s'est en revanche pas encore prononcée sur son « invocabilité de substitution », qui consisterait, comme dans l'arrêt *Defrenne* précité, à imposer directement des obligations à des particuliers sur le fondement unique de la Charte.

Cette extension jurisprudentielle a suscité la controverse pour au moins trois raisons⁽²⁵⁾. Premièrement, contrairement aux libertés de circulation et au principe d'égalité de rémunérations entre hommes et femmes, le principe de non-discrimination sur la base de l'âge ne trouvait aucune assise dans les traités lorsqu'il a été consacré par la Cour. Certains ont donc critiqué cette dernière pour avoir créé de toutes pièces un nouveau principe général, sorte d'ectoplasme miniature du principe général d'égalité et de non-discrimination⁽²⁶⁾. Ensuite, à la différence des libertés de circulation et du principe d'égalité de rémunérations entre hommes et femmes, les principes généraux du droit de l'Union – à l'instar des droits consacrés par la Charte des droits fondamentaux – ne s'appliquent aux États membres que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union. D'aucuns ont reproché à la Cour d'avoir retenu une conception

(21) C-144/04 *Mangold*, 22 novembre 2005, *Rec.*, p. I-9981.

(22) C-555/07 *Kücükdeveci*, 19 janvier 2010, *Rec.*, p. I-365.

(23) La Cour a jugé que ces cas de figure rentraient dans le champ d'application du droit de l'Union dès lors que la législation nationale visait à transposer la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*Mangold*) ou que cette législation concernait une matière visée par cette directive (*Kücükdeveci*). Sur ce point, voy. *infra*.

(24) Cf. en ce sens A. SEIFERT, « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *R.T.D.E.*, 2012, pp. 801-826, ici p. 820.

(25) On ajoutera que ce principe de non-discrimination en fonction de l'âge a également été considéré comme opposable aux conventions collectives de travail élaborées par les partenaires sociaux : cf. C-287 et C-298/10 *Hennigs*, 8 septembre 2011, *Rec.*, p. I-7965, pt 67 ; C-447/09 *Prigge*, 13 septembre 2011, *Rec.*, p. I-8003, pt 47. Il en va de même pour le principe général de non-discrimination : cf. C-172/11 *Erny*, 28 juin 2012, non encore publié au Recueil, pt 50.

(26) Cf. p. ex. les conclusions de l'Avocat général Jan Mazak présentées le 15 février 2007 dans l'affaire C-411/05 *Palacios de la Villa*, *Rec.*, p. I-8535, pts 87-97.

très large de ce « champ d'application » en considérant qu'en relevaient des mesures nationales (1) mettant en œuvre une directive dont le délai de transposition n'avait pas encore expiré (*Mangold*) et (2) régissant la même matière qu'une directive, sans pour autant chercher à transposer cette dernière (*Kücükdeveci*)⁽²⁷⁾. Enfin, le principe de non-discrimination sur la base de l'âge se trouve explicitement consacré dans la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, laquelle était au moins partiellement applicable aux cas de l'espèce. De nombreux observateurs en ont conclu que les arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci* aboutissaient à remettre en cause une jurisprudence bien établie relative à l'absence d'effet direct horizontal des directives⁽²⁸⁾, voire même la hiérarchie des normes⁽²⁹⁾. Cette conclusion s'enracine principalement dans la formulation ambiguë de l'arrêt *Kücükdeveci*, qui parle du principe de non-discrimination en fonction de l'âge « tel que concrétisé par la directive 2000/78 » (pt 51).

Remettons à plus tard l'examen de cette dernière critique pour observer d'emblée que la Cour a rapidement été amenée à se prononcer sur l'applicabilité de cette jurisprudence à d'autres droits (sociaux) fondamentaux. C'est arrivé une première fois dans l'affaire *Dominguez*, qui concernait l'applicabilité directe horizontale du droit au congé annuel payé, lequel droit est consacré à l'article 31, § 2, de la Charte, et détaillé à l'article 7 de la directive 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Dans son arrêt, la Cour a prudemment esquivé la question, s'abstenant d'invoquer la Charte et se contentant de rappeler qu'une directive « ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre »⁽³⁰⁾.

Deux ans plus tard, la Cour s'est résolue à éclaircir (quelque peu) sa position dans un arrêt *Association de médiation sociale* (ci-après, *AMS*) portant – notamment – sur l'effet direct horizontal du droit à l'information et à la consultation des travailleurs reconnu à l'article 27 de la Charte et mis en œuvre par la directive 2002/14 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne⁽³¹⁾. À l'origine de cet arrêt se trouve un litige opposant des organisations syndicales à une association française de droit privé qui refusait la désignation d'un représentant syndical au motif que ses effectifs étaient inférieurs aux seuils fixés par le code français du travail pour l'élection d'un délégué du personnel et la désignation d'un représentant syndical. Ce faisant, l'association se prévalait d'une disposition du Code du travail qui exclut du calcul des effectifs de l'entreprise les travailleurs titulaires de contrats aidés (contrats d'accompagnement, etc.). S'appuyant notamment sur l'arrêt

(27) Cf. M. DOUGAN, « In Defence of *Mangold*? », in A. ARNULL et al. (éds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, Hart, 2011, pp. 219-244. *Contra*, L. PECH, « Between Judicial Minimalism and Avoidance: The Court of Justice's Sidestepping of Fundamental Constitutional Issues in *Römer* and *Dominguez* », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, pp. 1841-1880, spéc. p. 1868.

(28) Cf. E. DUBOUT, « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le bateau ivre a-t-il sombré ? », *R.T.D.E.*, 2010, pp. 277-291.

(29) Cf. les conclusions présentées le 8 septembre 2011 par l'Avocat général Trstenjak dans l'affaire C-282/10 *Dominguez*, 24 janvier 2012, non encore publiée au Recueil, pts 154-157.

(30) C-287/10 *Maribel Dominguez*, 24 janvier 2012, non encore publié au Recueil, pt 37.

(31) C-176/12 *Association de médiation sociale*, 15 janvier 2014, non encore publié au Recueil.

CGT du 18 janvier 2007⁽³²⁾, les organisations syndicales contestaient la compatibilité de cette disposition avec la directive 2002/14 et avec l'article 27 de la Charte.

Dans son arrêt, la Cour refuse d'étendre à l'article 27 de la Charte la solution qu'elle a forgée pour le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge. Pour justifier ce refus, elle observe que la norme applicable au cas de l'espèce (établie à l'article 3 de la directive 2002/14) « ne saurait être déduite, en tant que règle de droit directement applicable, ni du libellé de l'article 27 de la Charte ni des explications relatives audit article » (pt 46). À l'inverse, poursuit la Cour, « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge [...] consacré à l'article 21, paragraphe 1, de la Charte, se suffit à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel » (pt 47 – nous soulignons).

Le raisonnement de la Cour est intéressant à un double titre.

