Droits sociaux fondamentaux et Droit de l'Union européenne

Linxin He

▶ **To cite this version:**

Linxin He. Droits sociaux fondamentaux et Droit de l'Union européenne. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2017. Français. NNT : 2017PA01D028 . tel-01783683

HAL Id: tel-01783683
https://theses.hal.science/tel-01783683

Submitted on 2 May 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

UNIVERSITÉ PANTHÉON – SORBONNE

PARIS I

ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

THÈSE présentée par :

Linxin HE

soutenue le : **28 septembre 2017**

pour obtenir le grade de Docteur en droit

Droits sociaux fondamentaux et Droit de l'Union européenne

THÈSE dirigée par :

Monsieur Étienne PATAUT	Professeur, Université Panthéon – Sorbonne (Paris I)

JURY :

Madame Diane ROMAN	Professeur, Université François Rabelais (Tours), Rapporteur
Monsieur Jérôme PORTA	Professeur, Université de Bordeaux, Rapporteur
Monsieur Pierre RODIÈRE	Professeur émérite, Université Panthéon – Sorbonne (Paris I)
Monsieur Alain SUPIOT	Professeur, Collège de France

L’université n’entend ni approuver ni désapprouver les assertions qui forment cette thèse. Elles sont propres à leur auteur, qui seul en répond.

À la mémoire de mes grands-pères

Remerciements

Qu'il me soit permis de remercier tout d'abord du fond de mon cœur Monsieur le Professeur Etienne Pataut qui a bien voulu diriger cette thèse et qui m'a constamment soutenu, encouragé, conseillé et corrigé avec une patience infinie. Toujours attentionné et rassurant devant mon travail chaotique, il est le protecteur de cette thèse et de son auteur. Plus habile que Dédale, il a préservé mes ailes fragiles du soleil brûlant du Savoir.

Qu'il me soit ensuite permis de témoigner ma plus profonde gratitude aux Messieurs les Professeurs Alain Supiot et Pierre Rodière, qui ont, chacun à sa propre façon, placé la plus grande confiance en moi, alors que je n'en ai pas le mérite. Par ailleurs, je n'oublierai jamais les encouragements jusqu'aux derniers moments de cette recherche et les merveilleuses conditions de travail que le Professeur Supiot m'a procurés.

C'est aussi avec une très grande joie que je souhaiterais remercier Madame et Monsieur les Professeurs Diane Roman et Jérôme Porta qui ont bien voulu être les rapporteurs de cette thèse, malgré les difficultés prévisibles de la lecture d'un français maladroit. Je leur suis très sincèrement reconnaissant.

La formation doctorale est souvent un chemin escarpé. J'ai eu la très grande chance d'être reçu dans le séminaire de théorie du droit organisé par les Professeurs Emmanuel Jeuland et Pierre-Yves Verkindt à l'Université Paris 1, ainsi qu'au quatrième séminaire doctoral européen organisé par Madame le Professeur Marianne Dony à l'Université Libre de Bruxelles. Qu'ils en soient vivement remerciés !

Mes profonds remerciements vont naturellement aussi aux amis qui m'ont accompagné et soutenu tout au long de ces années. Je voudrais d'abord remercier ceux qui ont bien voulu relire une partie de cette thèse : Liu-Ly, Béatrice, Lisa, Marco et Aurélien. De même, je pense en particulier à Rui, le Père Gilles, Aurore, Don François-Régis, Tianle et aux familles Baillet, Frély, Faidy, Cornier, Winkler, Nitschke et Strauss. Un très grand merci va tout particulièrement à Aurélien qui m'a toujours fait le don de sa fidèle et généreuse amitié depuis le premier jour de notre rencontre.

Enfin, sans la protection de ma famille, je n'aurais eu aucune chance d'entamer ce travail. Je dois mes ailes à leur infini amour.

Liste des principales abréviations

AFDI	Annuaire français de droit international
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
BVerfG	Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*)
BVerfGE	Recueil des décisions de la BVerfG
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CJCE/CJUE	Cour de justice des Communautés européennes/de l'Union européenne
CML Rev.	Common Market Law Review
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CSE	Charte sociale européenne
CUP	Cambridge University Press
D.	Recueil Dalloz
Dr. ouv.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
E. C. L. R.	European Constitutional Law Review
E. H. R. L. R.	European Human Rights Law Review
E. J. I. L.	European Journal of International Law
E. L. J.	European Law Journal
E. L. Rev.	European Law Review
EuR	Europarecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCP S	La semaine juridique (édition sociale)
JDI (Clunet)	Journal de droit international (Clunet)
Law Q. Rev.	Law Quarterly Review
n.	Note

NJW	Neue juristische Wochenschrift
OIT	Organisation internationale du Travail
OUP	Oxford University Press
préc.	précité(e)
PUF	Presses universitaires de France
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
R. D. L. F.	Revue des droits et libertés fondamentaux (en ligne)
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
RDUE	Revue de droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. fr. aff. soc.	Revue française des affaires sociales
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
R. I. D. C.	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RMC(UE)	Revue du Marché commun (devenue Revue du Marché commun et de l'Union Européenne)
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
SSL	Semaine sociale Lamy
v.	Voyez
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

NB.

1. Pour alléger le texte, nous ne préciserons plus les lieux où se trouvent les maisons d'édition suivantes : Bruylant (Bruxelles), CUP (Cambridge), Dalloz (Paris), LGDJ (Paris), OUP (Oxford) et PUF (Paris).

2. Le signe « § » signifie « paragraphe » (comme dans « l'article 1 §1 ») ou « point » (comme dans « §1 de l'arrêt *Defrenne II* »).

Sommaire

Partie I

Les effets subjectifs des droits sociaux fondamentaux

Titre Un – La protection des droits sociaux fondamentaux

Chapitre Un – La soumission progressive de l'UE au respect des droits sociaux fondamentaux

Chapitre Deux – La protection concrétiste des droits sociaux fondamentaux

Titre Deux – La garantie des droits sociaux fondamentaux

Chapitre Un – Les incertitudes dans l'actuelle doctrine de l'effet direct

Chapitre Deux – La garantie concrétiste des droits sociaux fondamentaux

Partie II

Les effets objectifs des droits sociaux fondamentaux

Titre Un – Le commandement des institutions

Chapitre Un – Les obligations législatives

Chapitre Deux – L'orientation du juge

Titre Deux – Ordonner les ordres juridiques

Chapitre Un – L'articulation de la protection en Europe

Chapitre Deux – Le développement d'une protection universelle

Résumé

Dans les tempêtes actuelles des crises économique, migratoire et nationaliste, la consolidation de l'UE semble dépendre plus que jamais de son attachement réel à la démocratie, à l'Etat de droit, au respect de la dignité humaine et à sa dimension sociale. Si la fondation de l'UE à travers ces principes ne fait plus de doute aujourd'hui au regard de son droit primaire, leur signification, ou plus précisément leur application, paraît encore entachée de contradictions dans les pratiques des institutions européennes. L'application des droits sociaux fondamentaux constitue l'un des défis majeurs dans cette constellation. En effet, « l'Europe sera sociale ou ne sera pas ». Cependant, bien que ces droits soient proclamés par l'UE et de nombreux ordres juridiques tant en Europe que dans le monde entier, ils restent souvent perçus comme des droits de la seconde zone par opposition aux droits civils et politiques. Pour expliquer et réagir à cette situation, notre thèse propose une analyse qui combine les aspects théorique et méthodologique du sujet. En adoptant une approche « concrétiste », nous tenterons de montrer que ces droits sont loin d'être les fruits d'une simple intention politique. Tout au contraire, ils ont vocation à structurer le Droit de l'UE : ils confèrent non seulement des droits subjectifs aux particuliers, mais forment aussi un système objectif de valeurs qui détermine le développement de ce Droit.

Résumé en anglais

In the present storms of economic, immigration and nationalist crises, it seems that the strengthening of the EU depends more than ever on its commitment to democracy, rule of law, respect for human dignity and its social dimension. If it is no longer doubtful that the EU is founded by these principles through its primary law, their signification – or more exactly their implementation – is still disturbed by the contradictions in the practices of European institutions. The implementation of fundamental social rights is one of the major challenges in this situation. Indeed, "Europe will be social or there shall be no Europe". Although these rights are proclaimed by EU law and other legal systems in Europe and around the world, they are still treated as rights of a secondary zone, in contrast with civil and political rights. In order to study this contrast, my thesis proposes a theoretical and methodological approach. By using a "concretistic" method, this thesis would argue that these rights cannot be reduced to political declarations. On the contrary, they have the mission to structure EU law, since they not only vest individuals with rights, but also constitute an objective system of values which determines the development of EU law.

Liste des schémas et des tableaux

(NB. Les numéros renvoient aux paragraphes de la thèse.)

Schéma 1. Les concepts juridiques fondamentaux selon W. N. Hohfeld (n° 141)

Tableau 1. Effectivité des droits sociaux d'après R. Alexy (n° 172)

Tableau 2. Effectivité des droits fondamentaux d'après J. Schmidt (n° 173)

Schéma 2. Les catégories de concrétisation programmatique (n° 176-177)

Tableau 3. Les structures des discriminations directe et indirecte (n° 205)

Tableau 4. La structure de la discrimination positive (n° 206)

Schéma 3. Concrétisation du rapport « horizontal » (n° 335)

Tableau 5. Le degré de l'effectivité des droits fondamentaux selon G. Phillipson (n° 344)

Tableau 6. Les catégories du degré de l'effectivité des droits fondamentaux (n° 347)

Tableau 7. Tableau de rattachement du citoyen européen à un Etat pour le bénéfice de droits sociaux (J.-Y. Carlier) (n° 550)

Tableau 8. Le degré du lien d'intégration (n° 551)

Introduction

« J’étais comme un homme qui somnole et divague ».

Dante, *La Divine Comédie*, Purgatoire, Chant XVIII, v. 87

1. Dans son *Introduction à la Divine comédie*, le P[r] Carlo Ossola écrit que « le parcours de Dante est comparable à celui d'un "missile" à plusieurs étages, qui libère à chaque stade de son ascension une puissance intérieurement plus haute de la *dignitas* humaine »[1]. Ce voyage ascendant, qui est « fatal » et « salutaire » pour notre poète médiéval, serait même une avancée fortement rythmée, « sans répit (…) [et] de plus en plus intense »[2] : « Vite, vite, ne perdons pas de temps / par manque d'amour ! (…) »[3]. Sept siècles plus tard sur cette même terre européenne, oserait-on comparer au voyage de Dante la trajectoire de l'Union européenne (UE), qui devrait être une union « sans cesse plus étroite entre les peuples européens » [4] ? L'horizon serait alors une « fédération d'Etats-nations », comme le dit M. Jacques Delors[5], pour relever le défi de la « constellation post-nationale »[6].

2. Il reste que, au lendemain de son soixantième anniversaire, le projet européen paraît bien compromis par différentes crises[7]. Les peuples européens doutent, hésitent, et méditent, semblables au poète florentin qui se dit au purgatoire : « j'étais comme un homme qui somnole et divague ». Une lecture pessimiste des événements laisserait même penser que l'heure des

---

[1] OSSOLA, Carlo, *Introduction à la Divine comédie*, traduit par Nadine Le Lirzin et Pierre Musitelli, Paris, Ed. du Félin, 2016, p. 21.
[2] *Ibid.*, pp. 39-40.
[3] *Purgatoire*, Chant XVIII, v. 103-104.
[4] L'article 1[er] du TUE. V. déjà le Préambule du traité de Rome : « [Les chefs des Etats membres sont déterminés] à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens (…) ».
[5] V. RICARD-NIHOUL, Gaëtane, *Pour une fédération européenne d'Etats-nations. La vision de Jacques Delors revisitée*, avec une préface de Jacques Delors, Bruxelles, Larcier, 2012.
[6] HABERMAS, Jürgen, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, traduit par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 2003.
[7] Pour un panorama des relations entre le droit de l'UE et les crises, v. BLUMANN, Claude, et Fabrice PICOD (dir.), *L'Union européenne et les crises*, Bruylant, 2010.

récits eschatologiques a déjà sonné[8]. L'étude des relations entre droits sociaux fondamentaux et Droit de l'UE n'est naturellement pas séparable de ce contexte réel. Elle est même investie d'une mission pratique[9]. Mais cette étude juridique, même engagée[10], reste à valider par ses propres critères scientifiques normalement intemporels. Comme l'a bien remarqué le Pr Ernst-Wolfgang Böckenförde, longtemps juge à la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'interprétation des droits fondamentaux suppose toujours – sciemment ou non – une certaine théorie de ces droits, en partie parce que les textes juridiques en la matière sont particulièrement laconiques[11]. Dans ce chapitre introductif, nous tenterons donc de poser les premiers jalons théoriques pour notre propre analyse.

3. En effet, notre étude s'efforcera de montrer que les droits fondamentaux participent de la *fondation* du Droit objectif et structurent ce dernier par leur *application*. Par Droit objectif nous entendons *l'ensemble* des normes juridiques portant sur « l'organisation de la vie sociale »[12]. Dans son unité, ce « Droit » peut s'écrire avec un grand « D ». Toutefois, par respect de la norme typographique en vigueur[13], nous ne l'écrivons ainsi que dans cette introduction et dans le titre de cette thèse pour le distinguer des droits fondamentaux qui sont considérés avant tout comme *subjectifs*. Néanmoins, nous essayerons de montrer que la fondation qui est éminemment axiologique et rationaliste confère un aspect *objectif* indéniable aux droits fondamentaux. Il reste que la fondation ne nous permet d'avoir que des exigences objectives particulièrement générales à propos de l'interprétation des droits fondamentaux. Leurs effets concrets résultent surtout de l'application qui a besoin d'une méthode rigoureuse. Dans notre cas, ce sera la méthode dite *concrétiste* qui est un *processus* de création de normes, consistant

---

[8] V. par ex., DELAUME, Coralie, et David CAYLA, *La fin de l'Union européenne,* Paris, Michalon, 2017. Les auteurs n'hésitent pas à dresser « l'acte de décès » de l'UE (p. 12) ; LESOURNE, Jacques, *L'Europe à l'heure de son crépuscule ?*, Paris, Odile Jacob, 2013. D'autres récits sont plus sceptiques que catastrophistes, v. TSOUKALIS, Loukas, et Janis A. EMMANOUILIDIS (éd.), *The Delphic Oracle on Europe. Is There a Future for the European Union ?*, OUP, 2011.

[9] Par exemple récemment, VALLET, Cédric, « Le social pour sauver l'Europe ? », *Alternatives économiques*, 2017, n°4, p. 43.

[10] V. le cours du Pr Alain Wijffels à la chaire européenne (2016-2017) au Collège de France, intitulé « Mémoire et Miroir de l'Europe : A la recherche d'une culture juridique partagée», spéc., la 7e leçon : « *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* : l'appel de notre époque en faveur d'une législation et science juridique européennes » ; DOCKES, Emmanuel, *Au coeur des combats juridiques : pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007.

[11] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, essais choisis et traduits par Olivier Jouanjan, Bruylant-LGDJ, 2000, p. 254.

[12] GHESTIN, Jacques, et Gilles GOUBEAUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1994, p. 3.

[13] *Ibid.*, en note : « La distinction typographique d'autrefois qui faisait écrire le "Droit" objectif avec une majuscule est en voie de disparition. »

à « concrétiser » les données textuelles elliptiques des droits fondamentaux. Pour entrer dans ce raisonnement juridique qui relie étroitement la fondation et l'application, nous pouvons nous demander quelles pourraient être nos premières approches pour saisir d'une part leur notion (Section 1) et d'autre part leurs effets (Section 2) dans le contexte particulier du Droit de l'UE.

Section 1 : La notion de droits sociaux fondamentaux

4. Le premier pas vers la clarification de leur notion peut être positiviste au sens le plus ordinaire du terme, à savoir la « lecture des textes et de la jurisprudence »[14]. Mais elle s'avère « en toute hypothèse bien désespérante »[15]. Pour notre sujet en particulier, s'il est possible de se référer au préambule du Traité sur l'UE (TUE) qui affirme l'attachement des Etats membres aux « droits sociaux fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la charte sociale européenne (…) et dans la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 », ces deux chartes n'ont ni l'une[16] ni l'autre[17] aucune valeur juridique en Droit de l'UE. La Charte des droits fondamentaux de l'UE (CDFUE), adoptée en 2000 et entrée en vigueur avec le traité de Lisbonne en 2009, ne le fait pas davantage. Dès lors, une certaine définition davantage sémantique, voire stipulative, paraît plus adaptée (§1) et nous conduira vers la nécessité de clarifier l'aspect « fondationnel » – c'est-à-dire, ce qui est relatif à la fondation – dans le discours sur les droits fondamentaux (§2).

§1. La difficile définition

5. En Europe, si la notion de droits sociaux était restée longtemps à la marge de la doctrine juridique[18], elle avait pourtant une réelle présence dans les premières déclarations de droits de l'homme en France. A cet égard, il est souvent fait mention de l'article 21 de la Constitution dite « Montagnarde » du 24 juin 1793[19] qui disposait que « [l]es secours publics

---

[14] PICARD, Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, n° spécial, 20 juil. - 20 août, « Les droits fondamentaux », pp. 6-42, spéc., p. 7.
[15] *Ibid.*, p. 8.
[16] Pour la charte sociale européenne, v. infra, n° 685.
[17] Pour la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, v. infra, n° 452.
[18] HERRERA, Carlos-Miguel, *Les droits sociaux*, PUF (Que sais-je ?), 2009, pp. 3-5.
[19] V. WORMS, Frédéric, *Droits de l'homme et philosophie*, Paris, CNRS Ed., 2009, p. 82. Pour d'autres citations, v. HERRERA, Carlos-Miguel, *Les droits sociaux*, *op. cit.*, p. 44 ; et à l'étranger aussi, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, Jürgen JEKEWITZ et Thilo RAMM (éd.), *Soziale Grundrechte*, 5. Rechtspolitischer Kongress der SPD, Teil 2 (1980), Heidelberg, C. F. Müller, 1981, p. 7.

sont une dette sacrée ». Mais au-delà du « secours public », la constitution de l'An I prévoyait aussi l'interdiction de la vente des personnes humaines par le travail (art. 18), le droit en matière d'instruction des citoyens (art. 22) et la « garantie sociale » pour la jouissance et la conservation des droits de tous (art. 23), comme l'a bien remarqué Georges Gurvitch[20]. Les longs débats de préparation du projet constitutionnel[21] montrent en particulier que la question sociale était profondément débattue dès l'apparition des droits de l'homme. Il reste que le recours à l'histoire des droits sociaux ne présente pas un grand secours pour notre entreprise définitionnelle. Si de nombreux Etats européens les reconnaissent, peu les définissent (A). Il conviendrait alors revenir à l'expression même de « droits sociaux fondamentaux » pour tenter de tirer quelques enseignements (B).