D'une part, il tord définitivement le cou à l'idée selon laquelle les arrêts *Mangold* et – surtout – *Kücükdeveci* auraient mis à mal le principe d'absence d'effet direct horizontal des directives en reconnaissant un tel effet aux directives qui concrétisent des droits fondamentaux ou des principes généraux du droit. Cette lecture était déjà difficilement défendable à la lecture des conclusions de l'Avocat général Tizzano dans l'affaire *Mangold*. Ce dernier présente à la Cour une alternative – appliquer soit le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, soit la directive 2000/78 – et conclut que « le recours au principe d'égalité [...] serait peut-être préférable, étant donné que précisément en tant que principe général du droit communautaire impliquant une obligation précise et inconditionnelle, il déploie ses effets sur tous les associés et, à la différence de la directive, pourrait être invoqué directement par M. Mangold à l'encontre de l'avocat Helm » (pt 84 – nous soulignons).

La position de l'Avocat général Bot dans l'affaire *Kücükdeveci* est certes un peu plus ambiguë, dès lors qu'il plaide expressément pour l'invocabilité directe horizontale de la directive 2000/78. Cependant, l'avocat général justifie sa position par le fait que l'entrée en vigueur de cette directive ne saurait avoir pour effet d'affecter la portée du principe général de non-discrimination sur la base de l'âge, lequel jouit de l'effet direct horizontal (pt 87 des conclusions). En d'autres termes, l'avocat général estime nécessaire d'aligner l'opposabilité de la directive sur celle du principe général qu'elle exprime, sous peine de diminuer le niveau de protection accordé audit principe.

Que ce malentendu soit fondé ou non, la Cour entreprend de le dissiper une première fois dans l'affaire *Dominguez* précitée, où elle réaffirme sa jurisprudence orthodoxe et refuse d'accorder un effet direct horizontal à la directive 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Enfin, l'arrêt *AMS* lui permet de lever les dernières ambiguïtés à ce propos : il y apparaît clairement que ce n'est pas la directive 2000/78 qui est dotée d'un effet direct horizontal, mais bien le principe

(32) C-385/05, *Rec.*, p. I-611. Cet arrêt met quant à lui en scène un litige « vertical », opposant la CGT à l'État français à propos de l'exclusion temporaire des travailleurs de moins de 26 ans du calcul des effectifs des entreprises. La Cour a donné raison à la CGT, estimant qu'une telle réglementation « a pour conséquence de soustraire certains employeurs aux obligations prévues à la directive 2002/14 et de priver leurs travailleurs des droits reconnus par ladite directive, est de nature à vider lesdits droits de leur substance et ôte ainsi à ladite directive son effet utile » (pt 38).

d'égalité et de non-discrimination sur la base de l'âge, dans la mesure où ce dernier « se suffit à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel ». Comme si ce n'était pas encore assez clair, la Cour poursuit en rejetant l'idée selon laquelle un effet direct horizontal pourrait surgir de la combinaison d'un droit fondamental et d'une directive qui le met en œuvre. Après avoir constaté que l'article 27 de la Charte (droit à l'information et à la consultation des travailleurs) est dépourvu d'un tel effet, la Cour déclare que « [c]ette constatation n'est pas susceptible d'être infirmée par la combinaison de l'article 27 de la Charte avec les dispositions de la directive 2002/14, étant donné que, dans la mesure où cet article ne se suffit pas à lui-même, pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel, il ne saurait en être autrement dans le cas d'une telle combinaison » (pt 49). Dont acte.

D'autre part, il est intéressant d'observer que les juges de Luxembourg utilisent le terme de « droit subjectif » (*subjectief recht* dans la version néerlandaise, *subjektives Recht* dans la version allemande, *derecho subjetivo* dans la version espagnole), une notion centrale du droit de tradition romano-germanique mais inconnue des pays de *Common law* (de manière significative, ce concept est traduit par *individual right* dans la version anglaise de l'arrêt).

Peu de concepts juridiques ont donné lieu à autant de controverses que celui de droit subjectif⁽³³⁾. Faute de définition communément acceptée, il est difficile de cerner précisément ce que les juges de Luxembourg entendent exprimer lorsqu'ils considèrent qu'à l'inverse du droit à l'information et à la consultation des travailleurs, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge confère un droit *subjectif* invocable en tant que tel par les particuliers. Ce flou conceptuel ne signifie pas pour autant que cette expression soit vide de sens. D'une part, il semble que le concept de droit subjectif renvoie avant tout à la sphère du droit privé. Il évoque plus particulièrement un litige entre un créancier et un débiteur porté devant le juge judiciaire. D'autre part, ce concept implique un intérêt propre dans le chef du créancier et l'absence de pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans le chef du débiteur : celui-ci doit s'exécuter lorsque son créancier le requiert⁽³⁴⁾.

Ces deux caractéristiques lestent d'un poids particulier l'expression utilisée par la Cour dans l'affaire *AMS*. Que ce soit ou non de propos délibéré, la Cour fait ici naître l'impression que la présence d'un droit subjectif serait le critère permettant de différencier les prérogatives dotées d'une invocabilité horizontale des autres prérogatives. Plus précisément, l'arrêt *AMS* laisse entendre qu'il y aurait, parmi les droits reconnus par la Charte, une catégorie particulière de droits fondamentaux – des droits « subjectifs » – qui peuvent être invoqués dans des litiges entre particuliers.

Reconnaissons que cette interprétation de l'arrêt *AMS* n'est pas la seule possible. Après tout, la Cour a déjà utilisé la notion de droit subjectif dans des contextes très

(33) Pour une synthèse de ces controverses, cf. T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, spéc. pp. 27-103.

(34) Ces deux caractéristiques (intérêt personnel du créancier et absence de pouvoir d'appréciation dans le chef du débiteur) se retrouvent notamment dans la définition du droit subjectif proposée par l'Avocat général Velu et largement acceptée en droit belge (J. VELU, « Le partage des attributions entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État », *A.P.T.*, 1987, spéc. pp. 305-308).

différents, notamment pour caractériser un droit doté d'un effet direct *vertical*⁽³⁵⁾. On pourrait dès lors faire l'hypothèse que, dans l'arrêt *AMS*, la Cour fait usage du critère du droit subjectif non pas pour caractériser un droit doté d'un effet direct horizontal, mais bien pour désigner toute prérogative dotée d'un effet direct quelconque (vertical et/ou horizontal), par opposition à celles qui en sont dépourvues. Selon cette lecture, la Cour aurait implicitement qualifié de « principe » le droit à l'information et à la consultation des travailleurs. Cette interprétation présente cependant une faiblesse de taille. Le raisonnement qu'elle attribue à la Cour a pour effet de reconnaître un effet direct horizontal (au moins d'éviction) à tous les « droits » (par opposition aux « principes ») consacrés dans la Charte. Si elle nous semble parfaitement fondée *de lege ferenda* (cf. *infra*, II), force est toutefois d'observer que cette solution ne cadre pas avec la jurisprudence actuelle de la Cour, laquelle n'a jamais conféré d'effet direct horizontal (fût-il d'éviction) aux droits fondamentaux – à l'exception des principes de non-discrimination susmentionnés. Elle nous semble du reste contredite par l'arrêt *Dominguez*, dans lequel la Cour omet d'octroyer une invocabilité d'éviction au droit au congé annuel (dont il semble difficile de nier la qualité de « droit »).

Certes, rien ne dit que la Cour confirmera l'improbable *distinguo* entre droits fondamentaux et droits subjectifs. Mais quelle que soit l'étiquette que l'on y appose, il semble aujourd'hui certain qu'il existe, dans la pharmacopée de la Cour, un flacon contenant des prérogatives dotées d'un effet tant vertical qu'horizontal, qui se distingue d'un autre flacon, comprenant des prérogatives dotées d'une seule opposabilité verticale.

Il nous reste à formuler une dernière précision. Certains avocats généraux ont défendu l'idée selon laquelle les droits consacrés dans la Charte ne pouvaient en aucun cas jouir d'un effet direct horizontal dès lors qu'en vertu de son article 51, cette Charte ne s'applique qu'à l'Union et à ses États membres – en aucun cas à des particuliers⁽³⁶⁾. Il s'en déduirait que dans ses arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci*, la Cour aurait accordé un effet direct horizontal (partiel) non pas à l'article 21 de la Charte (qui reconnaît le droit à la non-discrimination), mais au *principe général* de non-discrimination en fonction de l'âge. Pour surprenante qu'elle puisse paraître, cette interprétation peut s'autoriser des termes mêmes des arrêts précités, qui ne citent ni l'un ni l'autre la Charte des droits fondamentaux, se référant exclusivement à la catégorie des principes généraux. On observera toutefois que cette absence de référence s'explique sans doute surtout par le fait que la Charte n'était pas encore entrée en vigueur lorsque la Cour se prononça dans l'arrêt *Mangold* et qu'elle avait accédé à la positivité juridique depuis moins de deux mois lorsque fut rendu l'arrêt *Kücükdeveci*⁽³⁷⁾.

Sans même questionner le bien-fondé d'une telle solution consistant à appliquer deux régimes d'opposabilité différents aux mêmes droits fondamentaux⁽³⁸⁾, il convient de

(35) Cf. p. ex. C-540/03 *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, *Rec.*, p. I-5809.

(36) Cf. e.a. les conclusions présentées par l'Avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez* précitée, pt 83. *Contra*, les conclusions présentées par l'Avocat général Cruz Villalon dans l'affaire *AMS* précitée, pts 29-32.

(37) En ce qui concerne l'arrêt *Mangold*, cette interprétation semble confirmée par K. LENAERTS et J. GUTIÉRREZ-FONS, « The Role of General Principles of EU Law », in A. ARNULL *et al.* (éds.), *op. cit.*, pp. 179-197, spéc. p. 184.

(38) Pour une critique d'une telle « *two-track approach* », cf. M. DE MOL, « Case note on *Dominguez* », *European Constitutional Law Review*, 2012, vol. 8, pp. 280-303, spéc. p. 296.

noter qu'elle semble avoir été écartée par la Cour dans l'arrêt *AMS*. La Cour y déclare que c'est bien « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge [...] consacré à l'article 21, paragraphe 1, de la Charte » (nous soulignons) qui « se suffit à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel »⁽³⁹⁾.

B. *Opposabilité verticale mais pas horizontale – Les droits fondamentaux*

À la différence des « principes » qui occupent le troisième étage de notre pyramide (voy. *infra*), les droits contenus dans la Charte jouissent incontestablement d'un effet direct vertical. Cette affirmation repose sur l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, qui déclare que l'Union et ses États membres (lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union) « respectent les droits » qui y sont consacrés. Elle est du reste corroborée par l'article 52, § 1^{er}, qui organise strictement les restrictions susceptibles d'être apportées auxdits droits. Enfin, la Cour de justice a, à plusieurs reprises, censuré des actes de l'Union⁽⁴⁰⁾ et des mesures nationales⁽⁴¹⁾ jugées contraires aux droits fondamentaux.

En revanche, à l'exception de ceux qui « se suffisent à eux-mêmes pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel », ces droits fondamentaux ne sont pas opposables aux particuliers. C'est ce qui ressort déjà implicitement de l'arrêt *Dominguez* relatif au droit au congé annuel, et qui est confirmé dans les termes les plus clairs dans l'arrêt *AMS* concernant le droit à la participation et à la consultation des travailleurs.

On se trouve ici face à une catégorie intermédiaire, située entre celle des « droits subjectifs » et celle des « principes fondamentaux ». Une catégorie qui semble également *résiduaire*, bornée vers le bas par la Charte – qui semble reconnaître un effet direct vertical à toutes les prérogatives qui ne ressortissent pas à la catégorie des principes – et vers le haut par la jurisprudence de la Cour – qui limite à l'heure actuelle l'effet direct horizontal aux rares cas considérés ci-dessus.

Par-delà cette approche par la négative, il semble délicat de définir de façon positive le contenu de cette catégorie. Cette difficulté de qualifier le gris autrement qu'en le distinguant du noir et du blanc se retrouve sous la plume de l'Avocat général Trstenjak dans ses conclusions précédant l'arrêt *Dominguez*. L'avocat général commence par considérer que « la classification du droit des travailleurs au congé annuel payé, reconnu par l'article 31, paragraphe 2, de la Charte en tant que droit social fondamental, ne pose aucune difficulté particulière » (pt 75). Elle distingue ce droit de la catégorie des « principes », lesquels « ne fondent aucun droit subjectif direct, mais *requièrent au contraire des précisions* de la part des destinataires de la charte » (pt 76 – nous soulignons). Sans craindre de se contredire, l'avocat général

(39) Dans le même sens, cf. E. BRIBOSIA et T. BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en fonction de l'âge: du principe, de l'exception et de quelques hésitations », *R.T.D.E.*, 2011, pp. 41-84.

(40) Cf. p. ex. C-402/05 *Kadi et Al Barakat International Foundation c. Conseil et Commission*, 3 septembre 2008, *Rec.*, p. I-6351 ; C-92 et C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR*, 9 novembre 2010, *Rec.*, p. I-11063 ; C-236/09 *Test-Achat*, 1^{er} mars 2011, *Rec.*, p. I-773 ; C-355/10 *Parlement c. Conseil et Commission*, 5 septembre 2012, non encore publié au Recueil ; C-293 et C-594/12 *Digital Rights Ireland et Seitlinger*, 8 avril 2014, non encore publié au Recueil.

(41) Cf. p. ex. C-411/10 *N.S.*, 21 décembre 2011, non encore publié au Recueil.

considère ensuite qu'en tout état de cause, les « droits sociaux [tels que le droit au congé annuel payé] [...] appellent souvent des précisions, notamment parce que les dépenses qu'ils représentent peuvent en réalité subordonner la réalisation de ces droits aux possibilités économiques effectives de l'État » (pt 78 – nous soulignons). Ajoutant encore à la confusion, l'avocat général dénie ensuite au droit au congé annuel payé tout effet direct horizontal au motif que « l'article 31 de la Charte, en tant que droit fondamental de protection, implique précisément l'adoption de règles d'application » (pt 82 – nous soulignons), avant de lui reconnaître « un *minimum de précision* normative » (pt 113 – nous soulignons) et, dès lors, la qualité de principe général de droit.

À suivre l'avocat général, le droit au congé annuel se distinguerait à la fois des « principes fondamentaux » – lesquels ne jouissent pas de l'effet direct vertical – en ce qu'il fonderait un droit subjectif direct et ne requerrait pas de précisions de la part des destinataires de la Charte et de ce que la Cour a appelé (plus tard) les « droits subjectifs » – lesquels bénéficient de l'effet direct horizontal – au motif qu'il impliquerait l'adoption de règles d'application. Par où l'on revient à une définition négative : ni parfaitement clair, ni totalement vague ; ni opposable *erga omnes*, ni juridiquement impotent ; ni droit subjectif, ni simple principe.