A. La manifestation des droits sociaux fondamentaux en Europe

6. Les droits sociaux se sont développés avec le progrès de l'Etat providence au plan politique et avec la critique des droits de l'homme bourgeois au plan philosophique, si bien que l'on parle habituellement de la « deuxième génération » des droits de l'homme[22]. C'est surtout au moment des « grandes transformations » au début du vingtième siècle que les droits sociaux ont connu une première avancée significative, sans doute parce que « [jamais les droits assurant la liberté humaine] n'ont été autant menacées qu'au XX^{ème} siècle par l'interférence et la conspiration du féodalisme industriel et des oligarchies financières, "par l'absolutisme du profit privé", par la propension aveugle à la technocratie »[23]. L'une des déclarations constitutionnelles les plus connues de cette époque est sans doute la Constitution de Weimar de 1919[24] qui contenait 57 articles sous le chapitre « Droits et devoirs fondamentaux des Allemands ». Il est intéressant de remarquer que, outre des questions qui paraissaient d'emblée universelles comme la liberté syndicale (art. 163), cette constitution intégrait aussi d'autres droits sociaux issus de

[20] GURVITCH, Georges *La Déclaration des droits sociaux*, avec une préface de Carlos-Miguel Herrera, Dalloz, 2009 (reproduction de l'édition de 1946 chez J. Vrin), pp. 20-21.
[21] HERRERA, Carlos-Miguel, *Les droits sociaux*, *op. cit.*, p. 39 et s.
[22] HAARSCHER, Guy, *Philosophie des droits de l'homme*, Paris, Cerf, 2015, p. 87 et s.
[23] GURVITCH, Georges, *La Déclaration des droits sociaux*, *op. cit.*, p. 13 (la citation interne vient de MARITAIN, Jacques, *Christianisme et Démocratie*, New York, Ed. de la Maison française, 1943, pp. 44-45). Gurvitch prit comme premier exemple de ces nouveaux droits les « quatre libertés » déclarées par le Président Roosevelt le 7 juin 1941 aux Etats-Unis, p. 14 : « à côté de la liberté d'expression et de la liberté de religion [se trouvent] l'affranchissement de la misère et l'affranchissement de l'oppression par la peur ».
[24] A côté de la Constitution de Weimar, Gurvitch a cité dans son ouvrage la Constitution des Etats-Unis Mexicains de 1917, la Constitution de la République espagnole de 1931 et la Constitution de l'URSS de 1936. V. *op. cit.*, p. 24 et s.

la tradition allemande, comme la création d'assurances sociales (art. 161) et de conseils d'ouvriers (art. 165).

7. Après la deuxième Guerre mondiale où les droits de l'homme les plus traditionnels ont été foulés aux pieds, la réaffirmation des droits fondamentaux prend la direction de la judiciarisation. Toutefois, sur le simple plan du contenu des droits, on n'a pas assisté à une proclamation généralisée de la deuxième génération de droits de l'homme. Si l'on regarde la situation en Europe aujourd'hui, une très grande hétérogénéité reste visible à travers de nombreux travaux de droit comparé[25]. Comme l'écrit M^me^ Claire Marzo, « [l]es droits sociaux ont connu des développements variés dans les différents pays européens. Leur nature inhérente au contexte dans lequel ils ont vu le jour a pour conséquence leur grande versatilité »[26]. Ni l'étendue, ni la définition des droits sociaux ne paraissent véritablement partagées entre les Etats européens, sans parler d'ailleurs, pour l'instant, de leur régime d'application[27]. Entre le Royaume-Uni qui n'a pas de constitution écrite[28] et les pays comme l'Italie, l'Espagne et le Portugal qui proclament de manière détaillée un grand nombre de droits sociaux[29], il y a une multitude d'Etats avec une reconnaissance modérée de droits sociaux dans leur Constitution, qui affirment néanmoins très souvent le principe de l'Etat social[30]. Cette typologie ternaire –

---

[25] Plusieurs travaux collectifs permettent aujourd'hui d'avoir un regard comparatif très large sur les droits sociaux fondamentaux, v. notamment ROMAN, Diane (dir.), *Les droits sociaux en Europe. Bilan et perspectives*, *R. I. D. C.*, 2011, n°2, pp. 198-352 ; DE BÚRCA, Gráinne, et Bruno DE WITTE (éd.), *Social Rights in Europe*, OUP, 2005 ; ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia (dir.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'UE*, Athènes, Bruxelles Baden-Baden, Sakkoulas, Bruylant, Nomos, 2000 et BRETTEN, Lammy, et Delma MAC DEVITT (éd.), *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, Pays-Pas, Kluwer, 1996. Des études comparatives plus « locales » - soit sur un sujet particulier, soit sur les droits sociaux dans deux pays – existent aussi, v. par ex., WAAS, Bernd (éd.), *The Right to Strike : A Comparative View*, Pays-Bas, Kluwer, 2014, qui rassemble 31 études nationales ; GEESMANN, Rainer, *Soziale Grundrechte im deutschen und französischen Verfassungsrecht und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Francfort sur le Main, Peter Lang, 2005, qui compare les droits sociaux fondamentaux en France, en Allemagne et en droit de l'UE.

[26] MARZO, Claire, « La protection des droits sociaux dans les pays européens », *R. I. D. C.* 2011, pp. 203-224, spéc., p. 206.

[27] Pour ne pas trop alourdir cette introduction, nous n'évoquons pas ici les régimes nationaux de protection de droits fondamentaux. Ils seront abordés plus tard, dans la mesure où ils intéressent le droit de l'UE. V. infra, n° 606 et s.

[28] La généalogie des droits sociaux au Royaume-Uni montre que leur développement suit celui de l'Etat providence (*Welfare State*) et accompagne le processus de libéralisation économique, v. DEAKIN, Simon, « Social Rights in a Globalized Economy », *in* ALSTON, Philip (éd.), *Labour Rights as Human Rights*, OUP, 2005, pp. 25-60, spéc., pp. 26-38.

[29] Par ex., la Constitution italienne, entrée en vigueur le 1er janvier 1948, prévoit non seulement certains droits généraux comme le libre développement de la personnalité (art.2) ou la participation des travailleurs (art. 3 §2), mais aussi d'autres droits plus particuliers tels que le droit à une rémunération équitable (art. 36), le droit à la protection sociale (art. 38) ; la liberté syndicale et le droit de grève (art. 39 et 40), le droit de participer à la gestion d'entreprise (art. 46), etc. V. BONI, Guido, « La protection des droits sociaux en Italie : vue d'ensemble », *R. I. D. C.*, 2011, pp. 257-274 ; TREU, Tiziano, *Labour Law in Italy*, Pays-Bas, Kluwer, 2011, p. 33.

[30] V. l'article 1^er^ de la Constitution française et l'article 20 de la Loi fondamentale allemande.

qui pourrait consister en un « modèle libéral », un « modèle sud-européen » et un « modèle modéré »[31] – peut en effet laisser penser aux fameux « trois mondes de l'Etat providence » du Pr Gøsta Esping-Andersen. Ces trois mondes – mondes libéral, corporatiste et social-démocrate[32] – ne correspondent toutefois pas si bien aux trois modèles de déclaration des droits sociaux en Europe[33]. Autrement dit, il peut y avoir une certaine autonomie des droits sociaux fondamentaux par rapport à la trajectoire historique d'un Etat. Dès lors, un espace s'ouvre pour une harmonisation des droits sociaux fondamentaux en Europe où il existe une très grande diversité entre les pays.

8. Dans les faits, une déclaration universelle des droits sociaux parut vers la fin de la deuxième Guerre mondiale. Comme le rappelle le Pr Alain Supiot, « [c]'est à Philadelphie, le 10 mai 1944, qu'a été proclamée la première Déclaration internationale des droits à vocation universelle »[34] qui réaffirme aussi les buts et les objectifs de l'Organisation internationale du travail (OIT). Depuis, une grande variété d'instruments internationaux existe sur la scène internationale : au niveau des Nations unies, aussi bien des déclarations générales[35] que des conventions spécifiques[36] ont pu être adoptées ; en Europe, la Charte sociale européenne adoptée en 1961 dans le cadre du Conseil de l'Europe et révisée en 1996 est parfois désignée comme « la Constitution sociale de l'Europe »[37]. Cette progression sans précédent des droits sociaux fondamentaux[38] consolide de plus en plus l'idée de droits sociaux comme droits de

---

[31] Cette catégorisation est déjà présente dans un document de travail du Parlement européen en vue de préparer la rédaction de la Charte des droits fondamentaux, v. BUTT, Mark E., Julia KÜBERT et Christiane Anne SCHULZ, *Droits sociaux fondamentaux en Europe*, Luxembourg, Parlement européen (Direction générale des études, PE 168.629), 1999.

[32] ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *Les trois mondes de l'État-providence : essai sur le capitalisme moderne*, traduit par François-Xavier Merrien, PUF, 1999, p. 41 et s.

[33] On notera en particulier que les pays scandinaves (relevant de l'Etat providence social-démocrate et participant à la réelle démarchandisation du travail d'après le Pr Esping-Andersen) ont souvent une déclaration très modérée de droits sociaux.

[34] SUPIOT, Alain, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total,* Paris, Seuil, 2010, p. 9. V. aussi, GURVITCH, Georges, *La Déclaration des droits sociaux*, *op. cit.*, pp. 15-18.

[35] On pense en particulier aux articles 22 à 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966).

[36] Il est difficile d'être exhaustif ici. Citons par exemple les conventions en matière de non-discrimination (comme les conventions sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [1965] et de discrimination à l'égard des femmes [1979]). Nous aurons surtout l'occasion d'aborder la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006. V. infra n° 720.

[37] DE SCHUTTER, Olivier (éd.), *La Charte sociale européenne : une constitution sociale pour l'Europe*, Bruylant, 2010.

[38] DE SCHUTTER, Olivier (éd.), *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013 (v. notamment la longue introduction de l'éditeur à ce recueil d'articles) ; EIDE, Asbjørn, Catarina KRAUSE, et Allan ROSAS, *Economic, Social and Cultural Rights : A Textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2001.

l'homme à part entière. Mais une claire définition de ce que sont ces droits semble toujours faire défaut.

B. Droits « sociaux » et « fondamentaux »

9. Sans doute parce qu'elles sont plus jeunes dans l'histoire longue de la science juridique, les deux épithètes semblent poser, *prima facie*, le plus de problèmes pour définir notre objet d'étude. Examinons donc successivement les caractères « social » (1) et « fondamental » (2) de ces droits.

1. Des droits « sociaux »

10. « Vocable très élastique »[39], l'expression « droits sociaux » reste une invention récente en doctrine. Il est souvent rappelé que c'est Georges Burdeau qui l'employa d'abord comme les droits de l'homme *in concreto* à partir des années 1940[40]. En effet, tout comme la « solidarité »[41], cette épithète reste avant tout rattachée au développement de l'Etat social[42]. Georges Ripert, en se référant à Condorcet, interprète la recherche du « progrès social » comme une marche vers l'égalité réelle des hommes[43], qui travaillaient alors à l'élaboration d'un nouveau Droit « coordonnant toutes les activités pour une organisation meilleure de la société »[44]. Ce dernier sera dénommé *Droit social* et l'égalité restera au cœur de son développement.

11. Au plan juridique, Gérard Lyon-Caen avait souligné l'ambiguïté du terme en France. A la différence du Droit allemand qui distingue *Arbeitsrecht* et *Sozialrecht*[45], le Droit français

---

[39] SUPIOT, Alain, *Grandeur et misère de l'Etat social. Leçon inaugurale au Collège de France*, Paris, Collège de France, 2013, p. 6.
[40] V. HERRERA, Carlos-Miguel, *Les droits sociaux*, PUF (Que sais-je ?), 2009, p. 3 ; MARZO, Claire, « La protection des droits sociaux dans les pays européens », *R. I. D. C.* 2011, pp. 203-224, spéc., p. 205.
[41] BLAIS, Marie-Claude, *La solidarité. L'histoire d'une idée*, Paris, Gallimard, 2007.
[42] EWALD, François, *Histoire de l'Etat providence : les origines de la solidarité*, Paris, Librairie générale française, 1996.
[43] RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit,* LGDJ, 1955, 2e éd., p. 54.
[44] *Ibid.* p. 55.
[45] Tout comme l'article L111-1 du Code de la sécurité sociale français qui donne une acception intéressante du « social » (« La sécurité sociale est fondée sur la solidarité nationale. »), le Code allemand de la sécurité sociale (*Sozialgesetzbuch*) donne aussi une explication particulièrement intéressante dans son article 1er : « Le droit du présent code doit déterminer les prestations sociales, y compris les aides sociales et éducatives, pour la réalisation de la justice sociale et de la sécurité sociale. Il doit aussi contribuer à : garantir une existence conforme à la dignité humaine ; créer des conditions égales pour le libre développement de la personnalité, en particulier pour les jeunes (…) » (« *Das Recht des Sozialgesetzbuchs soll zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit Sozialleistungen einschließlich sozialer und erzieherischer Hilfen gestalten. Es soll dazu beitragen, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, gleiche Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit,*

englobe sous la branche « sociale » les questions liées au travail et à la sécurité sociale. L'idée commune serait alors de lutter contre certaines situations défavorables à la vie en société[46]. Mais il y a aussi du « social » en matière civile (« objet *social* » des sociétés). Les frontières sont donc flottantes et il faudrait sans doute « savoir résister à la tentation de définir »[47]. L'auteur nous propose alors un choix entre le rejet pur et simple de l'emploi du mot, un sens commun qui renvoie à ce qui a rapport à la société (comme dans « histoire sociale ») et un sens strict qui correspond à la « res*ocial*isation » des personnes défavorisées[48]. D'autres juristes adoptent des acceptions plus ou moins proches : Georges Ripert les présente comme les « droits qui appartiennent à l'individu contre la société et lui donneront des avantages déterminés »[49] et Jean Rivero les définit comme des droits qui « concrétisent l'idée que ceux-ci sont en droit d'attendre du pouvoir la satisfaction de ceux de leurs besoins fondamentaux que ne peut assurer le jeu de la liberté »[50].

12. Dans une perspective économique et politique, Friedrich Hayek n'a pas hésité à radicaliser le rejet du mot « social » en considérant que la recherche de son sens conduit aux sables mouvants d'une confusion pernicieuse. Selon l'auteur, la « question sociale » s'est d'abord présentée comme « un appel à la conscience des classes dominantes, d'avoir à reconnaître leur responsabilité en ce qui concerne la situation et la sécurité des secteurs négligés de la société »[51]. Le « social » évoquait alors l'intérêt de la société entière et restait encore proche de son usage véritablement sensé (c'est-à-dire, ce qui a trait à la société). Mais il s'est substitué graduellement à d'autres adjectifs tels que « moral » ou « bon ». Le concept signifierait donc que « "la société" devait se considérer comme responsable de la situation matérielle de tous ses membres, et chargée de faire en sorte que chacun reçoive ce qui lui était "dû" »[52]. Ce développement tendrait alors à qualifier de « sociale » toute action désirable en société.

---

insbesondere auch für junge Menschen, zu schaffen (…) » La traduction est la nôtre.) Pour une explication, v. MUCKEL, Stefan, *Sozialrecht*, Munich, C. H. Beck, 2009, p. 18.

[46] LYON-CAEN, Gérard, « Divagations sur un adjectif qualificatif », *in Les orientations sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur de Jean Savatier,* PUF, 1992, pp. 345-351, p. 347.

[47] *Ibid.*, p. 345.

[48] *Ibid.*, p. 351.

[49] RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit, op. cit.* p. 293.

[50] RIVERO, Jean, et Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, Tome I, PUF, 2003, 9e éd., n°129.

[51] HAYEK, Frederich August, *Droit, législation et liberté*, traduit par Raoul Adouin, PUF, 2007, p. 478.

[52] *Ibid.*

13. L'hétérogénéité des droits sociaux est patente. Toutefois, de là à refuser l'emploi de cette notion, il y a un pas que nous ne franchirons pas. Non seulement elle fait partie d'une histoire qui a vu émerger l'Etat social en tant que catégorie juridique, mais il y a surtout une dimension axiologique qui se perdrait avec l'abandon pur et simple de ce terme. Comme le remarque M^me^ Claire Marzo, les droits sociaux ont une dimension positive qui est la recherche du bien-être : le droit de vivre la vie d'un être civilisée, voire la dignité[53]. Si « *socius* » désigne bien étymologiquement le compagnon ou le camarade[54], les droits sociaux correspondent alors aux droits qui permettent à l'individu d'accéder à cette vie sociale, que ce soit à travers la garantie de ressources matérielles essentielles, la reconnaissance d'un certain statut social ou encore la possibilité d'un agir commun. En ce sens, le « social » implique nécessairement l'existence d'autrui et se distingue de l'expression « libéral » qui peut ne renvoyer qu'à l'expression d'une seule subjectivité[55]. Il reste donc conceptuellement possible de penser la catégorie des droits sociaux au sein des droits fondamentaux. Notre thèse tentera de montrer que si les libertés et les droits sociaux peuvent partager la même structure d'application, il existe néanmoins une tension entre les deux valeurs qui déterminent ensemble leur application. Cette dimension axiologique se manifeste en particulier dans la fondation des droits sociaux que nous verrons dans un instant. Avant cela, il faudrait encore examiner l'épithète « fondamental ».

2. Des droits « fondamentaux »

14. Au premier abord, le « fondamental » ne semble pas plus clair et appartiendrait même à l'impressionnisme[56]. Deux questions pourraient toutefois nous aider à progresser dans notre interrogation : d'abord, d'un point de vue comparatif, si les « droits fondamentaux » demeurent assez proches dans leur usage des « libertés publiques » et des « droits de l'homme », quelles seraient les différences entre ces catégories ? Ensuite, quelles seraient des acceptions possibles du terme « fondamental » en soi ?

15. Concernant la première question, il est en effet souvent rappelé que le droit français ne connaissait pas la notion de « droits fondamentaux » jusqu'à la décennie 1970 et utilisait plus habituellement les notions de « libertés publiques » et de « droits de l'homme »[57]. Le P^r^

[53] MARZO, Claire, « La protection des droits sociaux dans les pays européens », *op. cit.*, p. 213.
[54] LYON-CAEN, Gérard, « Divagations sur un adjectif qualificatif », *op. cit.*, p. 345.
[55] Le fait de rêver et d'écrire une nouvelle avec son stylo est sans doute un exemple typique.
[56] PICARD, Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, spéc., p. 7.
[57] *Ibid.*

Patrick Wachsmann, qui défend la notion de « libertés publiques », explique que « [l]e recours à la notion de libertés fondamentales entend essentiellement traduire la place croissante qu'occupe, dans la définition des libertés publiques, la jurisprudence constitutionnelle »[58]. Si l'on s'en tient au droit positif français, il est en effet possible de nuancer l'importance de la catégorie de droits fondamentaux (surtout dans la période avant la création de la question prioritaire de constitutionnalité) par la place de la loi et de la jurisprudence du juge ordinaire[59]. Cependant, une vision plus comparative conduit d'autres auteurs à privilégier rapidement la notion de droits fondamentaux[60]. Jean Rivero, qui utilisait lui-même les « libertés publiques » pour son ouvrage de référence, remarquait que, « [à] la vieille idée, qui dominait tout le XIX^e^ siècle libéral, de la protection de la liberté *par la loi* tend à se substituer l'idée expérimentale de la nécessité de la protection des libertés *contre la loi* »[61]. D'autres auteurs ont repris cette considération et défend donc l'utilisation de l'épithète « fondamental »[62].

Quant aux « droits de l'homme », ils sont souvent présentés comme une doctrine philosophique ayant un statut pré-juridique, ou comme l'équivalent des droits fondamentaux lorsqu'il s'agit des instruments internationaux[63]. Cette explication n'est toutefois pas complète. Lors de l'étude de la fondation des droits sociaux fondamentaux, nous verrons qu'il est possible d'unir les droits fondamentaux et les droits de l'homme dans l'expression « droits fondamentaux de la personne » dont la Cour de justice de l'UE (CJUE) fait par ailleurs usage. Nous les emploierons donc dans cette thèse comme synonymes. Pour l'instant, retenons la connotation juridique du mot « fondamental » qui semble faire consensus.

16. La seconde question sur le sens du « fondamental » en soi devrait nous conduire à préciser cette connotation juridique. Le « fondamental » pourrait renvoyer à une norme juridique supra-législative, à un aspect formel. Une vision hiérarchique et normativiste pourrait dès lors être mise au jour[64]. Comme l'écrit le P^r^ Véronique Champeil-Desplats, « les promoteurs

---

[58] WACHSMANN, Patrick, *Libertés publiques*, Dalloz, 2013, 7^e^ éd., p. 4.
[59] En droit du travail par ex., les articles L1121-1 et L1132-1 du Code du travail continuent à jouer le rôle de protection des droits fondamentaux des travailleurs.
[60] V. FAVOREU, Louis (dir.), *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, *R. I. D. C.* 1981, n°2, pp. 249-671.
[61] RIVERO, Jean, « Synthèse », *R. I. D. C.* 1981, pp. 659-671, spéc. p. 661.
[62] FAVOREU, Louis et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2015, 7^e^ éd., p. 57 et s.
[63] *Ibid.*, p. 49, où les auteurs parlent de la « juridicisation des droits de l'homme ». De même, WACHSMANN, Patrick, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 5 ; SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016, 13^e^ éd., p. 17.
[64] Pour une discussion, FAVOREU, Louis et al., *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 63 et s. : « Esquisses d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques ».

des "droits fondamentaux" les identifient à leur niveau constitutionnel, souvent étendu au niveau international, de reconnaissance et de garantie »[65]. Cependant, il est sans doute plus juste de penser avec le Pr Etienne Picard que le fondamental ne s'épuise pas dans le constitutionnel, surtout lorsque le droit international et la loi participent à la protection de ces droits. C'est plutôt la substance qui est « essentielle », « importante » et « prééminente » et qui permet de saisir notre objet d'étude[66]. Autrement dit, la conception formelle, si elle est une aide précieuse dans l'identification des droits fondamentaux, n'est pas satisfaisante pour les définir.

17. Dès lors, il conviendrait de prêter davantage attention à la pluralité de conceptions possibles de la « fondamentalité » des droits. Outre l'approche formelle, il est possible d'avoir des conceptions axiologique, structurelle et consensuelle[67]. La conception axiologique situe les droits fondamentaux parmi les « valeurs inhérentes de l'humanité »[68] ; la conception structurelle considère les droits fondamentaux comme des éléments « sans lesquels un système juridique (…) perdrait ou changerait substantiellement son identité, sa cohérence ou son mode de fonctionnement »[69] ; la conception consensuelle, quant à elle, fait référence aux traditions constitutionnelles communes des Etats[70].

Au lieu de les opposer, il est permis de penser que ces conceptions (y compris la conception formelle) sont des manifestations différentes d'une même réalité, à savoir l'importance inhérente et substantielle des droits fondamentaux. Les valeurs expriment la signification métajuridique de la substance des droits fondamentaux et forment l'identité d'un système qui doit être inscrite dans l'acte juridique le plus important de celui-ci. Comme cette substance a pour point de référence l'être humain qui est une catégorie universelle, il n'est donc pas étonnant de la voir paraître dans différents systèmes juridiques étatiques. Dans cette perspective, les conceptions formelle et consensuelle relèveraient davantage de la *ratio cognoscendi* des droits fondamentaux – en observant les constitutions, on pourrait *connaître* les droits fondamentaux –, tandis que les conceptions axiologique et structurelle sont davantage du

---

[65] CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010, n°5, disponible à l'adresse suivante : http://juspoliticum.com/article/Des-libertes-publiques-aux-droits-fondamentaux-effets-et-enjeux-d-un-changement-de-denomination-290.html

[66] PICARD, Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, p. 9 et s.

[67] CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « Les droits et libertés fondamentaux en France, genèse d'une qualification », *in* LYON-CAEN, Antoine, et Pascal LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, pp. 11-37, spéc., pp. 27-30.

[68] *Ibid.*, p. 26.

[69] *Ibid.*, p. 28.

[70] *Ibid.*, p. 29.

côté de la *ratio essendi* de ces droits – ils sont fondamentaux dans la mesure où ils sont *inhérents* et *fondateurs* pour un système juridique. Pour préciser l'essence des droits fondamentaux, nous sommes donc conduits à nous demander quel est le sens de la fondation.

§2. La nécessaire fondation

18. L'idée de la fondation n'est pas inconnue en science juridique, mais elle n'est pas non plus son apanage. Le couple « fondation – application » est en réalité caractéristique de la raison pratique qui répond à la question « que faire ». Après avoir examiné brièvement l'idée même de la fondation (A), nous essayerons de répondre à la question posée plus haut, à savoir en quoi les droits sociaux fondamentaux participent de la fondation (B).

A. La démarche « fondationnelle »

19. L'image familière de la pyramide des normes[71] n'est certainement pas sans lien avec l'idée de la fondation juridique. L'approche positiviste à laquelle renvoie cette image adopte toutefois une vision assez particulière qui est l'auto-fondation du Droit (1) et qui coupe ainsi le lien entre les normes juridiques et les valeurs morales. Cette analyse s'avère néanmoins paradoxale même du point de vue interne et fait appel en dernier ressort à une hétéro-fondation (2).

1. L'impossible auto-fondation

20. Tous les positivismes juridiques n'adoptent pas une version stricte de l'auto-fondation du Droit. Il faudrait revenir à Kelsen de la *Théorie pure du droit* qui présente la version logico-transcendantale de la « norme fondamentale »[72]. En effet, Kelsen y affirmait de manière célèbre que la norme juridique qui est un « devoir être » (*Sollen*)[73] ne peut qu'être

---

[71] KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd. traduite par Charles Eisenmann, LGDJ-Bruylant, 1999, p. 224 et s.

[72] Il nous est impossible ici d'entrer dans l'évolution de la pensée de Kelsen qui voit progressivement s'affaiblir l'importance de cette fondation logico-transcendantale. V. l'introduction de Stanley L. Paulson *in* KELSEN, Hans, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, traduit par Béatrice Laroche et Valérie Faure, LGDJ-Bruylant, 1997.

[73] Dans ce développement sur la fondation, nous ne discuterons pas de cette distinction entre « être » (fait) et « devoir être » (norme). Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question dans l'application des droits fondamentaux. V. infra, n° 163 et s.

valide ou invalide et non pas vraie ou fausse[74]. Dès lors, cette validité objective[75] ne peut être conférée que par une autre norme de rang supérieur. Cette perspective *dynamique* de la fondation d'une norme juridique nous conduit alors, si l'on veut éviter la régression à l'infini, à la découverte de *la* norme fondamentale qui est la source de la validité de tout l'ordre juridique. D'après Kelsen, cette norme suprême « ne peut donc être que *supposée* »[76]. C'est une hypothèse logico-transcendantale au sens kantien[77] qui n'est pas voulue, mais pensée, en tant qu'elle est logiquement indispensable et nécessaire pour fonder la validité des normes[78]. Ainsi la norme fondamentale est-elle vide du point de vue de son contenu et la science juridique se libère aussi des discours métaphysiques pour devenir une véritable science. Le Droit se fonde par lui-même.

21. Cette conception rencontre cependant une difficulté lorsque Kelsen devait répondre à la question classique en théorie juridique : comment peut-on distinguer la menace d'un brigand de l'injonction du fisc ? A la différence des impérativistes qui ne voient pas de différence entre les deux, Kelsen maintient la distinction en se servant d'abord de la différence entre significations subjective et objective[79]. L'ordre du brigand est une menace subjective qui n'a aucune validité normative, tandis que l'injonction du fisc est fondée par des normes supérieures et ultimement par la norme fondamentale. Cependant, la question ne se trouve que déplacée : comment peut-on savoir que l'ordre du fisc se fonde sur la norme fondamentale, alors que celui du brigand ne l'est pas, étant donné que la norme fondamentale n'est qu'une hypothèse logique transcendantale sans contenu ? La simple explication normativiste ne suffit plus. Kelsen se voit donc contraint de recourir à la notion de « l'ordre de contrainte qui est en gros et en général efficace »[80]. La fondation du Droit emprunte finalement un critère sociologique de l'efficacité globale du système.

22. Il n'est pas rare de voir que la difficile justification de l'auto-fondation fait que les juristes recourent à une fondation sociologique, surtout lorsqu'ils rejettent la fondation axiologique. Citons brièvement l'autre version célèbre du positivisme juridique proposée par

---

[74] KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 18.
[75] Dans le vocabulaire de Kelsen, cette « objectivité » signifie qu'elle vient uniquement par le Droit lui-même, par opposition à la subjectivité qui résulte d'un homme rationnel. V. *Ibid.*, p. 10.
[76] *Ibid.*, p. 194.
[77] *Ibid.*, p. 201. Autrement dit, cette hypothèse logique est la condition même de penser la validité d'un système normatif.
[78] *Ibid.*, p. 203.
[79] *Ibid.*, p. 16.
[80] *Ibid.*, p. 201.

H. L. A. Hart. Comparé à Kelsen, Hart voit les fondements d'un système juridique dans ce qu'il appelle les « règles de reconnaissance »[81]. Une norme juridique, qui ferait partie des « règles primaires », est valide lorsqu'elle est conforme à tous les critères énoncés par les règles de reconnaissance qui forment les « règles secondaires »[82]. Cet examen ne constitue cependant que le point de vue *interne* de la validité juridique. Le point de vue *externe* reste le respect général, ou l'efficacité, empiriquement constaté des normes[83]. Le point de vue interne *présuppose* « la vérité du jugement externe constatant que le système est généralement efficace »[84]. A la différence de Kelsen qui adopte une hypothèse logique rigoureuse, Hart assouplit le caractère hypothétique de cette présupposition et considère que « [s]i la vérité de ce présupposé était mise en doute, on pourrait l'établir en se référant à une pratique effective »[85]. Une telle analyse conduit Hart à voir dans les normes juridiques toujours des normes sociales : la validité reste attachée à une certaine conception de l'effectivité. C'est précisément sur ce point que Ronald Dworkin a développé sa fameuse critique du positivisme hartien[86]. Mais nous ne développons pas cette critique ici, car notre objet principal reste la question de la fondation et nous espérons avoir clarifié en quoi l'auto-fondation de la normativité juridique reste une illusion. Il faudrait alors considérer la question de l'hétéro-fondation.

2. L'esquisse d'une hétéro-fondation

23. Un positiviste serait sans doute frappé par la lecture de certains textes juridiques de l'UE qui affirment explicitement le lien entre droits fondamentaux de la personne et les valeurs de l'UE[87]. Si l'on prend au sérieux ces textes qui expliquent sur quoi « se fonde » l'UE, des

---

[81] HART, Herbert L. A., *Le concept de droit*, traduit par Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005, 2e éd., p. 119.
[82] *Ibid.*, pp. 119-120.
[83] *Ibid.*, p. 121.
[84] *Ibid.*, p. 123.
[85] *Ibid.*, p. 127.
[86] DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Bloomsbury, 2013, spéc., les chapitres 2 et 3. Brièvement, nous pouvons dire que Dworkin récuse l'enfermement positiviste du Droit dans les normes sociales existantes. Il constate que certaines normes ne peuvent pas être constatées empiriquement dans une société. Pourtant, elles existent bien de manière normative (par ex., la question de savoir si un héritier peut profiter d'une mort causée par lui-même ou encore celle de savoir si les enfants doivent porter un bonnet dans une église. V. p. 39 et p. 78.).
[87] Citons ici deux occurrences emblématiques : d'abord, l'article 2 du TUE prévoit que « [l]'Union *est fondée* sur les *valeurs* de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces *valeurs* sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes » ; ensuite, le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'UE énonce que « [l]es peuples d'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes. Consciente de son patrimoine spirituel et moral, *l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles* de dignité humaine, de liberté,

conséquences juridiques ne manqueront pas de surgir. Certains auteurs ont déjà remarqué l'importance de cette « fondation axiologique » de l'UE : dans le contexte de l'Europe sociale, le P[r] Filip Dorssemont souligne que les droits sociaux relèvent de la valeur de solidarité qui est normalement supérieure aux « objectifs » économiques du marché commun[88]. Plus généralement, le P[r] Thilo Rensmann note deux précédents de cette démarche[89] : la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948[90] et la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne de 1949[91]. En effet, à part la Charte des droits fondamentaux adoptée en 2000, les autres références aux valeurs ont fait leur première apparition dans le traité constitutionnel[92]. C'est donc un trait propre à la constitutionnalisation de l'Europe. Si la démarche ne semble pas isolée[93], sa signification doit encore être précisée, surtout en matière de validité juridique.

24. Pour commencer, on peut penser que, s'il y a une hétéro-fondation du Droit, cela signifie que la validité d'une norme juridique est éminemment substantielle : une norme est valide lorsqu'elle respecte le contenu d'une autre norme et, ultimement, lorsqu'elle est conforme aux valeurs proclamées par un système juridique. Cela ne veut pas dire que les aspects formels n'ont pas de rôle à jouer. Bien au contraire, l'aspect formel permet la bonne application des normes une fois que le système est fondé dans son ensemble. Dans sa *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, le doyen Gény citait le passage suivant qui nous paraît d'une très grande pertinence pour notre interrogation :

25. « Toute connaissance humaine a deux faces : les principes et les applications. Les principes relèvent de la science, les applications relèvent de l'art. Cette distinction élémentaire domine toutes les études juridiques (…) ; il existe deux sortes de droit, le droit pur et le droit appliqué. Le premier est un droit idéal, fondé sur les attributs constants de la nature humaine et

---

d'égalité et de solidarité; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice ». (Nous soulignons.)

[88] DORSSEMONT, Filip, « Values and Objectives », *in* BRUUN, Niklas, Klaus LÖRCHER, et Isabelle SCHÖMANN (éd.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart, 2012, pp. 45-59.

[89] RENSMANN, Thilo, *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 9 et p. 330.

[90] Dans le préambule de la DUDH, on lit notamment que « dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes (…) et ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande ».

[91] V. l'article 1[er] de la Loi fondamentale : « La dignité de l'être humain est intangible (…). »

[92] PRIOLLAUD, François-Xavier, et David SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne*, Paris, La documentation française, 2008, p. 26 et s.

[93] DAVIS, Dennis, Cheryl SAUNDERS, et Alan RICHTER (éd.), *An inquiry into the existence of global values : through the lens of comparative constitutional law*, Oxford, Hart, 2015.

les faits généraux du monde social (…) ; il a pour objet la distinction suprême du juste et de l'injuste sans acception d'époque ou de milieu : c'est la science juridique. Le second s'applique à résoudre le même problème dans l'intérêt spécial d'un siècle ou d'un pays ; il est actuel, écrit, positif ; il interprète la loi ; il en commente la lettre et en sonde l'esprit ; il fournit la solution des questions innombrables et compliquées de la vie pratique : c'est l'art juridique.[94] »

26. Face à la floraison de nouvelles sciences sociales, « l'art juridique » était perçu comme une appellation quelque peu « dédaigneuse » (Kelsen ne s'était-il pas donné la tâche de redonner le statut de science aux études juridiques ?). A notre sens, l'un des grands mérites de Gény est d'avoir souligné « l'importance de l'un et de la dignité de l'autre »[95]. Procédant à un « examen de conscience », il réaffirme la mission de la jurisprudence qui se place « sur le terrain de l'interprétation du *pur droit positif* ; domaine (…) de tous ceux qui ont à dégager les solutions juridiques, applicables, non pas *idéalement ou rationnellement*, mais *concrètement et en fait*, aux questions que soulèvent les conflits d'intérêts humains »[96]. Outre le projet de rénovation qui aboutira à la libre recherche du droit[97], ce passage montre que Gény avait bien saisi la nécessité d'établir un pont entre les nouvelles sciences qui étudient la raison du Droit et les savoirs traditionnels qui *appliquent* le Droit[98]. La fondation est la garantie de la *justice* du Droit. Mais ces connaissances ne sont pas suffisantes pour établir les règles juridiques concrètes : il faut une méthode pour leur application[99]. Il s'agit de la *justesse*.

27. Pour revenir à la fondation, dans un autre registre, Kant lui a donné un sens encore plus précis. Dans sa *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*[100], Kant explique que « non seulement les lois morales, y compris leurs principes, se distinguent essentiellement, dans toute

---

[94] TURGEON, Charles, « L'Enseignement des Facultés de droit de 1789 à 1889 », *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, 1°, t. XIX, p. 274, cité par GENY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1, LGDJ, 1919, p. 2.
[95] *Ibid.*, p. 5.
[96] *Ibid.*, p. 14.
[97] Sur cet aspect, v. FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2011, p. 471 et s.
[98] *Ibid.*, p. 5 : « Toute la mission de la jurisprudence, dans l'ordre positif, consiste à dégager et à appliquer aux relations, qu'engendre l'état de société, sous la sanction coercitive qu'assure la force du pouvoir social, des règles, qui soient de nature, en satisfaisant notre intime sentiment de justice, à maintenir entre tous les intérêts, avec la sécurité essentielle, l'harmonie désirable, conformément à la fin assignée par Dieu à l'humanité »
[99] *Ibidem.*
[100] La traduction usuelle de ce titre en français est *Fondements de la métaphysique des mœurs* (v. Paris, Vrin, 2008, traduction de Victor Delbos, revue et annotée par Alexis Philonenko), ce qui occulte malheureusement l'action que Kant a voulu souligner : fondation (*Grundlegung*). Les éditeurs de l'ouvrage précité le soulignent eux-mêmes (v. p. 7, note 1). On trouve aussi l'emploi de *Fondation de la métaphysique des mœurs* dans certaines études sur Kant, v. par ex., KERVEGAN, Jean-François, *La Raison des normes : Essais sur Kant*, Paris, Vrin, 2015.

connaissance pratique, de tout ce qui renferme quelque chose d'empirique, mais encore toute philosophie morale repose entièrement sur sa partie pure, et, appliquée à l'homme, elle ne fait pas le moindre emprunt à la connaissance de ce qu'il est (…), mais elle lui donne, au contraire, en tant qu'il est un être raisonnable, des lois *a priori* »[101]. La fondation au sens de Kant, c'est donc le dévoilement des principes *a priori* d'un agir humain. La particularité de Kant est qu'il procède à une fondation transcendantale, c'est-à-dire en dehors de toutes données empiriques. Ces principes fondateurs doivent recevoir donc l'examen de la raison. On peut également noter que, même si Kant n'a étudié dans cet ouvrage que la « fondation » des principes moraux, il n'a pas oublié de souligner l'importance de leur application et écrivit que « [la morale] dans son *application* (*Anwendung*) aux hommes a besoin de l'anthropologie »[102]. En cela, il est rejoint par Gény qui reconnaît l'égale importance des deux dans le domaine des actions humaines.

28. Avec cette clarification, nous pouvons certainement dire que la phrase « l'Union est fondée sur les valeurs » ne signifie rien d'autre que celles-ci doivent être comprises comme la raison substantielle qui confère la validité à toute norme particulière au sein de l'UE. En effet, on peut entendre ici par « valeurs » des finalités qu'il serait bon de poursuivre[103]. Dès lors, un champ de discussion *a priori* est ouvert sur ce qu'il faut entendre par ces valeurs. Seuls les résultats jugés rationnels de ces discussions fonderont ensuite l'application des droits. Le Droit ne se fonde donc pas sur lui-même, mais sur une certaine conception de la raison, discutée, débattue et toujours ouverte à de nouvelles interprétations.