C. Absence d'opposabilité – Les principes fondamentaux

La Cour a longtemps évité de se prononcer sur le régime juridique applicable aux « principes » mentionnés aux articles 51, § 2, et 52, § 5, de la Charte. Plus de quatre ans après l'entrée en vigueur de la Charte, elle s'est enfin résolue à faire application de cette catégorie dans l'arrêt *Glatzel*⁽⁴²⁾. La prudence commande toutefois de souligner qu'à la différence des arrêts *Mangold*, *Kücükdeveci*, *Dominguez* et *AMS*, l'arrêt *Glatzel* n'a pas été rendu en formation de grande chambre. On ne peut donc affirmer avec certitude que la position exprimée par la Cour dans cet arrêt reflète le point de vue de la majorité de ses membres. Pour faire bonne mesure, on notera cependant que le juge rapporteur dans cette affaire n'était autre qu'Allan Rosas, un des membres les plus expérimentés et les plus éminents de la Cour.

Il n'est pas question ici de mener une analyse complète de l'affaire *Glatzel*. On se limitera à observer que celle-ci portait sur la validité d'une annexe de la directive 2006/126 relative au permis de conduire au regard d'une série de dispositions de la Charte, dont son article 26. En vertu de ce dernier, « [l']Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté ». Cette question intervenait dans le cadre d'un litige relatif au refus de l'administration allemande d'octroyer à M. Glatzel un permis de conduire au motif que l'acuité visuelle d'un de ses yeux ne satisfaisait pas aux conditions fixées à l'annexe III, point 6.4, de la directive 2006/126.

La Cour consacre cinq paragraphes de son arrêt à l'examen de la conformité de l'annexe contestée avec l'article 26 de la Charte. D'emblée, elle qualifie de « principe »

(42) C-356/12 *Glatzel*, 22 mai 2014, non encore publié au Recueil.

l'intégration des personnes handicapées, et se réfère à l'article 52, § 5, de la Charte pour en dégager le régime juridique. La Cour ne justifie pas cette qualification, si ce n'est par une référence laconique et indirecte aux explications portant sur les articles 26 et 52, § 5, de la Charte, qui rangent résolument l'intégration des personnes handicapées dans la catégorie des « principes ». Ce faisant, la Cour fait preuve d'un zèle remarquable à l'endroit des articles 6, § 1^{er}, du TUE, et 52, § 7, de la Charte qui l'enjoignent à « prendre dûment en considération » lesdites explications dans l'interprétation et l'application de la Charte.

La Cour observe ensuite qu'en vertu de l'article 52, § 5, de la Charte, seuls les actes qui mettent en œuvre l'article 26 de la Charte peuvent voir leur validité contrôlée au regard du principe d'intégration des handicapés. Elle observe que cette condition est remplie *in casu*. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour note qu'aux termes du considérant 14 de la directive, « il convient d'arrêter des dispositions spécifiques pour favoriser l'accès des personnes physiquement handicapées à la conduite des véhicules ». Elle constate par ailleurs que l'article 5, § 2, de la directive 2006/126 « fait allusion aux conditions de délivrance d'un permis de conduire aux conducteurs affectés d'un handicap physique ». Il y a là manifestement une interprétation très extensive de la notion de « mise en œuvre » utilisée à l'article 52, § 5, de la Charte.

Cette audace interprétative n'est toutefois pas suivie d'effet. Après avoir conclu que la directive 2006/126 tombe dans l'orbite de l'article 26 de la Charte, la Cour note que « le principe consacré à cet article n'implique pas, en revanche, que le législateur de l'Union soit tenu d'adopter telle ou telle mesure particulière. En effet, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être concrétisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national. Par conséquent, ledit article ne saurait, en lui-même, conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel » (pt 78). La Cour conclut à l'absence de violation de l'article 26.

La Cour subordonne ainsi le contrôle de conformité à un principe à la présence de trois normes de niveau distinct : (1) le principe inscrit dans la Charte lui-même ; (2) des dispositions du droit de l'Union ou du droit national concrétisant ledit principe ; et (3) l'acte national ou européen mis en cause, lequel doit « mettre en œuvre » le principe en question. Ce faisant, la Cour considère que ce n'est que lorsqu'ils sont combinés à un acte de « niveau (2) » que les principes peuvent faire office de norme de contrôle. Seuls, en revanche, ils sont dénués de tout effet direct.

Ce raisonnement s'écarte manifestement de la lettre de l'article 52, § 5, de la Charte, qui ne fait référence qu'à deux niveaux de normes : le principe d'une part (la norme de contrôle) et l'acte de droit dérivé ou de droit national qui le met en œuvre d'autre part (la norme contrôlée).

Selon toute vraisemblance, la solution retenue par la Cour s'inspire du raisonnement proposé par l'Avocat général Cruz Villalon dans l'affaire *AMS*. Après avoir classé le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au rang des principes, ce dernier affirme qu'il « saute aux yeux », à la lecture de l'article 52, § 5, de la Charte, que les principes contenus dans celle-ci ne peuvent servir de norme de contrôle qu'une fois affinis par des « actes de concrétisation essentielle et directe » (pt 68).

Le problème, poursuit l'avocat général, c'est que ces actes de concrétisation ne peuvent en même temps être les actes de mise en œuvre qui, en vertu de l'article 52, § 5, de la Charte, peuvent être contrôlés à l'aune des principes. Aboutir à une autre conclusion reviendrait à s'enfermer dans un « cercle vicieux » : dans une telle hypothèse en effet, « [c]es actes normatifs d'application devraient être contrôlés à l'aune d'un principe dont le contenu [...] est justement celui qu'il reçoit de ces actes normatifs d'application » (pt 69).

L'avocat général en déduit que « le domaine des actes dont l'interprétation et le contrôle sont permis par la deuxième phrase de l'article 52, paragraphe 5, de la Charte est différent et plus étendu que celui des actes de concrétisation normative. Concrètement, ce sont tous les actes de mise en œuvre qui vont au-delà de la concrétisation essentielle et immédiate du 'principe' qui pourront être invoqués devant les tribunaux, avec les autres actes d'application » (pt 70).

Dans son arrêt *Glatzel*, la Cour s'aligne sur cette approche en deux temps : elle reconnaît d'abord que la directive 2006/126 constitue une mesure de « mise en œuvre » au sens de l'article 52, § 5, de la Charte, mais conclut ensuite à l'absence de concrétisation du principe invoqué.

Ce raisonnement appelle trois observations.

Premièrement, on est frappé par la faiblesse du lien qui unit la directive 2006/126 au principe qu'elle est censée « mettre en œuvre ». Pas la moindre disposition de celle-ci – et certainement pas la disposition de l'annexe mise en cause – ne s'attache à favoriser l'intégration des handicapés. Tout juste cette directive évoque-t-elle la nécessité d'adopter d'autres dispositions susceptibles de favoriser l'accès des personnes handicapées au permis de conduire, sans même se référer à la Charte. Il est difficile de ne pas faire le rapprochement entre cette interprétation audacieuse et la lecture non moins généreuse que fait la Cour de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte lorsqu'il prévoit que celle-ci ne lie les États membres que lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union ». Selon la Cour, il se déduit de cette disposition que toutes les mesures nationales tombant dans « le champ d'application du droit de l'Union » peuvent être contrôlées au regard de la Charte⁽⁴³⁾. Forte de cette interprétation, la Cour a parfois étendu l'application de la Charte à des mesures nationales qui ne partageaient avec le droit de l'Union qu'un lien très ténu⁽⁴⁴⁾.