29. Une telle fondation substantielle n'est pas rare dans l'analyse de la normativité juridique. On pourrait penser à la *Théorie de la justice* de John Rawls[104] . Pour examiner les droits et libertés garantis par une démocratie constitutionnelle, surtout par le principe de l'Etat de droit (*rule of law*)[105], il commence par établir les principes *a priori* de la justice au travers de l'expérience de pensée de la position originelle[106]. Dans une approche dogmatique du Droit,

---

[101] KANT, Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, pp. 71-72 (Ak, Bd. IV, 389).
[102] *Ibid.*, p. 112 (Ak, Bd. IV, 412).
[103] En ce sens, les valeurs permettent de formuler aussi des prescriptions. Il est cependant vrai que, strictement parlant, les énoncés axiologiques qui servent à « évaluer » ne sont pas tout à fait les mêmes que les énoncés normatifs : une bonne chose n'indique pas directement un *devoir* de la rechercher. V. OGIEN, Ruwen, « Normes et valeurs », *in* CANTO-SPERBER, Monique (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Tome 2, PUF, 2004, pp. 1354-1368.
[104] Ce n'est pas une simple œuvre de philosophie politique. Comme l'a dit R. Dworkin, « *Professor Rawls of Harvard (..) has published an abstract and complex book about justice which no constitutional lawyer will be able to ignore* ». DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 183.
[105] RAWLS, John, *Théorie de la justice*, traduit par Catherine Audard, Points, 2009, p. 231 et s., spéc., p. 271 et s.
[106] *Ibid.*, p. 168 et s.

le P[r] Pierre Legendre avait écrit que « [q]ui dit fondement dans l'économie normative du sujet et de la société, dit ternarité. (…) A l'ère de la civilisation techno-scientifique qui a refoulé ses soubassements mythologiques et religieux, on n'aperçoit pas la facture logique du lieu de la Référence fondatrice, de ce lieu-Tiers des relations interindividuelles ou bien sociales et qui préside à la construction du sujet »[107]. Bien que la « Référence fondatrice » reste loin d'être identique dans les deux approches, la même nécessité de fonder le Droit sur une certaine conception substantielle de la raison apparaît.

30. En matière de droits fondamentaux, le P[r] Alain Supiot a montré l'importance cruciale de ce processus de fondation qui permet d'avoir par la suite un « bon usage des droits de l'homme »[108]. L'Homme des droits de l'homme conserve l'héritage dogmatique de l'Occident : il est à la fois un individu – particule élémentaire de la « famille humaine », un souverain – titulaire d'une dignité propre, et une personne – sujet ayant une identité[109]. Prendre conscience de cette fondation à la fois rationnelle (donc universelle) et particulière des droits de l'homme permet alors d'échapper aux « trois figures du fondamentalisme occidental » : le messianisme qui voit dans les droits de l'homme le Texte révélé de la modernité qui devrait être répandu dans le monde entier[110] ; le communautarisme qui refuserait toute ouverture aux autres cultures et aux autres interprétations de ces droits ; et le scientisme qui veut réduire les droits de l'homme à une compréhension biologique ou économique de l'être humain. Les droits de l'homme sont plus exactement des « ressources communes de l'humanité » qui accueillent des interprétations et des applications diverses. Notre esquisse de fondation n'est rien d'autre qu'une telle interprétation qui s'efforce de comprendre avec l'héritage européen la place des droits sociaux fondamentaux dans un système juridique comme l'UE.

B. La fondation idéelle des droits sociaux fondamentaux

31. Lorsque l'indivisibilité des droits fondamentaux est en train de devenir un consensus, il est intéressant de constater que ce tournant s'accompagne de l'affirmation de

[107] LEGENDRE, Pierre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, pp. 12-13.
[108] SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 275 et s.
[109] *Ibid.*, p. 279 et s.
[110] *Ibid.*, p. 286. Comme l'écrit parfaitement le P[r] Supiot : « L'interprétation fondamentaliste des droits de l'Homme consiste à couper le principe d'égalité de toute espèce de référence qui lui serait extérieure (…) ». (p. 287)

l'éminence de la dignité humaine dans les systèmes de protection de droits de l'homme[111]. Le P[r] Mireille Delmas-Marty y voit un « principe régulateur » pour la mondialisation du droit[112]. Dans les dispositions déjà citées du droit primaire de l'UE sur sa fondation, nous remarquons toujours la place première de la dignité humaine dans l'ordre des valeurs[113]. Nous devrions pouvoir proposer une manière[114] de fonder positivement les droits sociaux fondamentaux (1) à partir de cette « base des droits fondamentaux »[115], avant d'examiner les critiques qui ont été émises à leur égard (2).

1. La dimension sociale de la dignité humaine

32. A nouveau, on rencontre une expression difficile à saisir. Le P[r] Paul Cassia écrit que « "la dignité" grignote de manière exponentielle les discours juridiques, sociétaux, philosophiques, politiques »[116]. Il nous est impossible de traiter ici de manière exhaustive l'évolution de ce concept qui a une longue histoire[117]. Remarquons simplement que le concept de dignité était traditionnellement lié à une certaine distinction méliorative d'une personne. Dans l'antiquité gréco-romaine sous l'influence stoïcienne, il s'agit d'un statut qui représente

---

[111] V. l'excellente étude philosophico-juridique et comparative de SANDKÜHLER, Hans Jörg, *Menschenwürde und Menschenrechte : über die Verletzbarkeit und den Schutz der Menschen*, Fribourg-en-Brisgau, K. Alber, 2014.

[112] DELMAS-MARTY, Mireille, *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2016, p. 106. Il est intéressant de remarquer que, dans sa recherche des principes régulateurs au niveau méta-juridique, le P[r] Delmas-Marty ne se limite pas à la protection des personnes humaines, ce qui est notre sujet ici. Elle a donc pu ajouter au principe de dignité humaine un principe de solidarité planétaire qui participe de, si l'on ose dire, son esquisse de fondation du droit mondial.

[113] V. art. 2 du TUE et l'art. 1 de la CDFUE. Le même type d'affirmation se trouve dans les deux autres précédents importants pour l'UE que nous avons mentionnés, à savoir la DUDH (art. 1[er] : Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. (…) ») et la Loi fondamentale allemande (art. 1[er] §1 : « La dignité de l'être humain est intangible. (…) ».

[114] Nous ne prétendons bien sûr pas à l'exhaustivité ici. V. un long développement sur la question de l'indivisibilité des droits de l'homme dans NIVARD, Carole, *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, avec une préface de Frédéric Sudre, Bruylant, 2012. Nous voudrions toutefois insister sur l'importance particulière de la fondation par la dignité humaine, « base des droits fondamentaux ».

[115] C'est l'expression des *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux*. Sur la valeur juridique de ces explications, v. infra, n° 115.

[116] CASSIA, Paul, *Dignité(s)*, Dalloz, 2016, p. 13.

[117] Parmi une littérature immense, v. par ex., DÜWELL, Marcus, Jens BRAARVIG, Roger BROWNSWORD et Dietmar MIETH (éd.),*The Cambridge Handbook on Human Dignity : Interdisciplinary Perspectives*, CUP, 2014, où l'on trouve un panorama impressionnant d'analyses conceptuelles diachroniques (10 chapitres sur la dignité humaine dans l'histoire européenne) et trans-civilisationnelles ; DE KONINCK, Thomas, et Gilbert LAROCHELLE (éd.), *La dignité humaine : philosophie, droit, politique, économie, médecine*, PUF, 2005, spéc., chapitre 2, « Archéologie de la notion de dignité humaine », pp. 13-50 ; FIAT, Éric, *Petit traité de dignité : grandeurs et misères des hommes*, Paris, Larousse, 2010, où l'auteur propose cinq conceptions de la dignité humaine (conceptions bourgeoise, monothéiste, kantienne, relationnelle et moderne) ; KATEB, George, *Human Dignity*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, qui met notamment en lien la dignité humaine et les droits de la personne ; ROSEN, Michael, *Dignity. Its History and Meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 2012 ; BRANDHORST, Mario, et Eva WEBER-GUSKAR (éd.), *Menschenwürde. Ein philosophische Debatte über Dimensionen ihrer Kontingenz*, Berlin, Suhrkamp, 2017, qui étudie la question de la contingence dans la dignité.

l'honneur et le respect accordés à une personne pour ses mérites ou valeurs personnels[118]. Cette conception qui décrit un rang social des « dignitaires » reste naturellement loin de la conception moderne démocratique qui reconnaît « l'égale dignité » des êtres humains. La conception de Kant[119] a contribué puissamment au passage entre les deux (a). Elle n'est toutefois pas univoque, si bien qu'un aspect social devient aujourd'hui visible (b).

a. La conception de la dignité humaine chez Kant

33. La formulation célèbre de la dignité humaine par Kant se trouve d'abord dans la *Fondation de la métaphysique des mœurs*. Il convient de noter que, contrairement à ce qui est souvent présenté dans la littérature sur cette question, la démarche de Kant ne vise pas à définir d'abord la dignité humaine, mais s'inscrit dans la découverte de l'impératif catégorique qui est le principe *a priori* de l'agir moral. C'est à partir de l'exigence d'inconditionnalité du principe *a priori* que Kant retrouve la nécessaire universalité de la loi morale, d'où la première formulation de l'impératif catégorique : « Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle. »[120]

Pour affirmer que cette loi est nécessaire pour les êtres raisonnables dans le domaine de l'action, encore faudrait-il, nous dit Kant, qu'elle rencontre le concept de la volonté d'un être raisonnable en général. « Or ce qui sert à la volonté de principe objectif pour se déterminer elle-même, c'est la *fin* (*Zweck*) (…). »[121] Les fins relatives (en particulier les fins matérielles en lien avec les désirs d'un sujet) ne permettent pas de fonder des impératifs catégoriques ou des lois universelles. Pour que ces derniers soient possibles, il faut donc qu'il y ait au moins une valeur absolue, une fin en soi (*Zweck an sich selbst*). Kant ajoute ici sa proposition fondamentale :

---

[118] On cite alors souvent Cicéron qui définit la dignité comme « un prestige que quelqu'un a bien acquis et qui mérite le respect, les honneurs et la déférence » (*De Inventione*, II, 166). V. CASSIA, Paul, *Dignité(s)*, *op. cit.*, p. 40 ; OBER, Josiah, « Meritocratic and civic dignity in Greco-Roman antiquity », DÜWELL, Marcus, et alii (éd.),*The Cambridge Handbook on Human Dignity*, *op. cit.*, pp. 53-63.

[119] Sur la conception kantienne de la dignité humaine, on peut consulter SENSEN, Oliver, *Kant on Human Dignity*, Berlin, De Gruyter, 2011 ; LÖHRER, Guido, *Menschliche Würde: wissenschaftliche Geltung und metaphorische Grenze der praktischen Philosophie Kants*, Fribourg, K. Alber, 1995. La conversion interne de Kant, effectuée sous l'influence de Rousseau, est aussi très significative sur ce passage. M. Olivier Sensen cite au début de son ouvrage le passage suivant de Kant (v. p. 11, Ak, Bd. 20, p. 44, nous traduisons.) : « Je suis un chercheur par inclination. J'ai un désir brûlant pour le savoir (...). Il fut un temps où je croyais que cela constituait l'honneur de l'humanité et je méprisais le peuple, qui ne connaît rien. Rousseau m'a mis sur la bonne voie à ce propos. Ce préjugé contraignant disparut. J'ai appris à honorer l'humanité (...) ».

[120] KANT, Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 128 (Ak, Bd. IV, 421). Notons avec A. Philonenko que l'emploi de la deuxième personne du singulier reste une « pure transcription du latin » qui n'implique en rien un individualisme a-social chez Kant.

[121] *Ibid.*, p. 140 (Ak, Bd. IV, 427).

« Or je dis : l'homme, et en général tout être raisonnable, *existe* comme fin en soi, et *non pas simplement comme moyen* dont telle ou telle volonté puisse user à son gré »[122]. C'est donc la raison qui fait qu'il existe des *personnes* (concept donc plus large que celui des « êtres humains ») qui sont une *fin en soi* et qui ont une *valeur absolue* : « la nature raisonnable existe comme fin en soi »[123]. Par conséquent, Kant obtient une nouvelle formulation de l'impératif catégorique, qui est « l'une de ses plus hautes pensées »[124] : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen. »

34. A partir de cette formule, il est possible de considérer les relations des êtres raisonnables comme un « règne des fins », où ils agissent par *devoir* sous le commandement de la loi morale universelle. Dans le règne des fins, « tout a un PRIX ou une DIGNITE »[125]. Ce qui a un prix est remplaçable, tandis que ce qui a une dignité est supérieur à tout prix et n'admet pas d'équivalent. Une certaine persistance de la logique hiérarchique se constate, mais il s'agit de la distinction des êtres raisonnables face aux *choses*. En même temps, dans le règne des fins, les êtres raisonnables se caractérisent par l'action d'établir la loi morale, autrement dit, une « prérogative »[126]. Est-ce dire que la dignité humaine consiste à une certaine manière d'agir ? Et partant, qu'elle a une dimension active et sociale ?

b. La dignité comme forme digne de vie

35. Face à cette question, certains commentateurs remarquent que, presque quinze ans plus tard, la reformulation par Kant du concept de dignité dans sa *Métaphysique des mœurs* (plus exactement dans sa deuxième partie *Doctrine de la vertu* laisse penser qu'il y a deux conceptions possibles[127]. D'après la nouvelle formulation : « [l]'humanité elle-même est une dignité ; en effet, l'homme ne peut être utilisé par aucun homme (…) simplement comme moyen, mais doit toujours être traité en même temps comme fin, et c'est en cela que consiste

[122] *Ibid.*, p. 141 (Ak, Bd. IV, 428).
[123] *Ibid.*, p. 142 (Ak, Bd. IV, 429).
[124] L'expression est d'A. Philonenko qui souligne l'universalité de cette pensée de Kant, reprise par les courants tant marxistes que catholiques. V. *Ibid.*, p. 142, note 1.
[125] *Ibid.*, p. 152 (Ak, Bd. IV, 434), les majuscules sont dans le texte. Cette distinction vient d'une tradition stoïcienne, v. *Menschliche Würde*, *op. cit.*, p. 35.
[126] *Ibid.*, p. 158 (Ak, Bd. IV, 438).
[127] VON DER PFORDTEN, Dietmar, « Zur Würde des Menschen bei Kant », *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2006 (Vol. 14), pp. 501-517 ; dans une moindre mesure, v. LÖHRER, Guido, *Menschliche Würde*, *op. cit.*, p. 22.

précisément sa dignité (la personnalité) »[128]. La formule est davantage passive et se focalise sur la préservation de la « personnalité », à la différence donc de la précédente conception fondée sur une action.

36. A notre avis, les deux formulations de la dignité humaine par Kant sont, malgré les quinze ans d'écart, relativement proches. Cela n'empêche pas de reconnaître une certaine tension au sein même du concept de la dignité qui aujourd'hui est explicitée plus souvent par certains philosophes.

Certains expliquent par exemple qu'il peut y avoir une tension entre deux tendances à comprendre la dignité humaine : l'une est orientée vers le bien et la vie digne (*Gelingenkonzeption*) qui voit la dignité humaine dans une certaine forme de vie ancrée dans les conditions sociales ; l'autre se dirige vers la liberté (*Freiheitskonzeption*) qui voit dans la dignité humaine « la capacité fondamentale de la subjectivité d'agir conformément à un jugement libre qui lui est propre »[129]. D'autres sont plus directement orientés vers la conception de la dignité comme forme de vie[130]. La conception libérale pourrait se formuler de manière juridique comme une injonction aux autres de ne pas intervenir dans le domaine de la liberté personnelle, tandis que la conception sociale se formulerait en termes de possibilités d'action positive. Partant, on pourrait dire que la manifestation concrète de la dignité humaine est tant le *devoir* des autres de ne pas lui porter atteinte que le *droit* de l'être humain d'avoir le respect de l'autre[131]. Kant faisait lui-même ce lien entre la dignité humaine et les droits des hommes[132].

37. Après ce passage de la dignité humaine aux droits humains, nous voyons clairement que, dans la théorie des « générations des droits de l'homme », les droits civils et politiques se rattachent davantage à la conception libérale de la dignité humaine, tandis que les droits sociaux relèvent plus directement de la conception agissante ou sociale. Il n'y pas lieu de choisir l'une

---

[128] KANT, Emmanuel, *La métaphysique des mœurs*, traduit par Joëlle Masson et Olivier Masson, *in* ALQUIE, Ferdinand (dir.), *Œuvres philosophiques*, tome III, Paris, Gallimard, 1986, p. 758 (Ak, Bd VI, p. 462).

[129] MENKE, Christoph, et Arnd POLLMANN, *Philosophie der Menschenrechte. Zur Einführung*, Hambourg, Junius, 2007, p. 165.

[130] BIERI, Peter, *La dignité humaine : une façon de vivre*, traduit par Nicole Thiers, Paris, Buchet-Chastel, 2016, p. 10 : « [l]a dignité de l'homme (…) ici est une certaine manière de vivre une vie d'homme. Un canevas pour penser, vivre et agir ».

[131] Sur le lien étroit entre les droits de l'homme et la dignité humaine, v. HABERMAS, Jürgen, « La conception de la dignité humaine et l'utopie réaliste des droits de l'homme », dans son ouvrage : *La constitution de l'Europe*, Paris, Gallimard, 2012, pp. 133-158.

[132] KANT, Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 144 (Ak, Bd. IV, 430) : « il apparaît clairement que celui qui viole les droits des hommes (*Rechte der Menschen*) a l'intention de se servir de la personne des autres simplement comme d'un moyen, sans considérer que les autres, en qualité d'êtres raisonnables, doivent être toujours estimés en même temps que comme des fins. »

ou l'autre conception. Cette ambivalence renvoie elle-même à l'invisibilité des droits fondamentaux de la personne. Comme l'écrit le Pr Muriel Fabre-Magnan, on pourrait parfaitement concevoir que, pour mener une vie digne, il faudrait non seulement pouvoir résister à des traitements avilissants, mais aussi avoir les moyens nécessaires pour satisfaire les besoins vitaux[133]. La dignité humaine va encore au-delà et nous verrons donc d'autres droits sociaux fondamentaux dans l'ordre de l'être et celui de l'action[134].

2. Critiques des droits sociaux fondamentaux

38. Après l'éventuelle fondation positive des droits sociaux fondamentaux, il nous faut revoir les critiques adressées à leur égard. Elles peuvent être dirigées ou bien contre le caractère « social » de ces droits à travers une théorie de la société (a), ou bien contre leur caractère « fondamental » sous l'angle de philosophie du droit (b).

a. Critiques de philosophie sociale

39. La plus forte critique dans ce domaine vient sans doute de l'analyse libérale des droits sociaux. Hayek s'appuie sur une analyse de l'ordre spontané de la société libre pour montrer le non-sens de la « justice sociale » et par conséquent, le non-sens des droits sociaux. Selon lui, « [d]ans une société libre, le bien commun consiste principalement en la facilité offerte à la poursuite des objectifs individuels inconnus »[135]. Le fonctionnement de la société dépasse ainsi les acteurs au point que, « [m]ême dans les sociétés modernes d'Etat-Providence, les besoins quotidiens les plus nombreux et les plus importants des multitudes sont remplis par le résultat de processus dont les aspects concrets ne sont ni ne peuvent être connus des dirigeants »[136].

Par conséquent, « [l]e plus important des bienfaits publics pour lesquels le gouvernement est nécessaire, ce n'est donc pas la satisfaction directe des intérêts de qui que ce

---

[133] FABRE-MAGNAN, Muriel, « La dignité humaine en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, pp. 1-30, spéc. p. 23 et s.
[134] La distinction proposée par le Pr Supiot entre avoir, être et agir nous sera d'un grand secours : SUPIOT, Alain, « L'idée de justice sociale », *in* BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, éd. Pedone, 2013, pp. 5-30. On pourrait encore élargir notre recherche vers d'autres civilisations. La dignité humaine est loin d'être une notion limitée à l'Occident. Pour des acceptions selon les traditions bouddhiste, confucéenne et taoïste, v. Roger BROWNSWORD et Dietmar MIETH (éd.),*The Cambridge Handbook on Human Dignity : Interdisciplinary Perspectives*, *op. cit.*, p. 170 et s.
[135] HAYEK, Friederich August, *Droit, législation et liberté*, traduit par Raoul Adouin, PUF, 2007, p. 324.
[136] *Ibid.,* p. 325.

soit, mais la réalisation de conditions dans lesquelles les individus et les petits groupes auront des chances favorables de se fournir mutuellement de quoi satisfaire à leurs besoins respectifs »[137].

40. En effet, Hayek oppose « *kosmos* » et « *taxis* », le premier étant « un ordre issu de la pratique »[138], le second « un ordre arrangé ou disposé »[139]. « La "justice sociale" ne peut avoir de signification que dans une économie dirigée ou commandée (…) où les individus se voient commander ce qu'ils ont à faire. »[140] Une société libre, fondée sur le marché étant nécessairement un *kosmos*, la « justice sociale » est donc vide de sens.

De plus, les droits des individus sont considérés dans cette théorie comme le passage d'une conception négative de « justice » (règle négative de bonne conduite) à une conception positive. Ils ne créent de créances que si une personne ou une organisation a volontairement souscrit des engagements dans de circonstances particulières. Les règles de juste conduite « en tant que telles, en l'absence des circonstances spéciales auxquelles elles font référence, ne peuvent conférer à personne aucun droit sur des choses ou services déterminés. »[141] Il n'y a donc qu'une sorte de justice commutative. Hayek boucle ainsi son raisonnement : « Il est absurde de parler d'un droit à une situation matérielle que personne n'a le devoir, ni peut-être le pouvoir, de créer. Cela n'a pas davantage de sens de parler d'un droit ou créance à l'encontre d'un ordre spontané, tel que celui d'une société, à moins qu'on ne veuille dire par là que le devoir incombe à quelqu'un de transformer ce *kosmos* en une organisation, et d'assumer ainsi le pouvoir d'en diriger les résultats »[142].

41. Le P[r] Supiot a bien souligné que ce rêve du « marché total » était une idée erronée de l'ordre de la nature et qu'il conduisait à l'établissement d'un darwinisme social[143]. En cela, ces critiques de Hayek sont idéologiques. Nous ajouterons une remarque : la théorie de Hayek part de l'organisation sociale dans son ensemble (en particulier l'ordre spontané) pour concevoir les personnes et leurs droits. Une telle vision ne nous dit rien de ce qu'est réellement l'homme. Que dit Hayek alors à cet égard ? Il nous semble que le fameux *postscriptum* « *Why*

---

[137] *Ibid.*
[138] *Ibid.,* p. 124.
[139] *Ibid.*
[140] *Ibid.,* p. 460.
[141] *Ibid.,* p. 518.
[142] *Ibid.*, p. 519.
[143] SUPIOT, Alain, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total,* Paris, Seuil, 2010, p. 31 et s.

I Am not a Conservative » que Hayek ajouta à sa *Constitution of Liberty* peut être une réponse éclairante. En opposant le libéralisme et conservatisme, Hayek écrit que « *one of the fundamental traits of the conservative attitude is a fear of change, a timid distrust of the new as such, while the liberal position is based on courage and confidence* »[144]. Plus exactement, face aux changements et aux nouveautés, « *[w]ithout preferring the new merely because it is new, the liberal is aware that it is of the essence of human achievement that it produces something new* »[145]. Cela révèle en effet la valeur fondamentale de la liberté aux yeux de Hayek, qu'il a par ailleurs bien expliquée dans la première partie du livre. Si l'on pense maintenant à sa conception de l'organisation sociale qui est radicale[146], nous pouvons dire que cette valeur fondamentale de la liberté est devenue dominante, voire impérative, à l'égard d'autres valeurs, ce qui a conduit le néolibéralisme dans l'impasse. Ainsi considérée, la doctrine de Hayek nous rappelle aussi que, lorsque nous voulons souligner les droits sociaux dans le système de valeur représenté par l'ensemble de l'ordre constitutionnel, nous ne pouvons pas non plus les mettre dans une position de domination : la liberté est aussi à préserver. C'est par ailleurs dans ce sens que les droits fondamentaux, ainsi que les valeurs qu'ils véhiculent, font un système objectif. Au demeurant, cette question de la domination d'une certaine valeur est bien envisagée dans certaines critiques de philosophie du droit.

b. Critiques de philosophie du droit

42. Les critiques contre la conception axiologique des droits fondamentaux ont donné naissance à un fameux pamphlet de Carl Schmitt intitulé « la tyrannie des valeurs » (1). Sans être tout à fait séparées de cette approche, d'autres critiques lient la conception des droits fondamentaux à la démocratie (2).

i. La tyrannie des valeurs

43. Dans la version augmentée de l'essai de Carl Schmitt datant de 1967[147], on peut trouver deux critiques principales : tout d'abord, la « valeur » est devenue avant tout une notion

[144] HAYEK, Friedrich August, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, p. 400.
[145] *Ibid.*, p. 404.
[146] Il arrive que Hayek paraisse aussi modéré. En effet, tournant ensuite son regard vers le socialiste, Hayek explique que le libéral se situe à mi-chemin entre le rationalisme exagéré d'un socialiste et le mysticisme irrationnel d'un conservateur : « *the liberal is fundamentally a skeptic* » (v. *Ibid.*, p. 406). Mais visiblement ce scepticisme qui devrait être modéré n'a pas pu empêcher la radicalisation de l'ordre spontané.
[147] SCHMITT, Carl, *Die Tyrannei der Werte*, Berlin, Duncker & Hublot, mit einem Nachwort von Christoph Schönberger, 2011.

économique dans la conscience commune, si bien qu'elle risque de conduire à une « valorisation » économique des choses normalement incommensurables[148] ; ensuite – c'est ici la thèse principale de Schmitt – les valeurs sont toujours des « positions en valeur » (*Stellenwert*) qui demeurent relatives les unes aux autres. L'action d'attribuer une valeur s'accompagne donc toujours d'une dévalorisation et la chose qui a une moindre valeur doit toujours céder devant une valeur plus haute. Schmitt appela ce processus « la réalisation de valeur qui détruit des valeurs »[149]. Au final, pour atteindre la valeur la plus haute, il est permis d'employer tout moyen, y compris l'anéantissement (*Vernichtung*) des valeurs inférieures[150]. En effet, la valeur a toujours besoin de se réaliser[151].

44. Il conviendrait sans doute donner d'abord raison à C. Schmitt sur le besoin des valeurs d'être réalisées. Il n'est donc pas logiquement exclu qu'il puisse y avoir des « guerres de valeurs », contre lesquelles tout système juridique devrait se prémunir. Toutefois, à partir de cette prémisse, il nous semble difficile de conclure à la nécessité de l'anéantissement de certaines valeurs antagonistes, et encore moins au rejet des valeurs qui reviendrait à supposer que le droit peut fonctionner comme un système auto-suffisant. Si l'on s'en tient à la question d'anéantissement, il n'est pas difficile de voir que, comme Hayek, C. Schmitt radicalise sa conclusion. En ce sens, c'est un écrit polémique, voire un « brûlot »[152]. S'il est vrai que des conflits de valeurs doivent se résoudre par une certaine règle de résolution qui favorise les unes et qui défavorise les autres, il est loin d'être démontré que les « défavorisées » sont inférieures et sont vouées à la disparition (à nouveau dans un schéma évolutionniste). La conciliation est précisément une préservation des intérêts antagonistes et non pas une lutte à mort sans coexistence possible. Par ailleurs, on peut déjà noter que ces critiques ignorent la distinction entre fondation et application, cette dernière ayant un aspect concret. Ma liberté d'expression ne va pas toujours gagner lorsqu'elle entre en confrontation avec ton droit au respect de la vie privée : cela dépend du cas concret, répondrait tout juriste qui voit le Droit à l'œuvre. Enfin,

---

[148] *Ibid.*, pp. 11 et 14.
[149] *Ibid.*, p. 45 : « *Wertzerstörende Wertverwirklichung* ».
[150] *Ibid*., pp. 50-51.
[151] Cet écrit qui traite de manière philosophique la question fut relayé par des disciples de C. Schmitt. Dans la doctrine constitutionnelle de la jeune République fédérale, Ernst Forsthoff avait fortement critiqué la tendance de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui qualifie les droits fondamentaux comme un « système objectif de valeurs ». Attaché davantage à l'interprétation herméneutique classique, il refusa tout simplement la place des valeurs dans l'interprétation de la constitution. V. FORSTHOFF, Ernst, « Die Umbildung des Verfassungsgesetzes », in *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker und Humblot, 1959, pp. 35-62, spéc., p. 40.
[152] L'expression vient du P[r] Christoph Schönberger, v. sa postface *in* SCHMITT, Carl, *Die Tyrannei der Werte*, *op. cit.*, p. 57.

comme nous le verrons plus tard, lorsque nous reconnaissons une valeur *en soi*, elle obtient alors un aspect absolu qui empêche précisément son anéantissement.

45. Le P[r] Ernst-Wolfgang Böckenförde[153] a développé cette thèse en y ajoutant une critique du subjectivisme introduit par le discours de valeurs. Comme C. Schmitt, il considère que « [l]e mode d'être du "valoir" fonde le caractère d'exigence et de stimulation, le caractère même *agressif* des valeurs »[154]. Mais il ajoute que le recours aux valeurs pour fonder le Droit « ouvre les vannes à l'afflux méthodologique incontrôlable, dans l'interprétation, l'application et le développement du droit, des opinions et des conceptions subjectives des juges et de la doctrine, comme d'ailleurs aux valeurs et valorisations dominantes du jour au sein de la société »[155]. Cela nous introduit dans la critique des droits sociaux liée à la théorie de démocratie. Mais encore une fois, il est principalement question pour l'instant de la fondation et non pas de la méthodologie d'application.

ii. Le respect de la démocratie

46. L'introduction des droits fondamentaux dans les systèmes juridiques a incontestablement mis en avant le juge. Une conception axiologique de ces droits semble accroître le risque même pour les juges d'influencer le sens du Droit par ses propres convictions. Cette critique est souvent employée. Par conséquent, la réponse est aussi assez connue : il faut bien sûr craindre une approche arbitraire du juge, mais lorsqu'il s'exprime au nom d'un système objectif de valeurs, il met précisément ses propres préférences en suspension[156]. Pour que la réponse soit valide, il faudrait en effet clarifier ce qu'on entend par objectivité. C'est surtout la tâche de la fondation par la voie positive des droits fondamentaux.

47. Restons pour l'instant sur la question de la démocratie. On voit aussi une autre critique liée à la place du juge mais qui met moins accent sur leur subjectivisme. En effet, la délibération politique étant davantage comprise dans sa dimension institutionnelle, à savoir les activités du législateur, La protection des droits fondamentaux par le juge réduit nécessairement la marge d'action du législateur et aboutit à une dépolitisation de la communauté. Le P[r] Dieter

---

[153] Sur la grande influence de C. Schmitt sur son parcours intellectuel, v. « Biographical Interview with Ernst-Wolfgang Böckenförde », *in* KÜNKLER, Mirjam, and Tine STEIN (ed.), *Constitutional and Political Theory. Selected writings of E.-W. Böckenförde*, vol. 1, OUP, 2017, pp. 369-406.
[154] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 85.
[155] *Ibid.*, p. 89.
[156] V. dans ce sens, PICARD, Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, pp. 36-37.

Grimm écrit par exemple que « plus la constitution est chargée dans son contenu, moins il y a de l'espace d'action pour la politique »[157].

48. Pour employer des catégories classiques, on dira alors qu'il s'agit surtout d'une critique de l'activisme judiciaire. C'est donc tout à fait important d'éviter qu'il y ait un déséquilibre de pouvoirs. Mais de manière générale, nous pensons avec Ronald Dworkin qu'il est impossible de dénier ce rôle au juge. On devrait en effet distinguer la politique (*policy*) et le principe (*principle*)[158] : la première relève d'un objectif collectif (*collective goal*), tandis que le deuxième est relatif aux droits individuels ou collectifs (*individual or group right*). Les deux types de discours participent de la décision politique en démocratie, car le législateur doit mobiliser aussi des arguments relatifs aux principes (par ex., la non-discrimination) pour réaliser son travail normatif. Le même argument ne devrait pas alors perdre son caractère démocratique lorsqu'il émane d'un juge institué pour contrôler le législateur (sinon, le législateur serait son propre juge, ce qui est davantage anti-démocratique).

49. En dernier lieu, toujours en lien avec la vie politique démocratique, on peut encore penser que les droits fondamentaux produiront un effet communautariste. Protecteurs des individus, les droits fondamentaux pourraient se traduire par une consolidation des intérêts privés antagonistes qui empêchent la défense de l'intérêt général dans une communauté politique. Selon le P[r] Bertrand Mathieu, « les droits fondamentaux tendent à reconstruire le droit à partir de l'individu. Cette hyper-individualisation du droit entraîne en retour la création de nouvelles solidarités communautaristes. Ces deux mouvements conduisent la société à fonctionner (ou à dysfonctionner) selon des mécanismes de légitimation étrangers à la démocratie, du fait, notamment, de l'impossible construction d'une volonté générale »[159].

50. La tendance ultra-libérale est en effet à éviter. Il reste toutefois à démontrer que les droits fondamentaux conduisent nécessairement à un individualisme exacerbé. On pourrait penser que c'est précisément une longue tradition de dévalorisation des droits sociaux en tant que droits fondamentaux qui a permis cette affirmation. Dès lors qu'une entité juridique, telle que l'UE, proclame des droits en matière d'action collective, d'éducation, de service d'intérêt général et de protection sociale, il serait difficile de nier qu'on y trouve également des intérêts

---

[157] GRIMM, Dieter, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, Munich, C. H. Beck, 2016, p. 18 : « *Je stärker die Verfassung inhaltlich aufgeladen ist, desto kleiner wird der Spielraum für Politik.* » (La traduction est la nôtre.)
[158] DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Bloomsbury, 2013, p. 106 et s.
[159] MATHIEU, Bertrand, *Le droit contre la démocratie ?*, LGDJ, 2017, p. 148.

qui sont précisément généraux. Les droits fondamentaux pris tous ensemble contribuent donc plutôt à la formation des citoyens[160] et à « relier les individus les uns aux autres »[161]. D'ailleurs, la politique démocratique ne se réduit pas à des décisions prises en vertu du principe majoritaire et du principe de représentation parlementaire ; elle est aussi, comme l'a bien dit Kelsen, la protection de la minorité contre la majorité[162].

51. Si l'on arrête notre examen des critiques des droits sociaux fondamentaux ici, on pourrait dire que cette fondation par la voie négative n'a pas dénié la plausibilité de l'idée des droits sociaux fondamentaux dans une société démocratique. Elles nous demandent d'ailleurs de refuser toute conception isolée et radiale d'un droit en particulier. Les droits sociaux sont une partie de l'ensemble des droits fondamentaux. Ils expriment la valeur de la dignité sociale et protègent les individus contre la marginalisation dans la vie en société. Il faudrait passer maintenant à l'application de ces droits dans le contexte de l'UE.

Section 2 : L'application des droits sociaux fondamentaux

52. Après une longue période de protection prétorienne des droits sociaux fondamentaux, l'application de ces derniers est régie actuellement par les dispositions horizontales de la Charte des droits fondamentaux de l'UE[163]. En particulier, l'article 51 prévoit que les institutions de l'UE et les Etats membres, dans la « mise en œuvre » du Droit de l'UE, « respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application (…) ». Une conception dualiste des droits fondamentaux est patente : il y a les droits et les principes. A force de considérer les droits sociaux comme des principes, on reviendrait à nier l'indivisibilité des droits fondamentaux qui résulte de la démarche fondationnelle. Un certain déséquilibre ou asymétrie axiologique reste donc dans les soubassements invisibles de l'UE et se manifeste dans les crises actuelles (§1). Pour répondre aux exigences fondatrices de l'UE, une analyse méthodique rigoureuse devrait être élaborée (§2).

---

[160] LEVINET, Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, 2012, 4e éd., p. 37.
[161] ROUSSEAU, Dominique, *Radicaliser la démocratie*, Paris, Seuil, 2015, p. 73.
[162] KELSEN, Hans, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, traduit par Charles Eisenmann, avec une préface de Philippe Raynaud, Dalloz, 2004 (reproduction de l'édition de 1932 chez Sirey), spéc., le chapitre 6.
[163] Il s'agit du titre VII de la Charte (art. 51 et s.).

§1. L'asymétrie persistante

53. De manière générale, le développement de la dimension sociale de l'UE se présente comme un rattrapage vis-à-vis du projet économique (A). Les droits sociaux pâtissent de cette insuffisance historique et se soumettent devant une Europe à visage antisocial (B).

A. La lente marche de l'Europe sociale

54. Sans aucun doute, « [l]a construction du droit du travail de l'Union n'a pas pu prendre appui sur des références aux droits sociaux fondamentaux qui auraient été inscrites, dès l'origine, dans la "Charte constitutionnelle" »[164]. Pourtant, les travaux préparant la création de la Communauté économique européenne (CEE), en particulier le fameux « rapport Spaak »[165] de 1956, n'ignoraient pas la dimension sociale de la future organisation supranationale. Néanmoins, ils considéraient que la coopération économique entraînerait naturellement une égalisation dans le progrès social[166]. C'est pourquoi outre quelques dispositions sur la libre circulation des travailleurs et l'égalité de traitement entre hommes et femmes au travail destinées à « protéger l'industrie française », la dimension sociale était simplement mentionnée au préambule[167] et à l'article 117 du Traité de Rome[168].

55. A partir de cette base, nous pouvons distinguer trois grandes périodes[169] qui vont se suivre :

---

[164] ROBIN-OLIVIER, Sophie, *Manuel de droit européen du travail*, Bruylant, 2016, p. 8.

[165] Paul-Henri Spaak, ex- ministre des Affaires étrangères belge, était à l'époque le président du Comité intergouvernemental qui étudiait les possibilités d'un marché commun général. V. DUMOULIN, Michel, Geneviève DUCHENNE et Vincent DUJARDIN (dir.), *Rey, Snoy, Spaak, fondateurs belges de l'Europe*, Bruylant, 2007, spéc., SMETS, Paul-F., « Paul-Henri Spaak 1957 : les joies du Capitole », pp. 79-111.

[166] Pour une description sommaire de cet épisode, v. BARNARD, Catherine, *EU Employment Law*, OUP, 2012, pp. 5-8. V. aussi, AST, Frédérique, *Les droits sociaux fondamentaux dans l'Union européenne*, thèse à l'Université Paris II, sous la direction de Gérard Cohen-Jonathan, 2002. Le rapport Spaak s'appuya en effet sur un rapport précédent de l'Organisation internationale du travail (OIT) établie sous la direction de l'économiste Bertil Ohlin. Pour les circonstances historiques de l'adoption de ces rapports, v. OLIVI, Bino, et Alessandro GIACONE, *L'Europe difficile. La construction européenne*, Paris, Gallimard, 2007, p. 44.

[167] « [Les chefs des Etats membres sont décidés] à assurer par une action commune le progrès économique et social de leurs pays en éliminant les barrières qui divisent l'Europe. »

[168] « Les Etats membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. »

[169] La périodisation est plus ou moins la même selon les auteurs. Pour une chronologie tripartite, v. RODIERE, Pierre, *Traité du droit social de l'UE*, LGDJ, 2014, 2e éd., pp. 32-33 ; d'un point de vue plus sociologique, BARBIER, Jean-Claude, *La longue marche vers l'Europe sociale*, PUF, 2008, avec une différence sur la dernière période qui ne débute pas avec le traité d'Amsterdam (signé en 1997 et entré en vigueur en 1999), mais avec l'élargissement de l'UE vers l'Europe de l'est (2004) ; v. aussi une autre variante toujours en trois étapes qui fait commencer la deuxième période à partir des années 1970, TRIOMPHE, Claude-Emmanuel, « Quelles politiques européennes en matière de droit social ? », *in* ESCANDE VARNIOL, Marie-Cécile, Sylvaine LAULOM et Emmanuelle MAZUYER (dir.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 21-29.