Si cette lecture extensive de l'article 51, § 1^{er}, s'est attirée certaines critiques, il y a fort à parier qu'il en ira de même de l'interprétation retenue par la Cour de la notion de « mise en œuvre » figurant à l'article 52, § 5, de la Charte. Dans un cas comme dans l'autre, c'est la flexibilité du lien – avec le droit de l'Union pour l'article 51, § 1^{er} ; avec le principe invoqué pour l'article 52, § 5 – qui pose problème. Ce problème paraît d'autant plus grand que l'interprétation de l'article 52, § 5, retenue par la Cour pourrait aboutir à étendre encore son interprétation de l'article 51, § 1^{er}, et, partant, le

(43) Sur cette question, cf. A. BAILLEUX, « Les droits de la défense et les (autres) droits fondamentaux devant les juridictions de l'Union européenne », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 57-88.

(44) Cf. p. ex. C-1/99 *Kofisa Italia*, 11 janvier 2001, *Rec.*, p. I-207 ; C-101/01 *Lindqvist*, 6 novembre 2003, *Rec.*, p. I-12971 ; C-617/10, *Åkerberg Fransson*, 26 février 2013, non encore publié au Recueil.

champ d'application de la Charte. À lire l'arrêt *Glatzel* en effet, dès qu'un acte évoque la nécessité de tenir compte de certaines valeurs et que ces valeurs se trouvent consacrées dans certaines dispositions de la Charte, cet acte doit être considéré comme mettant en œuvre de telles dispositions. On serait tenté d'en conclure que cet acte constitue aussi un acte de mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte et qu'il peut dès lors être contrôlé au regard de cette dernière. Si cette conclusion est exacte⁽⁴⁵⁾, alors la Cour aura réalisé ce que les États membres lui avaient interdit de faire : utiliser la Charte pour accroître l'étendue de son contrôle aux mesures nationales. En toute hypothèse, l'interprétation retenue par la Cour dans l'arrêt *Glatzel* pourrait s'avérer contre-productive : échaudé par cette première expérience, le législateur de l'Union risque désormais d'y réfléchir à deux fois avant de se référer à quelque valeur que ce soit qui se trouve consacrée dans la Charte des droits fondamentaux.

Notre deuxième observation concerne la notion de « concrétisation », que l'on ne retrouve nulle part dans la Charte et qui fleure bon la théorie structurante du droit de Friedrich Müller⁽⁴⁶⁾. En subordonnant la justiciabilité des « principes fondamentaux » à l'existence de mesures de concrétisation, la Cour soulève deux questions.

La première concerne la plus-value normative desdits principes. Si l'on fait abstraction de leur rôle de « boussole interprétative », à quoi servent-ils encore ? À rien en amont de la concrétisation puisqu'à lire l'article 52, § 5, les principes « peuvent » simplement faire l'objet de mesures de mise en œuvre et ne sont donc la source d'aucune obligation positive dans le chef de leurs destinataires⁽⁴⁷⁾. En aval de la concrétisation, les principes ne paraissent pas davantage utiles. De deux choses l'une en effet. Soit cette concrétisation est opérée au niveau de l'Union par le biais d'un acte de droit dérivé, auquel cas il est évident que c'est ce dernier acte – plus détaillé et plus précis – qui servira de norme de contrôle. Soit cette concrétisation est assurée par les autorités nationales – disons une loi belge –, hypothèse qui aboutirait à priver la Cour de justice de toute compétence pour assurer le respect des principes, tant on ne l'imagine pas s'aventurer à juger de la compatibilité d'un arrêté royal avec un principe fondamental tel que concrétisé, en droit belge, par une loi fédérale ! Dans un cas comme dans l'autre, le principe servirait au mieux de balise interprétative au juge compétent.

(45) Une position alternative consisterait à considérer que les catégories « actes de mise en œuvre » au sens de l'article 51, § 1^{er}, d'une part, et de l'article 52, § 5, d'autre part, ne se recoupent que partiellement. Dans cette perspective, un acte de mise en œuvre d'un principe ne tomberait pas nécessairement dans le champ d'application du droit de l'Union au sens de l'article 51, § 1^{er}. Cette interprétation (que l'on pourrait schématiser sous la forme de cercles sécants) paraît toutefois peu conforme à l'économie du texte. Celui-ci nous semble plaider davantage pour une approche en « cercles concentriques » : si toute mesure de mise en œuvre du droit de l'Union (art. 51, § 1^{er}) n'est pas nécessairement une mesure de mise en œuvre d'un principe (art. 52, § 5), celle-ci constitue en revanche nécessairement un acte de mise en œuvre du droit de l'Union.

(46) F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, 5^e éd., trad. O. Jouanjan, Paris, P.U.F., 1996, *passim*. Sur les théories allemandes ayant recours au concept de concrétisation, cf. G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 118-119 ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 40-54.

(47) On notera à cet égard que l'Avocat général Cruz Villalon semble considérer que l'Union et les États sont tenus d'adopter de tels actes (conclusions prononcées dans l'affaire *AMS* précitée, pt 60). Si cette thèse attire toute notre sympathie, elle nous paraît difficilement défendable à la lecture de l'article 52, § 5. Dans le même sens, cf. S. PRECHAL et S. PEERS, « Article 52 », in S. PEERS et al. (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford and Portland, Hart, 2014, p. 1509, n° 52.180.

La seconde question concerne la nature et le statut dudit acte de concrétisation. Quels sont les critères susceptibles de distinguer une mesure de concrétisation d'une simple mesure de mise en œuvre ? Et à supposer même cette question résolue, pourquoi donner nécessairement la préséance à la mesure de concrétisation sur la mesure de mise en œuvre sans égard pour les autres règles de conflits de normes ? Pourrait-on ainsi invalider un règlement au motif qu'il viole une directive antérieure censée concrétiser un principe ? Qu'en est-il de la règle *lex posterior anteriori degorat* ? Comment démontrer que l'auteur du règlement n'a pas souhaité, fût-ce implicitement, modifier le régime de concrétisation établi par la directive ? Mais on pourrait concevoir des situations plus cocasses encore. Imaginons une loi belge qui concrétiserait un principe du droit de l'Union. Celle-ci pourrait-elle être invoquée devant un juge national pour s'opposer à l'application d'une loi spéciale qui touche de près ou de loin (« met en œuvre » au sens de l'article 52, § 5, tel qu'interprété par la Cour) audit principe ?