1) Du traité de Rome à l'Acte unique européen (1986), « les premières avancées sociales communautaires s'inscrivent avant tout dans la logique économique et concurrentielle de l'intégration économique européenne »[170]. Au sein de cette période, on assista aussi dans les années 1970[171] à un tournant qui vit le législateur communautaire devenir plus actif en matière sociale, adoptant des directives non seulement en matière de l'égalité entre les sexes, mais aussi en matière de santé et sécurité au travail, l'autre noyau dans le domaine de la législation sociale, sans oublier les licenciements collectifs. Néanmoins, la logique économique générale dominait encore. De plus, les autorités européennes devaient composer avec les compétences qui étaient, rappelons-nous, presque inexistantes en matière sociale.

2) Avec l'Acte unique européen, la CEE commença une période plus favorable à l'harmonisation en matière sociale, en raison d'un renforcement continu des compétences sociales de la Communauté[172]. Les compétences sociales de la Communauté européenne ont été pour la première fois annexées au traité de Maastricht et finalement intégrées au traité d'Amsterdam qui réunit en un seul article toutes les compétences partagées en matière sociale[173]. Ce qui nous intéresse en particulier dans cette période, c'est l'apparition des droits sociaux fondamentaux dans deux textes importants de la Communauté : tout d'abord, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs qui fut adoptée sous l'impulsion de la Commission Delors en 1989 et ensuite, presque dix ans plus tard, dans le traité d'Amsterdam. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'ancien article 117 du traité de Rome, devenu l'article 136 du traité CE (aujourd'hui l'article 151 du TFUE), prévoira que l'UE et les Etats membres sont « conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne (…) et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux ». Cette dernière affirmation est pourtant une version faible du projet initial qui souhaitait placer un catalogue de droits sociaux dans l'article 6 du Traité sur l'Union européenne. La formule finale et la place de cette mention montrent sans ambiguïté que « les

---

[170] GOETSCHY, Janine, « Construction de l'Europe sociale et droits sociaux », *in* RIDEAU, Joël (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 2009, pp. 175-195, spéc., p. 178.
[171] BARNARD, Catherine, *EU Employment Law*, *op. cit.*, p. 8 ; v. aussi « The Social Policy of the European Communities », *CML Rev.* 1977, numéro spécial, pp. 373-520.
[172] ROBIN-OLIVIER, Sophie, *Manuel de droit européen du travail*, *op. cit.*, p. 12. GOETSCHY, Janine, « Construction de l'Europe sociale et droits sociaux », *op. cit.*, p. 183 : « Il s'agissait alors surtout (…) de légitimer par le social des avancées importantes sur le registre économique (…). Le politique se sert de la sphère sociale européenne (…) pour légitimer ses choix économiques (…) ».
[173] RODIERE, Pierre, *Traité de droit social de l'UE*, *op. cit.*, p. 34.

Etats membres n'étaient pas prêts (…) à s'engager dans la voie de la construction d'une Europe sociale »[174] qui pourrait certainement affecter leurs propres compétences.

3) Cette brève période du développement social de l'UE s'est toutefois terminée avec l'entrée dans le nouveau millénaire. Paradoxalement, il a été adopté en 2000 la Charte des droits sociaux de l'UE (CDFUE) qui affirme l'indivisibilité des droits fondamentaux. Mais la nouvelle Europe, marquée en particulier par le passage à l'euro et un élargissement sans précédent vers l'Europe de l'est, est devenue sceptique, voire hostile à l'intervention législative en matière sociale[175]. Une « Europe antisociale »[176] fait son apparition.

B. Le tournant de « l'Europe antisociale » ?

56. A vrai dire, la structure supranationale de l'UE n'est pas favorable à la protection des droits sociaux. Sans une méthode juridique solide, la protection de ces droits cèderait facilement devant les forces politiques et économiques que nous analysons brièvement ici.

57. Du point de vue politique, la souveraineté du *peuple européen* est difficile à trouver. Le P[r] Jürgen Habermas tente depuis de nombreuses années de proposer une théorie duale de souveraineté dans le cadre de l'UE[177]. Schématiquement, l'idée est que le sujet politique au sein de l'UE, à la fois ressortissant d'un Etat membre et citoyen de l'UE, participe à la formation de deux peuples, l'un national et l'autre européen. C'est ainsi que la souveraineté dans l'UE est duale : la souveraineté nationale coexiste avec la souveraineté du peuple européen[178]. En termes juridiques, cela signifie que les citoyens européens doivent pouvoir pleinement participer à la vie de l'UE, comme par exemple, à la modification des traités fondateurs de l'UE qui est un exercice normal de leur souveraineté. Cette question n'intéresse pas seulement la théorie

[174] V. BERROD, Frédérique, « Commentaire de l'article 136 », *in* CONSTANTINESCO, Vlad, Yves GAUTIER et Denys SIMON (dir.), *Traités d'Amsterdam et de Nice*, Commentaire article par article, Paris, Economica, 2007, p. 518.
[175] DEAKIN, Simon, « The Lisbon Treaty, the *Viking* and *Laval* Judgments and Financial Crisis : In Search of New Foundations for Europe's 'Social Market Economy' », *in* BRUUN, Niklas, Klaus LÖRCHER et Isabelle SCHÖNMANN (éd.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 19-43, spéc. p. 29 où l'auteur explique la nature « néoclassique » (c'est-à-dire la dénégation de la nécessité de toute régulation juridique ; autrement dit le néolibéralisme) de la constitution économique de l'Europe.
[176] V. le titre évocateur dans DOCKES, Emmanuel, « L'Europe antisociale », *RDT* 2009, pp. 145-150.
[177] V. entre autres HABERMAS, Jürgen, « Why the Development of the European Union into a Transnational Democracy is Necessary and How it is Possible », *E. L. J.* 2015, pp. 546-557.
[178] Respectivement exercées par *les* « peuples européens » et les « citoyens européens ».

politique, car la protection des droits fondamentaux des citoyens relève pleinement de cette question de « constitutionnalisation de l'Europe »[179].

Face à ce projet ambitieux, le P[r] Dieter Grimm se montre sceptique et considère que, même avec le Traité de Lisbonne (plus spécifiquement en vertu de l'article 48 du TUE) qui prévoit les procédures de révision des traités, le rôle joué par les citoyens est extrêmement réduit[180]. Le pouvoir constituant reste presque exclusivement dans les mains des Etats membres qui demeurent les « maîtres des traités »[181] et qui peuvent également bloquer le progrès de la construction européenne[182].

58. En matière sociale et au-delà, un indice du renforcement de la logique interétatique est sans doute l'adoption de la Méthode ouverte de coordination (MOC) par le Traité d'Amsterdam. Conçue comme un outil flexible pour fixer des objectifs communs, elle est un instrument nécessaire à la transformation de la gouvernance et à la diversification des compétences de l'UE[183]. Aux yeux de certains acteurs, c'est aussi une chance pour l'Europe

---

[179] Nous aurons l'occasion de revenir sur cette constitutionnalisation en lien avec les droits fondamentaux. Notons pour l'instant, WEILER, Joseph H. H., *The Constitution of Europe*, CUP, 1999 ; HABERMAS, Jürgen, *La Constitution de l'Europe*, traduit par Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 2012 ; et un ouvrage qui se concentre sur la question des droits fondamentaux comme source de normativité de la constitutionnalisation européenne : TERHECHTE, Jörg Philipp, *Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

[180] GRIMM, Dieter, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, Munich, C. H. Beck, 2016, pp. 60-63. Une présentation en français est disponible à http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/guestlecturer-2017-03-29-17h00.htm.

[181] En effet, l'article 48 du TUE prévoit une procédure de révision ordinaire et deux procédures de révision simplifiée. Une seule forme de révision simplifiée implique les parlements nationaux (v. §7) à travers lesquels les citoyens sont indirectement impliqués. On aura remarqué que cette participation indirecte ne correspond pas au peuple européen souverain tel que le P[r] Habermas l'a décrit.

[182] D'un point de vue historique, la protection des souverainetés des Etats membres est un héritage de la première grande crise du projet européen : la crise de « la chaise vide ». En automne 1965, le Conseil mit sur son agenda l'éventuel passage de l'unanimité à la décision majoritaire pour faciliter la construction européenne. Cet événement provoqua l'opposition farouche du Général De Gaulle qui voulait précisément sauvegarder la souveraineté de la France. Par conséquent, il a rappelé unilatéralement toute la délégation française de Bruxelles et entama la politique de « chaise vide » six mois durant. Pour rassurer la France gaullienne qui sentait sa souveraineté menacée, un compromis fut trouvé en janvier 1966. Ce « compromis de Luxembourg », toujours en vigueur juridiquement, permet notamment à un Etat membre d'exiger une décision unanime lorsqu'il considère que ses intérêts essentiels sont en jeu. C'est donc la manifestation d'un choc entre deux sphères politiques irréductibles en Europe : la sphère externe que constituent tous les Etats souverains qui perpétuent une politique diplomatique intergouvernementale et la sphère interne que constitue l'administration de la CEE. V. MIDDELAAR, Luuk van, *Le passage à l'Europe*, traduit par Daniel Cunin et Olivier Vanwersch-Cot, Paris, Gallimard, 2012, p. 99 et s. ; OLIVI, Bino, et Alessandro GIACONE, *L'Europe difficile*, *op. cit.*, p. 85 et s.

[183] Sur ces deux points, on peut consulter l'étude détaillée de De La ROSA, Stéphane, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruylant, 2007, spéc. p. 124 et s. (concernant la question de gouvernance) et p. 190 et s. (concernant la compétence de l'UE). On a souligné avant le Traité de Lisbonne que la MOC pouvait être utilisée dans une dizaine de domaines différents : SZYSZCZAK, Erika, « Experimental Governance: The Open Method of Coordination », *E. L. J.* 2006, n°4, pp. 486-502, spéc. p. 494, qui indique les domaines suivants: « *Broad economic Policy guidelines, European employment strategy, Modernisation of social*

sociale[184]. Cependant, les défauts de cette méthode au plan politique sont aussi rapidement remarqués. Dans une longue « missive », M. Vassilis Hateopoulos[185] pointe du doigt douze défauts qui sont principalement l'absence d'effet immédiatement perceptible dans les législations nationales, son fonctionnement officieux propice à des négociations d'intérêts étatiques au dépens des institutions de l'UE, et enfin l'incertitude concernant sa dimension juridique. Le Traité de Lisbonne aurait pu être une occasion d'introduire ces modifications. Or, nous constatons plutôt une promotion de la MOC dans son *statu quo*[186].

59. Du point de vue économique, le P[r] Fritz Scharpf rappelle[187] une analyse de Hayek en 1939 à propos des « conditions économiques d'un fédéralisme interétatique »[188], d'après laquelle l'intégration politique, venant en premier, donnerait un pouvoir fédéral qui rassemblerait toutes les compétences pour créer un marché commun. Cependant, les intérêts antagonistes des Etats membres devraient les conduire à refuser la création d'un Etat social fédéral, si bien que le gouvernement fédéral est aussi réduit que possible. L'UE, avec quelques différences mineures sur la succession entre intégrations politique et économique, semble avoir épousé inconsciemment la thèse de Hayek et la libéralisation qui peut être comprise comme une intégration négative est le résultat avéré du caractère peu politique de cette construction

protection, Social inclusion, Pensions Healthcare, Innovation and research and development Education, Information society, Environment, Immigration, Enterprise Policy and Tax ».

[184] V. PREUNKERT, Jenny, *Chancen für ein soziales Europa? Die Offene Methode der Koordinierung als neue Regulierungsform*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften (VS), 2009. L'effort de promouvoir la MOC dans le domaine social se constate encore dans une communication de la Commission (COM (2008) 418 final, le 2 juillet 2008) qui n'hésite pas à qualifier la « MOC sociale » comme « l'un des instruments les plus importants à l'appui du développement social ».

[185] « Why the Open Method of Coordination is Bad for You: A Letter to the EU », *E. L. J.* 2007, n°3, pp. 309-342.

[186] En effet, pour la réalisation des objectifs sociaux visés à l'article 151 du TFUE, le nouvel article 156 du TFUE permet à la Commission de prendre « des initiatives en vue d'établir des orientations et des indicateurs, d'organiser l'échange des meilleures pratiques et de préparer les éléments nécessaires à la surveillance et à l'évaluation périodiques ». Si le même article a pris soin de préciser que « le Parlement européen est pleinement informé », il ne reste pas moins que la MOC est de nouveau étendue dans sa configuration actuelle, ce qui apparaît presque comme un aveu de faiblesse dans la capacité d'action commune en matière sociale. En même temps que le politique et le social stagnent, l'échange économique prend son envol.

[187] SCHARPF, Fritz W., « The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a 'social market Economy' », *Socio-Ecconomic Review* 2010, 8(2), pp. 211-250. On lui doit aussi la distinction entre intégrations négative et positive de l'UE, v. du même auteur, *Gouverner l'Europe*, traduit par Roland Dehousse et Yves Surel, Paris, Presses de SciencesPo, 2000.

[188] HAYEK, Friedrich A., « The Economic Conditions of Interstate Federalism », repris dans *Individualism and Economic Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1948, pp. 255-272.

supranationale[189]. Comme l'écrit aussi le Pr Perry Anderson, « *Europe has, to a striking extent, become the theoretical proving-ground of contemporary liberalism* »[190].

Partageant le même étonnement devant la thèse de Hayek[191], le Pr Wolfgang Streeck souligne la longue transformation (« crise sans cesse ajournée ») des Etats souverains européens avant d'arriver à l'analyse de l'UE. Selon lui, les Etats européens basculent progressivement vers les « marchés autorégulés » à partir des années 1970[192]. Une nouvelle nécessité de légitimation des Etats apparaît progressivement vis-à-vis du capital[193] : « Le capital se révélant en effet être un joueur et non un jouet »[194]. En même temps, pour ne pas perdre leur légitimité démocratique, les gouvernements commencent à adopter des politiques pour « acheter du temps », dont notamment un endettement public important. Le peuple de marché (*Marktvolk*) entama ainsi sa lutte avec le peuple national (*Staatsvolk*) et le capital tente de plus en plus de s'évader du contrôle politique. Au niveau de l'UE, « [c]e qui prit alors forme, ce fut un modèle (…) de neutralisation de la volonté démocratique des Etats-nations par les marchés transfrontaliers et les libertés du marché » [195].

60. Dans ces conditions, l'application des droits sociaux fondamentaux devrait résister à l'affaiblissement de l'Europe sociale. La récente déclaration de Rome des dirigeants de l'UE à l'occasion du soixantième anniversaire de l'UE va aussi dans ce sens[196]. Mais comment ? On

---

[189] Plus concrètement, le Pr Scharpf considère qu'il y a deux asymétries structurelles respectivement entre les pouvoirs législatif et judiciaire au niveau européen et la primauté du droit de l'UE sur les droits nationaux. La première favorise l'action des acteurs non politiques, en particulier celle de la Cour de justice, tandis que la seconde empêche la construction positive au niveau national, de l'autre. V. SCHARPF, Fritz W., « The asymmetry of European integration (…) », *op. cit.*, p. 213 et p. 216. Nous ne sommes que partiellement d'accord avec cette analyse (en particulier, la Cour de justice n'a pas toujours été un acteur hostile aux droits sociaux). Nous espérons que notre thèse donnera un constat plus nuancé de ces deux déséquilibres. En attendant, remarquons que l'analyse du Pr Grimm (v. l'ouvrage précité *Europa ja – aber welches?*) va dans le même sens. Nous aurons l'occasion de revenir sur la première asymétrie dans ce chapitre introductif, v. infra n° 53.

[190] ANDERSON, Perry, *The New Old World*, London, Verso, 2009, p. 133.

[191] STREECK, Wolfgang, *Du temps acheté. La crise sans cesse ajournée du capitalisme démocratique*, Paris, Gallimard, 2014, p. 142 et s.

[192] *Ibid.*, p. 24.

[193] Pour une autre analyse de la crise à partir des capitaux, v. DEFRAIGNE, Jean-Christophe, « La mobilité internationale des capitaux, les origines de la crise de 2008 et leur impact sur les modèles sociaux européens », *in* DEFRAIGNE, Jean-Christophe, Jean-Luc DE MEULEMEESTER, Denis DUEZ, et Yannick VANDERBORGHT (dir.), *Les modèles sociaux en Europe : quel avenir face à la crise ?*, Bruylant, 2013, pp. 1-55

[194] STREECK, Wolfgang, *Du temps acheté*, *op. cit.*, p. 44.

[195] *Ibid.*, pp. 150-151.

[196] Le 25 mars 2017 à Rome, « (…) En ces temps de changement, et conscients des préoccupations de nos citoyens, nous affirmons notre attachement au programme de Rome, et nous nous engageons à œuvrer à la réalisation des objectifs suivants : (...) 3. Une Europe sociale: une Union qui, en s'appuyant sur une croissance durable, favorise le progrès économique et social ainsi que la cohésion et la convergence, tout en veillant à l'intégrité du marché intérieur; une Union qui prenne en compte la diversité des systèmes nationaux et le rôle essentiel des partenaires sociaux; une Union qui promeuve l'égalité entre les femmes et les hommes et qui œuvre en faveur de droits et de

verra que, en juin 2016, la Commission de M. Jean-Claude Juncker a lancé la consultation sur un « socle européen de droits sociaux »[197]. Il est assurément grand temps de « prendre ces droits au sérieux ».

§2. Une analyse méthodique

61. Dans les débats sur l'effectivité des droits sociaux, il est encourageant de constater qu'un nouveau paradigme est en train de se développer en droit international des droits de l'homme (A). Sur cette base, il nous a paru possible de l'approfondir pour aboutir à une méthode « concrétiste » (B).

A. La méthode trilogique en droit international des droits de l'homme

62. En matière de sécurité alimentaire[198], le rapporteur spécial de l'ONU M. Abjorn Eide propose depuis presque trente ans une classification tripartite des obligations de l'Etat au regard du droit à l'alimentation. Il s'agit de respecter (1), de protéger (2) et de réaliser (3) le droit. Dorénavant, elle est reprise par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) [199]. Elle est même enrichie par la Commission africaine des droits de l'homme qui distingue quatre niveaux d'obligation étatique: le respect, la protection, la promotion et la réalisation[200]. Le niveau de promotion correspondrait à la mise en place d'une politique favorisant la réalisation. Il paraît donc plausible de la subsumer dans la « réalisation » de ces

l'égalité des chances pour tous; une Union qui lutte contre le chômage, les discriminations, l'exclusion sociale et la pauvreté; une Union où les jeunes bénéficient du meilleur niveau d'éducation et de formation et peuvent étudier et trouver un emploi sur tout le continent; une Union qui préserve notre patrimoine culturel et favorise la diversité culturelle. » Au demeurant, l'Europe sociale n'arrive en effet qu'à la troisième position parmi les quatre objectifs affirmés (sécurité, croissance intelligente et force sur la scène internationale)… Une comparaison nous paraît alors frappante : dans le discours du Pape François aux chefs d'état et de gouvernement de l'UE délivré le 24 mars, outre le message chrétien humaniste, le Pape s'est employé dans plus de la moitié de son discours à rappeler l'engagement des pères fondateurs de l'UE en matière de solidarité.

[197] Pour plus de développements à ce sujet, v. infra, n° 456.