Le raisonnement de la Cour appelle encore un troisième commentaire. Ce raisonnement s'inspire de l'affaire *AMS*. D'une part, on l'a dit, la Cour y reprend à son compte la notion de concrétisation proposée par l'Avocat général Cruz Villalon dans ses conclusions précédant l'arrêt *AMS*. D'autre part, dans le passage clé de l'arrêt, la Cour reprend mot pour mot les termes de l'arrêt *AMS* – qu'elle cite du reste explicitement – lorsqu'elle affirme que l'article 26 de la Charte « ne saurait, en lui-même conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel » (pt 78). Ce faisant, la Cour transpose à la question de l'effet direct *vertical* une solution forgée pour déterminer l'invocabilité d'un droit dans un litige entre *particuliers*. Cette opération laisse songeur. La façon qu'a la Cour de plaquer sur l'affaire *Glatzel* le raisonnement qu'elle a tenu dans *AMS* peut être interprétée de deux façons différentes. Soit il faut lire rétroactivement l'arrêt *AMS* comme signifiant que tous les droits (par opposition aux principes) de la Charte jouissent d'un effet direct tant vertical qu'horizontal (au moins d'éviction). Pour séduisante qu'elle soit, il faut répéter que cette interprétation cadre mal avec l'arrêt *Dominguez* et avec la jurisprudence relative à l'absence d'effet direct horizontal (fût-il d'éviction) des directives. Une prise de position aussi novatrice dans le chef de la Cour se serait accompagnée de quelques paragraphes d'explication. Soit il faut lire l'arrêt *Glatzel* comme signifiant que seule la poignée de droits auxquels la Cour attribue une opposabilité horizontale jouit aussi d'une invocabilité verticale. Cette interprétation-là est carrément absurde, tant les contre-exemples sont nombreux. Faute d'interprétation convaincante, reste une hypothèse plausible : la Cour navigue à vue, trop affairée à éviter les écueils qui se présentent à elle pour se soucier des courbes que dessine son sillage.

II. De l'opposabilité des catégories à l'intensité des obligations

Au terme de ce parcours difficile à travers une jurisprudence peu lisible, un double constat s'impose.

D'une part, la Charte n'a pas « dopé » l'intensité normative des droits et principes qu'elle consacre. Quant à la première catégorie – celle que l'on a qualifiée de « droits subjectifs » – d'abord, force est d'observer qu'elle ne date pas d'hier : déjà dans son arrêt *Defrenne II*, la Cour avait reconnu l'opposabilité horizontale du principe de non-discrimination entre travailleurs féminins et masculins. L'extension – partielle – de cette jurisprudence au principe de non-discrimination en fonction de l'âge est elle

aussi antérieure à la Charte. En d'autres termes, cette dernière n'a rien apporté de nouveau. Il n'en va pas différemment pour la seconde catégorie – celle que l'on a qualifiée de « droits fondamentaux » –, qui a toujours constitué le régime juridique par défaut des droits fondamentaux : un effet direct, mais seulement vertical. Enfin, en exigeant l'adoption de mesures de concrétisation, la Cour a réduit à très peu de choses la justiciabilité des principes consacrés dans la Charte. Ravalés au rang de boussoles interprétatives, ces principes risquent en outre de disparaître des préambules des textes législatifs vu la lecture très large privilégiée par la Cour des « actes de mise en œuvre » visés à l'article 52, § 5.

D'autre part, les arrêts analysés trahissent l'indécision de la Cour. Celle-ci dessine par-devers elle des catégories qui semblent à la fois trop vagues et trop rigides pour refléter toute la complexité de la Charte et qui accentuent plus qu'elles ne réduisent l'insécurité juridique. Par ses silences, ses incohérences, ses maladresses conceptuelles, cette jurisprudence semble immature, le fruit encore vert d'un travail difficile qui, n'en doutons pas, porte les stigmates de profondes divergences d'opinion entre les juges de Luxembourg eux-mêmes. On se gardera bien de leur jeter la pierre, tant semble délicat, en ces temps de crise et d'euroscpticisme galopant, le renforcement d'une Europe des droits fondamentaux en général, et des droits sociaux en particulier.

On s'autorisera néanmoins à hasarder la piste de réflexion suivante – une piste encore peu balisée, y compris par l'auteur de ces lignes. En partant des effets (l'opposabilité) pour aller vers les catégories, on a pu brosser le triptyque qui prend progressivement forme derrière la jurisprudence de la Cour. On a pu également en souligner les défauts. Peut-être convient-il à présent de creuser davantage cette approche *bottom-up* en plongeant à un niveau de fundamentalité plus profond encore. Il s'agirait cette fois de cesser de réfléchir en termes de *catégories* et d'*opposabilité des normes* pour commencer à penser en termes d'*obligations* et d'*intensité normative*. Cette dernière expression reflète l'idée d'une *gradation* dans les *obligations* attachées à un texte ; des obligations directement dépendantes du contenu de ce texte, et non de son statut.

Explicitons et éprouvons cette idée en l'appliquant à la Charte. Nous faisons l'hypothèse que toutes les dispositions « substantielles » de celle-ci sont sources d'obligations en ce sens que toutes doivent être *respectées*. Simplement, les normes qui doivent être ainsi observées ne présentent pas nécessairement le même niveau d'intensité. Épinglons-en quelques exemples, évoqués ici à titre purement exploratoire.

Au pied de l'échelle d'intensité, on observera que toutes les dispositions « substantielles » de la Charte contiennent au minimum une obligation de *prise en compte* de la valeur qu'elles consacrent. Ces obligations, aussi peu exigeantes soient-elles, peuvent sans conteste faire l'objet d'une violation. Il en est ainsi lorsque leur destinataire décide sans équivoque de s'affranchir de la valeur en question. Pour reprendre le cas qui donna lieu à l'affaire *Glatzel*, on peut imaginer que si la directive 2006/126 avait expressément exclu – voire interdit aux États membres – l'adoption de mesures propres à faciliter l'accès à la conduite des personnes handicapées, elle aurait violé l'article 26 de la Charte, qui lui intime de « reconnaît[re] et respecte[r] le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté ».

À un échelon intermédiaire, la Charte oblige ses destinataires à *atteindre un certain niveau de protection* d'une valeur. On admettra sans mal qu'une telle obligation serait violée lorsque ce niveau de protection n'est pas atteint ou lorsqu'il est diminué sans justification ou de manière disproportionnée. De telles obligations figurent parfois de manière explicite dans la Charte, comme aux articles 35 (environnement), 37 (santé) et 38 (consommateur). Il n'est toutefois pas interdit de penser qu'en obligeant ses destinataires à observer les principes et à en promouvoir l'application (article 51, § 1^{er}) et en excluant toute interprétation susceptible de limiter les droits et libertés reconnus dans le droit de l'Union (article 53), la Charte impose une obligation générale de *standstill*, interdisant une régression (non justifiée ou disproportionnée) dans le niveau de protection déjà atteint pour chacun desdits droits et principes⁽⁴⁸⁾.

Enfin, la Charte oblige dans bien des cas ses destinataires à *assurer la jouissance effective* de certaines prérogatives qu'elle accorde aux particuliers. Cette obligation peut être violée lorsqu'un de ces destinataires *entrave* (par exemple, en interdisant une grève) ou reste en défaut de *protéger* (par exemple, en omettant d'imposer aux employeurs d'accorder une période annuelle de congés payés à leurs travailleurs) ou de *réaliser* (par exemple, en ne mettant pas sur pied des services gratuits de placement des personnes sans emploi) le plein exercice de la prérogative en question.