[198] E/CN.4/Sub2/1987/23 et Série d'études sur les droits de l'Homme n°1, publication des Nations Unies, 1989. Cf. également E/CN.4/Sub.2/1999/12.

[199] Comité DESC, observation générale n°12, 12 mai 1999, Le droit à une nourriture suffisante (art.11), E/C.12/1999/5.

[200] CADHP, 13-27 octobre 2001, *Social and economic Rights Action Center, Centre for Economic and social Rights vs. Nigeria,* n°155/96, 30e Session ordinaire, 15e Rapport d'activités, §44, cité par GUEMATCHA, Emmanuel, « La justiciabilité des droits sociaux en Afrique: l'exemple de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples », *in* ROMAN, Diane (dir.), *« Droits des pauvres, pauvres droits ? » : Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux,* Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp. 128-145, spéc. p. 133.

droits. En tout cas, cette classification tripartite semble aujourd'hui de plus en plus répandue dans le monde pour faire face à l'insuffisante justiciabilité des droits sociaux[201].

1. L'obligation de respecter le droit

63. Le respect du droit exige que l'Etat s'abstienne de toute mesure pouvant porter atteinte aux droits de l'individu. L'existence de cette obligation est constatée surtout lorsqu'il s'agit de libertés des travailleurs. La Commission africaine des droits de l'homme a pu protéger le droit de travailler contre des mesures d'arrestation ou d'expulsion sans possibilité de recours adoptées par un Etat. La fermeture d'une entreprise décidée par l'Etat peut aussi être condamnée pour la même raison[202].

Cette protection contre l'Etat s'étend aussi à d'autres droits qui ressemblent davantage à un programme législatif. Dans l'affaire dite des Ogonis, l'Etat nigérien fut tenu pour responsable de la destruction des sources d'alimentation et condamné pour violation du droit à la nourriture, en raison de la pollution causée par une société pétrolière nationale à des terres de culture[203].

2. L'obligation de protéger le droit

64. A la différence de l'obligation précédente, l'Etat exerce désormais une action, mais c'est une action en vue d'empêcher toute atteinte apportée aux droits sociaux par un tiers. La protection prend ici un sens plus restreint que « la protection » des droits sociaux en général. Il serait sans doute souhaitable de parler de la « garantie » des droits par l'Etat.

En matière sociale, une situation fréquente est l'atteinte causée par le pouvoir de l'employeur. En droit français par exemple, pour que le salarié ne soit pas dissuadé par un éventuel licenciement dans l'exercice de son droit de retrait, le juge a considéré qu'un tel licenciement serait nul et que le salarié pourrait être réintégré[204].

3. L'obligation de réaliser le droit

---

[201] Outre l'ouvrage dirigé par le P[r] Diane ROMAN précité, v. aussi DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law : Cases, Materials, Commentary*, CUP, 2014, p. 280 et s.
[202] CADHP, mars/avril 2009, *Zimbabwe Lawyers for Human Rights and Associated Newspapers of Zimbabwe c. Zimbabwe*, n°284/2003, 26[e] Rapport d'activités de la CADHP, Annexe 3.
[203] CADHP, 13 octobre 2001, *Social and Economic Rights Action Center*, préc.
[204] Soc. 28 janvier 2009, n°07-44556, *Dr. soc.* 2009, p. 486, obs. P. Chaumette.

65. L'obligation de réalisation consiste également en des actions positives étatiques pour améliorer les droits sociaux. Ces actions sont proactives et correspondent davantage à l'aspect programmatique des droits. Comme l'écrit le P[r] Diane Roman à propos du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, « [l'] aspect économique [des droits sociaux] étant indéniable, il serait irréaliste de demander à chaque État partie d'assurer immédiatement la réalisation de l'ensemble des droits garantis »[205]. Il existe toutefois une obligation de l'Etat d'assurer leur meilleure « réalisation » possible. C'est ainsi qu'un juge devrait pouvoir surveiller « les conséquences sociales des plans d'ajustements structurels mis en place par les Etats à la demande du FMI ou de la Banque Mondiale et son adéquation aux objectifs de développement pour le Millénaire supposés devoir être réalisés à l'horizon 2015 »[206]. Les droits sociaux ne peuvent être traités arbitrairement même en temps de crise.

Une telle réalisation « progressive » peut se trouver même dans la conception des droits sociaux. On peut prendre l'exemple du droit au minimum vital[207], consacré par de nombreux textes souvent sous forme de droit à une existence digne[208]. Puisqu'il faut déterminer les prestations susceptibles de satisfaire les besoins élémentaires de l'existence, l'interprétation de ce droit et son niveau de « réalisation » peuvent varier selon les contextes nationaux. M[me] Céline Fercot distingue les conceptions *a minima* et *a maxima*[209]. La première conception renvoie à la notion de subsistance qui couvre souvent les besoins suivants: la nourriture, l'abri, les aides médicales d'urgence et parfois les vêtements[210]. La conception maximale correspond davantage à la « décence » contenue dans la notion de l'existence digne. La personne doit pouvoir prétendre à son autonomie et son développement. L'exigence de « réalisation » devrait permettre de choisir la conception la plus haute.

66. Avec ce triptyque, nous voyons clairement que l'opposition frontale entre droits-libertés et droits sociaux est réductrice. Les droits civils et politiques peuvent aussi relever de

---

[205] ROMAN, Diane (dir.), *« Droits des pauvres, pauvres droits ? », op. cit.*, p. 31.
[206] *Ibid.*
[207] Sa nature reste liée à des pratiques primaires de solidarité locale, par exemple les aides paroissiales, qui sont à l'origine de la « législation sociale » avec notamment la loi élisabéthaine de 1601 (*English Poor Law*).
[208] V. l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; l'article 34§3, CDFUE et l'article 13 de la Charte sociale européenne.
[209] FERCOT, Céline, « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », *in* ROMAN, Diane (dir.), *« Droits des pauvres, pauvres droits ? », op. cit.*, pp. 215-232, spéc. p. 217 et s.
[210] Cour suprême indienne, *Paschim Banga Khet Mazdoorsamity of Ors. vs. State of West Bengal & Anr.*, (1996) SCC (4) 37, cité par ROBITAILLE, David, « La justiciabilité des droits sociaux en Inde et en Afrique du Sud: séparation des pouvoirs, manque de ressources et pauvreté massive comme facteurs d'interprétation des droits sociaux », *in* ROMAN, Diane (dir.), *« Droits des pauvres, pauvres droits ? », op. cit.*, pp. 146-163, spéc. p. 153.

la réalisation lorsque nous songeons à la nécessité d'organiser un système juridictionnel pour garantir le droit à un procès équitable. De leur côté, les droits sociaux comme le droit à la nourriture peuvent aussi parfaitement créer des obligations de respect pour l'Etat. Malgré sa force conceptuelle, cette méthode nous laisse encore quelques interrogations.

Tout d'abord, elle n'explique pas entièrement comment un droit fondamental arrive à créer l'une ou plusieurs des trois obligations susmentionnées. Est-ce une typologie valable pour tous les droits ? Quelles sont les liens internes entre ces trois obligations ? C'est sans doute le « droit » fondamental qui nous reste maintenant à expliquer.

Ensuite, cette méthode reste encore relativement centrée sur une vision subjective des droits fondamentaux. Envisagés du point de vue d'un individu, ils s'adressent à l'Etat pour éviter ses abus. Il est cependant permis de penser que l'individu et l'Etat ne constituent pas toujours les deux termes d'une relation impliquant les droits fondamentaux. L'obligation de réalisation peut déjà exister sans l'individu, mais elle ne paraît pas insister assez sur l'aspect objectif de ces droits. C'est pourquoi, tout en admirant la force conceptuelle de cette typologie, nous souhaitons l'approfondir avec la méthode dite « concrétiste ».

B. La méthode « concrétiste »

67. Pour arriver à cette méthode, nous devons précisément prêter une grande attention au « droit » fondamental comme tel, ou plus précisément au processus de concrétisation qui relie le texte d'un droit fondamental et les normes de son application (1). Ce processus normatif dépend des circonstances concrètes qui caractérisent les relations juridiques soumises au respect des droits fondamentaux. Une catégorisation de ces relations clarifiera la structure de la méthode concrétiste (2).

1. Un processus créateur de normes

68. Le concept de « concrétisme » (appelé aussi « réisme ») est d'abord connu en tant que théorie logique défendue par le philosophe polonais Tadeusz Kotarbiński[211]. La thèse principale consiste à affirmer que seules les choses (*res*) existent. Les noms abstraits ne le sont

[211] Pour une présentation synthétique, v. WOLEŃSKI, Jan, « Reism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Ed. de 2016), disponible à https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/reism/.

donc pas[212]. On pourrait dire qu'une non-identité est ainsi établie entre ces deux catégories. Dans le domaine juridique, la méthode « concrétiste » – bien qu'elle ne soit pas nommée ainsi par son fondateur – est présente notamment dans la « théorie structurante » du P[r] Friedrich Müller[213]. L'idée qui pourrait faire écho à la thèse de Kotarbiński est la non-identité entre le texte juridique et la norme appliquée. Pour notre sujet, ce serait la différence entre le « texte de droit fondamental » et la « norme de droit fondamental ».

69. Pour répondre aux questions posées sur la méthode tripartite, on pourrait dire qu'*un seul droit fondamental* ne signifie pas une seule norme ni même une seule catégorie de normes. En raison de la grande généralité des textes de droits fondamentaux, il est particulièrement nécessaire de *concrétiser* l'exigence normative initiale (par ex., la non-discrimination) dans des cas particuliers (par ex., en matière de salaire) et au regard des personnes impliquées (par ex., une salariée et son employeur privé). Ce processus de concrétisation est identique pour tous les droits fondamentaux, qu'ils soient de caractère civil ou social. La norme finalement appliquée reste donc à construire et cette mission incombe à tout acteur juridique, en particulier au juge. Dès lors, le même droit fondamental peut créer différentes normes concrètes lorsque les circonstances ou les personnes en relation changent. La non-discrimination peut donner lieu à une obligation de respect lorsque l'Etat veut abaisser les retraites d'une catégorie de personnes ; elle peut aussi créer une obligation de protection lorsque l'origine de l'atteinte vient d'un employeur privé ; elle peut encore condamner l'action du législateur lorsqu'il y a des « lacunes » discriminatoires dans une loi, etc. La catégorisation des obligations étatiques proposées par la méthode tripartite ne concerne donc pas les droits, mais les normes qui en résultent.

70. Une fois cette idée devenue claire, il faudrait procéder à la catégorisation des normes de droit fondamental et non pas les textes. Plus concrètement, cela signifie que la distinction entre « droits » et « principes » telle que nous la voyons dans l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux ne concerne pas une typologie des droits énoncés dans la Charte, mais les normes qui sont produites par ces droits. Lorsqu'une norme ne profite pas à une personne en particulier, elle est un principe « observé », tandis que celle créant un droit subjectif doit être « respectée ».

---

[212] En ce sens, il y a une longue tradition nominaliste, remontant au moins à Guillaume d'Occam, qui précède le courant concrétiste. Kotarbiński défend en effet une version particulièrement forte de cette ontologie des choses. V. WOLEŃSKI, Jan (éd.), *Kotarbiński : Logic, Semantics and Ontology*, Dordrecht, Kluwer, 1990.

[213] MÜLLER, Friedrich, et Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Band I, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, 11[e] éd. La 5[e] édition de cet ouvrage existe en français, v. MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, traduit par Olivier Jouanjan, PUF, 1996.

Partant de la méthode concrétiste, nous devons tourner notre regard vers l'analyse structurelle des normes qui révélera le caractère tant subjectif qu'objectif des droits fondamentaux.

2. L'analyse structurelle englobant les effets subjectifs et objectifs

71. Un précédent notable mérite d'être mentionné d'emblée dans le contexte de l'UE. En 1984, Manfred Dauses avait présenté de manière particulièrement perspicace une analyse fonctionnaliste qui peut être facilement traduite en termes structurels[214]. Il entreprit une systématisation de la jurisprudence de la Cour de justice et énonça quatre fonctions des droits fondamentaux dans l'UE. Il s'agit d'abord de la protection de l'individu à travers la procédure de renvoi préjudicielle ; ensuite de la fonction « de guidage et d'orientation » vis-à-vis des institutions européennes comme des Etats membres ; puis de la fonction d'intégration qui créerait une Communauté de droit et enfin de la fonction de légitimation qui complèterait la légitimité politique des institutions et de leurs actes.

72. La première fonction n'appelle pas de remarque particulière. Elle correspond largement aux obligations prévues par la méthode tripartite. Par la fonction de légitimation, Manfred Dauses semblait vouloir suggérer que la protection des droits fondamentaux serait une source de légitimité qui remédierait, autant que possible, à l'insuffisante légitimité démocratique de l'UE. Ce n'est pas une fonction directe dans l'application des normes de l'UE, mais elle rejoint la nécessaire fondation du Droit de l'UE. Les deux autres sont en revanche moins souvent abordées en doctrine. Cependant, si l'on veut bien considérer les droits fondamentaux comme un système objectif de valeurs, comment ignorer que ces différentes fonctions régulent précisément de manière objective la vie juridique de l'UE ? En outre des individus, les droits fondamentaux, en tant que système objectif de valeurs, s'adressent aussi directement aux institutions de l'UE (ou organes de l'Etat dans un cadre étatique) lorsqu'ils élaborent le Droit ; elles concernent aussi les rapports interétatiques et peuvent devenir un *jus commune* assurant leur articulation. En revoyant l'analyse fondationnelle, nous pouvons voir clairement apparaître un premier niveau d'analyse structurelle :

[214] DAUSES, Manfred A., « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTD eur.* 1984, pp. 401-424. L'auteur a consacré plus récemment à ce sujet un ouvrage que nous n'avons malheureusement pas pu consulter : DAUSES, Manfred A., *Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der Europäischen Union, Unter besonderer Berücksichtigung des institutionellen Schutzes dieser Rechte*, Francfort sur le Main, Peter Lang, 2010, 179 p.

73. Les droits fondamentaux sont avant tout les droits de la *personne* juridique et protègent leur *dignité* tant dans la liberté que dans la solidarité. Les droits sociaux et les droits civils et politiques partagent ainsi la même méthode concrétiste. Les relations traditionnellement analysées en premier dans le domaine des droits fondamentaux, à savoir, les relations entre l'Etat et les individus, restent un point de départ incontestable. En même temps, dans la mesure où les individus sont en lien entre eux-mêmes, la protection de la dignité concerne nécessairement toute relation interindividuelle. Ces deux aspects, centrés sur la protection de la personne, doivent donc être étudiés comme les effets subjectifs des droits fondamentaux (Partie I).

74. D'un autre côté, les droits fondamentaux pris dans leur ensemble (là encore, il y va de l'indivisibilité des droits fondamentaux) constituent aussi un ordre objectif de valeurs. Il s'adresse aux institutions au sein de l'UE et aux ordres juridiques en tant que tels. L'étude des droits sociaux sous cet angle relève alors des effets objectifs des droits fondamentaux (Partie II).

Première partie
Les effets subjectifs des droits sociaux fondamentaux

75. La première partie de cette thèse a une double mission : si le centre demeure nécessairement l'analyse structurelle des effets subjectifs des droits sociaux fondamentaux, la clarification de la méthode concrétiste occupe également une place essentielle. En effet, le chapitre introductif n'a permis de l'évoquer que de manière particulièrement sommaire. De nombreuses questions restent sans réponse pour l'instant : sur quel modèle normatif la méthode concrétiste s'appuie-t-elle ? Est-elle perceptible dans la pratique juridique de l'UE ? Permet-elle de surmonter des « impasses » dans certaines jurisprudences de la Cour de justice ? Nous verrons dans cette partie que l'étude des droits sociaux fondamentaux en tant que droits subjectifs nous aidera à répondre à ces interrogations.

76. Quant à l'analyse des effets subjectifs à proprement parler, il s'agit des effets qui ont pour point de référence le(s) titulaire(s) des droits sociaux fondamentaux. En premier lieu, il est naturellement question des relations entre le titulaire et les autorités publiques qui, du fait de l'exercice de la puissance publique, organisent la vie en société et qui affectent ainsi directement les droits sociaux. Ces effets, souvent désignés comme verticaux, concernent donc la protection des droits fondamentaux face aux autorités de l'UE et aux Etats membres (Titre I). En même temps, le titulaire des droits sociaux entre directement en contact avec des acteurs privés qui, à l'heure de l'économie globalisée, acquièrent une puissance factuelle pouvant également porter atteinte aux droits fondamentaux. Si l'on prenait le point de vue des obligations étatiques en matière de droits fondamentaux, ces acteurs privés ont une place tierce dans les relations entre l'Etat et le titulaire des droits et les effets qui concernent ces tiers mériteraient d'être appelés « objectifs », car le titulaire des droits, le sujet, n'est pas directement concerné. Les acteurs privés se soumettent simplement aux normes objectives établies par l'Etat. Toutefois, lorsque le titulaire peut faire valoir directement ses droits contre ces acteurs qui cesseraient alors d'être des tiers, dit autrement, lorsque l'effectivité directe et horizontale est admise, les droits sociaux fondamentaux sont bien subjectifs et l'Etat deviendrait le garant des droits (Titre II).

Titre Un La protection des droits sociaux fondamentaux

77. La protection contre l'abus du pouvoir étatique, voici la première fonction qui traverse notre esprit lorsque nous abordons les droits fondamentaux[215]. Ce point de départ traditionnel en matière de droits fondamentaux nous conduit néanmoins immédiatement à la question de leur indivisibilité. Au niveau de leur *application*, les droits sociaux ne demandent-ils pas plutôt une action positive de la part de l'Etat ? Le droit de l'UE semble donner une réponse particulièrement intéressante : bien que certains acteurs politiques dans l'UE restent fermes sur la distinction entre, d'une part, les droits civils et politiques et, d'autre part, les droits sociaux, ni la prise en compte progressive des droits fondamentaux ni le cadre actuel de leur protection codifié dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE n'imposent une telle différenciation (Chapitre Un). Pour rendre compte de ces particularités qui restent encore fortement débattues à l'heure actuelle, nous développerons la méthode concrétiste qui nous aidera à dessiner le cadre général et le *processus* d'application des droits sociaux fondamentaux en droit de l'UE (Chapitre Deux).

[215] Condorcet le disait déjà dans son fameux projet de déclaration des droits en février 1789 : « Une déclaration des droits doit être entendue par tous les citoyens, parce qu'il est utile et surtout juste que tous soient instruits de leurs droits, qu'il connaissent les limites naturelles et nécessaires des pouvoirs créés par la société, qu'ils puissent réclamer contre l'abus de ces pouvoirs, qu'ils soient enfin prémunis contre les erreurs où de fausses idées sur la nature et l'étendue de leurs droits pourraient les entraîner. » Cité *in* WORMS, Frédéric, *Droits de l'homme et philosophie*, Paris, CNRS Ed., 2009, p. 87.

Chapitre Un La soumission progressive de l'UE au respect des droits sociaux fondamentaux

Socrate : *Où vas-tu donc, mon cher Phèdre, et d'où viens-tu ?*

Platon, *Phèdre*, 227a.

78. Le poids du passé a toujours une force mystérieuse[216]. Outre l'asymétrie entre l'économique et le social que nous avons mentionnée dans le chapitre introductif, l'UE peut craindre aussi l'absence initiale de système de protection des droits fondamentaux. Toutefois, à propos des droits fondamentaux en général, elle s'est « rattrapée » rapidement vers la fin des années 1960 par la voie prétorienne. Les moyens étaient-ils adéquats ? Quel statut les droits sociaux ont-ils reçu ? Peut-être seraient-ce les questions que le maître de l'art maïeutique poserait à l'UE, s'il devait l'arrêter pour l'inviter à une promenade introspective.