Cette ébauche de classification sur la base de l'intensité normative est sans doute éminemment grossière et perfectible. En se concentrant sur les obligations et leurs destinataires, elle a cependant pour vertu de poser à frais nouveaux la question de l'opposabilité des droits et des principes consacrés par la Charte.

En ce qui concerne l'effet direct vertical, d'une part, il résulte de cette approche *bottom-up* que toutes les dispositions substantielles de la Charte en sont dotées en des proportions variables, qui dépendent directement de l'intensité des obligations dont elles sont le siège. On reconnaîtra ainsi que l'article 11 de la Charte (liberté d'expression et d'information), par exemple, peut être invoqué à l'encontre de l'Union ou de ses États membres (agissant dans le champ d'application du droit de l'Union) dans toute situation où ces autorités ne garantiraient pas la jouissance effective des droits qu'il consacre. À l'autre bout du spectre, l'article 26 de la Charte (intégration des personnes handicapées) ne pourra sans doute être invoqué qu'à l'encontre de normes qui s'y soustraient délibérément, voire de normes qui réduisent le niveau de protection déjà atteint de la valeur concernée.

Cette dernière affirmation appelle une précision. Force est d'observer que si elle n'impose pas d'obligations aux particuliers, la Charte est riche de contraintes pour les juges. Parmi celles-ci, l'article 52, § 5, leur interdit de contrôler, à l'aune d'un « principe », la validité d'un acte de l'Union ou d'une mesure nationale qui n'entend pas mettre en œuvre ledit principe. Par ailleurs, les articles 6, § 2, du TUE et 52, § 7, de la Charte obligent les juges

(48) Sur le principe de *standstill* en général, cf. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux. Une irréversibilité relative*, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden, Sakkoulas-Bruylant-Nomos Verlag, 2008. Pour un plaidoyer en faveur de l'application de cette théorie aux principes inscrits dans la Charte, cf. e.a. O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 113-114 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2004, pp. 663-690, spéc. pp. 689-690.

à prendre dûment en considération les explications afférentes à la Charte. Or, il ressort de ces explications que certaines dispositions de la Charte sont le siège d'un droit et non d'un principe – ainsi notamment de l'article 26. Par conséquent, cette classification s'impose *a priori* au juge de l'Union sauf pour lui à expliquer pourquoi il convient de s'en écarter. Il en résulte que ce juge ne pourra pas écarter une norme de droit objectif pour violation d'un principe qu'elle n'entend pas mettre en œuvre.

Faut-il en conclure que, lorsqu'elles portent sur un principe, les obligations de prise en compte et de réalisation d'un certain niveau de protection ne sont invocables en justice qu'à l'encontre des normes qui visent à les mettre en œuvre (quel que soit le sens que l'on donne à cette expression) ? Nous ne le pensons pas. La *ratio legis* de l'article 52, § 5, est claire. Ce dernier vise simplement à empêcher les juges de l'Union d'attacher à certaines dispositions de la Charte une obligation de jouissance effective à charge de l'Union et de ses États. Il n'a pas pour effet de dénier à ces mêmes dispositions toute opposabilité propre⁽⁴⁹⁾.

En ce qui concerne l'effet direct horizontal, d'autre part, il convient de rappeler que les particuliers ne figurent pas parmi les débiteurs des obligations « substantielles » de la Charte identifiés à l'article 51, § 1^{er}, à savoir l'Union et les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Par conséquent, il semble pour le moins hasardeux de considérer que la Charte est directement porteuse d'obligations envers ces particuliers⁽⁵⁰⁾ et que certaines de ses dispositions sont dotées d'une invocabilité de substitution⁽⁵¹⁾.

Ceci ne signifie toutefois pas que la Charte ne peut *affecter la situation juridique* des particuliers. On a dit plus haut que toutes les dispositions « substantielles » de la Charte étaient le siège d'obligations susceptibles de conduire à l'invalidité de la norme qui les viole. On ne voit aucune raison de déroger à cette chaîne causale (obligation – violation – invalidation ou inapplication) lorsqu'elle survient dans le cadre d'un litige entre particuliers : rien n'empêche une personne privée d'invoquer la violation de la Charte par une règle de droit objectif (par exemple, une loi) dans le cadre d'un litige avec un autre particulier, privant ainsi ce dernier du bénéfice de la règle de droit objectif concernée⁽⁵²⁾.

(49) Dans le même sens, cf. S. PRECHAL et S. PEERS, *op. cit.*, pp. 1509-1511, n^{os} 52.182-52.190.

(50) On laisse ici de côté les situations dans lesquelles des personnes privées, par exemple des partenaires sociaux, établissent des normes à caractère général et abstrait, par exemple des conventions collectives de travail. Agissant en vertu d'une forme de délégation de pouvoir accordée par les autorités publiques, il est logique que ces personnes privées soient tenues aux mêmes obligations que lesdites autorités : *Nemo plus juris...* On ajoutera qu'il est difficile de dénier une applicabilité directe horizontale « défensive » aux droits fondamentaux lorsque ceux-ci sont invoqués comme boucliers face à des particuliers s'appuyant sur des prérogatives tirées du droit de l'Union (par exemple, certaines libertés de circulation) qui jouissent d'une telle portée. La Cour l'a du reste reconnu dans des arrêts tels que *Laval* et *Viking*. En revanche, des considérations de sécurité juridique nous empêchent de nous rallier à l'idée qu'une partie à un contrat (par exemple, un contrat de travail) puisse se voir opposer les droits de la Charte au seul motif qu'elle est la partie économiquement forte dans la relation contractuelle (en ce sens, cf. D. LECSZYKIEWICZ, « Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights », *European Law Review*, 2013, vol. 38, n^o 4, pp. 479-497, spéc. pp. 432-497).

(51) *Contra*, cf. L. PECH, *op. cit.*, p. 1872.

(52) On partage largement, à cet égard, le point de vue défendu par M. DOUGAN à l'égard des principes généraux du droit de l'Union (« The General Principles of EU Law and Private Relationships », in D. LECSZYKIEWICZ et S. WEATHERILL (éds.), *The Involvement of EU Law in private Law Relationships*,

L'approche *bottom-up* privilégiée ici met bien en évidence le fossé qui, sur le plan conceptuel, sépare l'invocabilité de substitution de l'invocabilité d'éviction. Alors que la première fait du particulier le débiteur direct d'une obligation qu'il n'a pas contractée, la seconde n'est qu'une conséquence logique de l'effet direct vertical. Dans ce second cas, la partie succombante pâtit certes de la défaillance des autorités étatiques, mais elle n'est pas pour autant le débiteur de l'obligation imposée par la Charte. Elle pourra ainsi appeler l'État en intervention forcée dans le cadre de l'affaire au principal ou, après avoir été condamnée, assigner l'État en responsabilité. On rejoint sur ce point la position adoptée par l'Avocat général Cruz Villalon dans l'affaire *AMS*⁽⁵³⁾.

Une fois admise cette invocabilité d'exclusion, la question rebondit : à quelles prérogatives consacrées par la Charte doit-elle être reconnue ? Si l'on suit notre approche, qui part des effets plutôt que des catégories, des obligations plutôt que des prérogatives, la question est mal posée, et la réponse s'impose avec la force de l'évidence : toute norme qui viole l'une quelconque des *obligations* contenues dans la Charte (prendre en compte, assurer un certain niveau de protection, assurer la jouissance effective) doit être déclarée invalide et, partant, inapplicable dans le cadre d'un litige entre particuliers.

Pour finir, on notera que notre approche par les obligations bat en brèche le raisonnement consistant à considérer qu'un effet direct pourrait surgir de la *combinaison* d'une disposition de la Charte et d'une mesure de concrétisation. Certains – selon nous à tort – ont prêté ce raisonnement à la Cour dans l'arrêt *Kücükdeveci*, laissant entendre que l'effet direct horizontal du principe de non-discrimination en fonction de l'âge était tributaire de sa concrétisation par la directive 2000/78. La même approche est retenue – cette fois incontestablement – par la Cour dans l'arrêt *Glatzel* à propos de l'effet direct vertical du principe d'intégration des personnes handicapées.

Ce raisonnement ne résiste pas à une approche fondée sur les obligations en présence. De deux choses l'une en effet. Soit l'obligation dont la violation est alléguée se trouve dans la Charte. Dans ce cas, elle jouit d'un effet direct vertical et, corollaire de ce dernier, d'un effet direct horizontal limité à l'invocabilité d'éviction. Soit cette obligation est créée par l'acte de droit dérivé, auquel cas la Charte n'est le siège d'aucune norme applicable au litige. Elle peut tout au plus faire office de balise dans l'interprétation de l'acte de droit dérivé en question⁽⁵⁴⁾. C'est l'acte de droit dérivé qui, dans ce cas de figure, jouit de l'effet direct. Un effet direct vertical – et son corollaire, un effet direct horizontal limité à l'invocabilité d'éviction⁽⁵⁵⁾ – si l'obligation est adressée

Oxford and Portland, Hart, 2013, pp. 71-87). Dans le même sens, cf. L. PECH, *op. cit.*, p. 1876. Dans le même sens également, à propos du droit de l'Union en général, cf. K. LENAERTS et T. CORTHAUT, « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », *European Law Review*, 2006, vol. 31, n° 3, pp. 287-315. *Contra*, E. SPAVENTA, « The Horizontal Application of Fundamental Rights of General Principles of Union Law », in A. ARNULL *et al.* (éds.), *op. cit.*, pp. 199-218, spéc. p. 216.

(53) Cf. en particulier le point 79 de ses conclusions précitées.

(54) Cf. en ce sens, les conclusions présentées par l'Avocat général Sharpston dans l'affaire C-427/06 *Bartsch*, *Rec.*, p. I-7245, pt 88.

(55) On peine ainsi à comprendre la position de la Cour qui consiste à dénier l'invocabilité d'éviction aux obligations imposées aux États dans une *directive* tout en admettant une telle opposabilité à des obligations similaires trouvant leur source dans un autre type d'acte (par exemple, la Charte ou le TFUE). Le raisonnement consistant à dire qu'à l'inverse des autres actes, la directive est adressée aux États n'emporte pas la conviction. Dans toutes les hypothèses, on parle ici d'obligations adressées aux États. Qu'elles trouvent leur source dans tel ou tel instrument n'y change rien.

aux autorités de l'Union ou des États membres ; un effet direct horizontal « plein » si l'obligation s'impose aux particuliers.

Conclusion

Ce parcours périlleux dans les arcanes de la jurisprudence de la Cour de justice mérite que l'on en synthétise les principaux enseignements.

Dans un premier temps, l'on s'est efforcé de classer les prérogatives consacrées par la Charte en fonction de l'opposabilité qui leur a été reconnue par la Cour. On a ainsi été en mesure de distinguer trois catégories. La première regroupe des prérogatives dotées d'un effet direct tant vertical qu'horizontal. Elle ne contient à ce stade, outre certaines libertés de circulation, que le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et le principe de non-discrimination en fonction de l'âge. Encore faut-il ajouter que ce dernier principe ne s'est vu à ce jour reconnaître qu'une invocabilité d'éviction, et non de substitution. Se fondant sur les termes de l'arrêt *AMS*, on a qualifié de « droits subjectifs » les éléments constitutifs de cette première catégorie.

La deuxième catégorie – celle des « droits fondamentaux » au sens large – rassemble les prérogatives dotées d'un effet direct vertical mais non d'un effet direct horizontal. Il semble ressortir de la jurisprudence de la Cour de justice qu'il s'agit là d'une catégorie par défaut, qui constitue le droit commun des droits fondamentaux.

La dernière catégorie reprend les prérogatives que la Charte appelle des « principes ». On les qualifiera de principes fondamentaux pour les distinguer des autres « principes » (généraux, essentiels, etc.) qui parsèment les arrêts de la Cour. Il ressort de l'arrêt *Glatzel* que ces principes fondamentaux ne jouissent ni d'un effet direct vertical, ni d'un effet direct horizontal. Ils ne sont invocables à l'encontre des mesures qui les mettent en œuvre (au sens le plus large du terme) que pour autant qu'ils aient été « concrétisés » par un acte de droit dérivé ou une mesure nationale.

Cette lecture de la jurisprudence de la Cour fait apparaître plusieurs problèmes. Premièrement, il en résulte que l'apport de la Charte à la protection des droits fondamentaux (et notamment des droits sociaux) est virtuellement inexistant. Deuxièmement, les catégories ainsi tracées semblent trop rigides pour abriter toute la complexité de la Charte et contribuent à renforcer l'insécurité juridique.

Forts de ces enseignements, l'on s'est risqué à proposer brièvement une lecture alternative de la Charte, qui prendrait pour point de départ les notions d'obligation et d'intensité normative. Analysée sous ce prisme, la Charte donne à voir un panaché d'obligations plus ou moins « intenses » qui vont de l'obligation de « prise en compte » à un impératif de « garantie de jouissance effective » en passant par un devoir de « réalisation d'un certain niveau de protection ». Il apparaît que toutes les dispositions « substantielles » de la Charte sont le siège d'au moins certaines de ces obligations. Ce constat conduit à reconnaître à l'ensemble de ces dispositions un effet direct vertical plus ou moins étendu, duquel découle un effet direct horizontal limité à l'invocabilité d'éviction. En revanche, cette approche par les obligations interdit en principe de

faire des particuliers les débiteurs directs des prérogatives reconnues par la Charte. Cette approche jette par ailleurs le doute sur la validité de raisonnements prêtés (à tort ou à raison) à la Cour, qui consistent à subordonner à l'adoption de mesures de « concrétisation » la reconnaissance d'un effet direct, tantôt vertical, tantôt horizontal, à certaines dispositions de la Charte.

Si la présente contribution venait à tomber entre les mains de certains membres du Comité européen des droits sociaux, il est peu probable qu'elle conduirait ceux-ci à modifier leur appréciation du niveau de protection des droits sociaux fondamentaux assuré au sein de l'Union européenne. On peut néanmoins espérer que la classification tripartite esquissée dans la première partie de cet article aura mis au jour les avancées et les limites de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice tout en facilitant le suivi de ce « feuilleton » en constante réécriture. On forme également le vœu qu'en suggérant une manière alternative d'approcher la question de l'opposabilité des droits fondamentaux, la seconde partie de cette contribution aura quelque peu allégé les termes d'un débat enserré dans des concepts et des catégories devenus trop rigides, voire inadaptés à la complexité du droit européen des droits de l'homme.