79. Tentant de répondre à ces questions, nous verrons dans le présent chapitre que les solutions elles-mêmes portent les empreintes de l'histoire avec ses compromis et contradictions. Comme toujours, les droits sociaux passionnent, font peur, et divisent. La scène européenne échappe encore moins à cette situation, tant la diversité est grande entre les États membres. Si nous revoyons l'histoire de la protection des droits fondamentaux, nous ne perdrons pas de vue l'analyse des outils d'*application* des droits (Section 1). L'étude n'est donc pas strictement historique. En réalité, elle concerne davantage les techniques et les notions juridiques, porteuses de contradictions et de risques d'une protection duale des droits fondamentaux dans l'UE (Section 2).

[216] Sur la notion de « dépendance au sentier », v. par ex., PALIER, Bruno, « *Path Dependence* », *in* BOUSSAGUET, Laurie, Sophie JACQUOT, et Pauline RAVINET (dir.), *Dictionnaire de politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010, 3e éd., pp. 411-419.

Section 1 : La prise en compte des droits sociaux fondamentaux dans l'UE

80. La longue évolution de la protection des droits fondamentaux dans l'UE est façonnée par des forces très hétérogènes et reste donc un produit de compromis. Cette caractéristique se montre clairement à travers les deux moyens principaux de protection des droits fondamentaux dans l'UE : la reconnaissance jurisprudentielle et la rédaction de la Charte des droits fondamentaux. La première voie est une réaction à la « fronde » de certaines juridictions constitutionnelles nationales, alors que la Charte des droits fondamentaux de Nice est issue d'âpres négociations entre les délégués nationaux à la Convention européenne. Nous ne comptons pas refaire le travail généalogique, qui a déjà été maintes fois accompli par d'excellents auteurs[217], mais la perspective historique nous présente de manière convaincante l'insuffisante conceptualisation des droits (sociaux) fondamentaux à l'issue de ce processus. En effet, répondant à l'absence initiale de « catalogue de droits fondamentaux », la solution jurisprudentielle est une protection « médiate » qui n'a pas de conception systématique d'ensemble (§1). Quant à la proclamation par la Charte, les tensions internes présentes lors de son élaboration font qu'elle pourrait être interprétée dans le sens d'une séparation, d'une part, entre droits civils et politiques et, d'autre part, droits sociaux (§2).

§1. La reconnaissance jurisprudentielle : une protection médiate des droits fondamentaux

81. La reconnaissance des droits fondamentaux comme principes généraux du droit de l'UE (ou anciennement « communautaires ») était une technique nécessaire pour introduire ces droits dans l'ordre juridique communautaire (A). Néanmoins, en fusionnant les deux catégories, la Cour de justice a aussi créé une source d'ambiguïté quant au statut juridique de ces droits (B).

---

[217] Pour une présentation synthétique, v. RIDEAU, Joël, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 2010, p. 412 et s. ; SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016, p. 140 et s. ; pour des ouvrages plus spécifiquement consacrés à ce sujet, v. RIDEAU, Joël, « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *RCADI*, 1997, tome 265; ALSTON, Philip (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001 ; SUDRE, Frédéric, et Henri LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000 ; TINIERE, Romain, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, avec une préface de Frédéric Sudre, Bruylant, 2008 ; TINIERE, Romain, et Claire VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: entre évolution et permanence*, Bruylant, 2015 ; pour une perspective centrée sur les droits sociaux fondamentaux, v. DE SCHUTTER, Olivier, « Le statut de la Charte sociale européenne dans le droit de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 217-261 ; ROBIN-OLIVIER, Sophie, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Dr. soc.*, 1999, p. 609.

A. La nécessaire consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux

82. Se servant des principes généraux du droit comme un outil pour le développement du droit non-écrit de l'UE (1), la Cour de justice semble contribuer à une reconnaissance globale de tous les droits fondamentaux (2), qu'ils soient civils, politiques ou sociaux.

1. Les principes généraux du droit au service de l'introduction des droits fondamentaux

83. Il est bien connu que, en dehors de quelques dispositions sur l'interdiction de discrimination sur la nationalité et l'égalité entre hommes et femmes, les traités fondateurs des Communautés européennes furent presque entièrement réticents au sujet de la protection des droits fondamentaux[218]. La question n'était toutefois pas absente à l'époque, comme en témoigne le rapidement développement du droit du Conseil de l'Europe[219]. Malgré cela, les fondateurs des Communautés européennes n'ont établi ni de déclaration des droits fondamentaux, ni de modalité particulière en vue de leur protection. La doctrine de l'époque semble assez unanime[220] pour expliquer ce silence par le caractère technique et économique de ces communautés. Manfred Dauses écrivit que l'« [o]n connaît les motifs historiques du silence des traités. Le caractère principalement technique de la CECA, instituée en 1951, faisait paraître peu réaliste [le fait] d'envisager que les pouvoirs communautaires pussent porter atteinte à des situations qui méritaient d'être considérées comme relevant des droits fondamentaux »[221].

84. Ce silence face aux droits fondamentaux a entraîné deux conséquences[222] : tout d'abord, une certaine hésitation pour le juge communautaire à se déclarer compétent lorsqu'il

---

[218] V. les articles 7, 40, 48, 119 du Traité de Rome, cf. RIDEAU, Joël, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 29.

[219] MARCOUX, Laurent, « Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne », *R. I. D. C.* 1983, pp. 691-733, spéc., p. 693.

[220] Des études en français largement citées sont les suivantes : PESCATORE, Pierre, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *Cah. dr. eur.* 1968, pp. 629-673 ; PHILIP, Christian, « La Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux », *AFDI*, vol. 21, 1975. pp. 383-407 ; COHEN-JONATHAN, Gérard, « La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme », *RMC*, 1978, pp. 74-100 ; en allemand, v. par ex., BAHLMANN, Kai, « Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft - Wege der Verwirklichung », *EuR*, 1982, pp.1-20 ; en anglais, v. par ex., ZULEEG, Manfred, « Fundamental Rights and the Law of the European Communities », *CML Rev.*, 1971, n°4, pp. 446-461. Pour un renversement de cette perspective avec l'évolution du droit de l'UE, v. BOGDANDY, Armin von, « European Union as a Human Rights Organization - Human Rights and the Core of the European Union », *CML Rev.*, 2000, n°6, pp. 1307-1338.

[221] DAUSES, Manfred A., « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTD eur.* 1984, pp. 401-424, spéc., p. 402.

[222] V. PORTA, Jérôme, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, tome 1, avec une préface d'Antoine Lyon-Caen, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2007, p. 415 et s.

s'agit de la protection des droits fondamentaux ; ensuite, lorsqu'il décida d'assumer cette tâche, il a dû recourir à des outils juridiques qui ne font pas partie du droit écrit communautaire, en l'occurrence les principes généraux du droit.

Concernant la première conséquence[223], elle se constate à travers le refus continu par la Cour de justice de protéger les droits fondamentaux des ressortissants des États membres dans les premières années après la création des Communautés européennes[224]. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Stork* de 1959[225], un commerçant de charbon, n'ayant pas réussi à franchir le nouveau seuil de chiffre d'affaires établi par la Haute Autorité de la CECA, se vit relégué à la catégorie des négociants de seconde main dans ce commerce. Il intenta donc une action contre la Haute Autorité, en faisant valoir son droit de développer librement sa personnalité et d'exercer sa profession fondé sur les articles 2 et 12 de la Loi fondamentale allemande. La Cour répondit « sèchement » – comme l'écrit M. Ch. Philip – qu'elle n'était pas compétente : en effet, « la Cour n'a qu'à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité et des règlements d'exécution; qu'en règle générale, elle n'a pas à se prononcer sur les règles de droit interne; qu'en conséquence, elle ne saurait examiner le grief selon lequel, en prenant sa décision, la Haute Autorité aurait violé des principes du droit constitutionnel allemand ». Ce refus catégorique a déclenché la « fronde » de la part de certaines hautes juridictions nationales, notamment la Cour constitutionnelle italienne[226] et la Cour fédérale allemande des finances[227]. Dans ce dernier cas, une entreprise allemande contesta un prélèvement fiscal réalisé en vertu du règlement 135/62. La procédure en soi est intéressante. Lorsque la Cour fédérale des finances fut saisie, elle posa d'abord deux questions préjudicielles à la Cour de justice qui

---

[223] V. aussi les analyses de TINIERE, Romain, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007, notamment p. 30 et s. ; PAPADOPOULOU, Rébecca-Emmanuèla, *Principes généraux du droit et droit communautaire : origines et concrétisation*, Athènes & Bruxelles, Sakkoulas & Bruylant, 1996, p. 139 et s.

[224] Trois arrêts sont souvent mis en avant : *Stork* (CJCE, 4 février 1959, aff. 1/58, *Rec.* pp. 43 - 87), *Comptoir de vente du charbon de la Ruhr et Nold* (CJCE, 15 juil. 1960, aff. jtes, 36, 38 et 40/59, *Rec.* Vol. VII, 1960/II) et *Sgarlata* (CJCE, 1er avril 1965, aff. 40/64).

[225] Pour les deux autres arrêts, on peut consulter le résumé très synthétique fait par le Pr Ch. Philip, dans « La Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 386

[226] Les décisions concernées sont 1) Corte Costituzionale, 24 février 1964, *Costa c. ENEL*, *CML Rev.*, 1964-1965, p. 435, n. N. Catalano ; Corte Costituzionale, 27 décembre 1965, San Michele, *CML Rev.* 1966-1967, p. 81, n. A. Pappalardo. Pour leur analyse dans le contexte de droits fondamentaux, v. TINIERE, Romain, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, *op. cit.*, p. 36. Il faudrait préciser que ces décisions constituent plutôt une contestation très faible de l'absence de la protection des droits fondamentaux dans les jeunes Communautés européennes. La Cour constitutionnelle n'a à aucun moment mis en cause le droit communautaire pour incompatibilité avec la protection constitutionnelle des droits fondamentaux. Il faudrait plutôt attendre l'arrêt *Frontini* (27 décembre 1973, n°183/1973, *RTD eur.* 1974, p. 148) pour que la « fronde » devienne plus claire. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question en détail. V. infra, n° 610 et s.

[227] Bundesfinanzhof, 10 juillet 1968 – VII 198/63, *EuR*, 1969, p. 255, note M. Zuleeg.

confirma la validité du règlement au regard du droit communautaire[228]. Cependant, la question des droits fondamentaux n'était pas étudiée par le juge communautaire. Face à cette situation, pour apprécier l'applicabilité dudit règlement en droit interne, la Cour fédérale des finances reconnut d'abord l'indépendance des deux ordres juridiques et la compétence d'interprétation de la CJCE dont la décision est obligatoire pour le juge interne. Mais la Cour ajouta que, si le règlement était valide en droit communautaire, son applicabilité en droit interne était toutefois soumise à sa conformité à des normes « plus fortes »[229]. La garantie constitutionnelle demeure alors l'épée de Damoclès sur les décisions des autorités communautaires. De plus, dès 1967, la Cour constitutionnelle fédérale avait déjà été saisie par un particulier qui contestait directement la conformité de deux règlements aux droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale allemande[230]. La Cour constitutionnelle répondit que le recours était irrecevable, puisqu'elle n'était compétente pour contrôler que des actes de la « puissance publique » étatique allemande. Mais il fut ajouté à la fin de la décision que « [i]l n'est pas statué ici sur la question de savoir si la Cour constitutionnelle fédérale pouvait, dans le cadre d'une instance valablement introduite devant elle, apprécier le droit communautaire en fonction des dispositions de la Loi fondamentale énonçant des droits fondamentaux, et dans quelle mesure elle le pourrait. »[231] Dès lors, une certaine pression nationale, qui variait au cours du temps[232], commença à peser sur les institutions européennes, de sorte que la Cour de justice procéda à un changement de sa jurisprudence, voire à un revirement.

Ce revirement entraîna alors la nécessité d'employer les principes généraux de droit. En réalité, le P^r^ Cohen-Jonathan a déjà noté que « dès 1960, l'avocat général Lagrange avait proposé à la Cour de combler cette lacune du droit communautaire en appliquant la technique des principes généraux du droit dans le domaine des droits de l'homme. »[233] Dans ses conclusions dans l'affaire *Comptoir de vente du charbon de la Ruhr et Nold* précitée, face à la demande de protection de la propriété des requérants, l'avocat général considéra que la Cour,

---

[228] CJCE, 13 décembre 1967, *Firma Max Neumann*, aff. 17-67, Rec. p. 571.
[229] « *mit stärkerer Wirkkraft ausgestattete Normen* »
[230] BVerfG, 18 octobre 1967, *RTD eur.* 1968, p. 201. Pour une étude générale sur ce sujet, v. SCHEUNER, Ulrich, « *Fundamental rights in European community law and in national constitutional law* », *CML Rev.*, 1975, pp. 171-191.
[231] *Ibid.*, p. 206.
[232] Le P^r^ Michel FROMONT fait remarquer dans sa note sur la décision *Solange I* que la Cour constitutionnelle fédérale sembla rejeter toute possibilité de contrôle des actes communautaires dans une décision du 9 juin 1971. BVerfGE, 31, 145 ; *NJW* 1971, p. 2122 ; *EuR*, 1971, p. 51, n. Ipsen.
[233] COHEN-JONATHAN, Gérard, « La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 84.

tout en respectant sa jurisprudence *Stork*, ne pouvait « du moins directement » appliquer les règles internes, même de rang constitutionnel. Une brèche est ainsi ouverte : la Cour pourrait « s'inspirer » du droit national « éventuellement pour y voir l'expression d'un principe général de droit »[234]. Bien qu'il considérât que le droit de propriété n'était pas pertinent dans cette affaire, l'avocat général insista sur le fait que « l'on peut bien admettre que la protection du droit de propriété et les garanties dont doit être entourée toute atteinte à ce droit, telle que l'expropriation, est une règle de droit commune aux six pays »[235]. Ainsi, il a donné un premier sens aux principes généraux de droit dans le contexte des droits fondamentaux : il s'agit des principes communs aux États membres. La Cour ne fit pas immédiatement mention de cette analyse de l'avocat général, mais reconnut sa validité plus tard, par trois arrêts qui ont fait date.

85. Le revirement arriva en 1969 avec l'arrêt *Stauder*[236]*,* dans lequel une décision de la Commission fut contestée devant les juridictions allemandes (à la fois constitutionnelle et administrative). La décision aurait fait dépendre la vente du beurre à prix réduit à certains bénéficiaires d'une assistance sociale à la condition d'une identification nominative des bénéficiaires. Les litiges internes mirent en jeu notamment les articles 1 et 3 de la Loi fondamentale allemande (dignité et égalité) et le juge administratif allemand renvoya une question préjudicielle à la Cour de justice. Tout en rejetant la pertinence des droits fondamentaux en cause, la Cour précisa que « les droits fondamentaux de la personne [sont] compris dans les principes généraux du droit communautaire », dont la Cour « assure le respect ». On voit clairement que la Cour a suivi ici presque entièrement le raisonnement de l'avocat général Lagrange précité (précisons par ailleurs que les conclusions de l'avocat général Roemer pour cet arrêt n'ont pas étudié ces principes généraux du droit[237]) : *primo*, la Cour veille à l'application du droit communautaire et non des droits nationaux ; *secundo*, les droits fondamentaux de la personne font partie du droit communautaire en tant que principes généraux de ce droit. Par conséquent, la Cour doit aussi protéger les droits fondamentaux. Cette continuité apparente avec la jurisprudence antérieure ne diminue en rien la portée révolutionnaire de cette décision, contenue dans une petite phrase presque ancillaire. Mais il convient de noter que la Cour n'avait pas encore précisé comment identifier ces « principes généraux du droit communautaire ». Il fallait attendre le deuxième arrêt de cette série –

---

[234] Conclusions de l'avocat général M. Maurice Lagrange présentées le 24 mai 1960 dans les affaires jointes 36, 37, 38 et 40/59, *Rec.* p. 906, spéc., p. 910.
[235] *Ibid.*
[236] CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29-69, *Rec.* p. 419.
[237] *Rec.*, p. 427 et s.

Internationale Handelsgesellschaft[238] – pour voir le dernier élément de l'analyse de M. Lagrange entrer dans la jurisprudence de la Cour.

Face à l'invocation de la liberté d'action et de disposition et de la liberté économique contre un régime de cautionnement pour le marché de certaines denrées alimentaires, la Cour affirma que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » (§4). La phrase un peu surprenante dans l'arrêt *Stauder* devint ici une proclamation de principe et qualifia les traditions constitutionnelles communes aux États membres de « source d'inspiration » des droits fondamentaux communautaires. On peut aussi noter que la Cour présenta clairement dans cet arrêt son souci de garantir l'effectivité et l'autonomie du droit communautaire face aux droits nationaux. Elle justifia l'inapplication des droits nationaux non seulement en termes de compétence, mais aussi au regard de l'effectivité du droit communautaire. En effet, « le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même » (§3). On aura l'occasion de revenir sur la primauté et l'effectivité du droit de l'UE[239], mais il suffit de dire pour le moment que, tout comme cela fut réaffirmé dans l'arrêt *Nold*[240], les principes généraux du droit constituent le premier fondement des droits fondamentaux dans l'ordre communautaire. Notons déjà que cette particularité contribue au fait que les droits sociaux fondamentaux ne sauraient être isolés des droits fondamentaux en général.

86. À propos des ordres juridiques des États membres, nous pouvons noter que ces décisions n'ont pas rassuré la Cour constitutionnelle allemande qui a, quelques jours après l'arrêt *Nold*, prononcé sa fameuse décision *Solange I*[241]. En l'occurrence, il s'agit de la suite de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*. Après l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice, l'entreprise demanderesse contesta la décision administrative devant la Cour constitutionnelle fédérale au nom de son droit au libre exercice d'une activité professionnelle (art. 12 de la Loi

[238] CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1126.
[239] V. infra n° 238.
[240] CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, *Rec.* p. 492.
[241] BVerfG, 29 mai 1974, *RTD eur.* 1975, p. 317, n. M. Fromont.

fondamentale). La deuxième Chambre de la Cour de Karlsruhe estima qu'elle était compétente pour apprécier la plainte et que surtout « [i]l manque encore à la Communauté un Parlement légitimé directement de manière démocratique, issu d'élections générales, qui aurait des attributions législatives et à l'égard duquel les organes communautaires compétents pour légiférer seraient entièrement responsables politiques ; il lui manque encore, en particulier, un catalogue codifié des droits fondamentaux, dont le contenu serait aussi éprouvé et aussi peu ambigu pour l'avenir que celui contenu dans la Loi fondamentale et qui permettrait dès lors de déterminer, au terme d'une comparaison, si la norme en matière de droits fondamentaux consacrée par le droit communautaire et obligatoire dans l'ensemble de la Communauté, correspondra à plus longue échéance, sous réserve de modifications éventuelles, aux types de droits fondamentaux proclamés par la Loi fondamentale (…) ». Le reproche d'une protection insuffisante des droits fondamentaux se joignit alors à la critique du « déficit démocratique » de la Communauté européenne. Par conséquent, « [t]ant qu'un stade ultérieur de l'intégration de la Communauté ne réalise pas cette sécurité juridique, que la seule jurisprudence de la CJCE n'assure pas, bien qu'elle ait manifestement été favorable jusqu'à présent aux droits fondamentaux, la réserve déduite de l'article 24 de la Loi fondamentale reste valable »[242].

87. Cette position de la Cour constitutionnelle fédérale, soutenue par une logique profonde du monisme avec primauté du droit interne[243], n'a été modifiée qu'en 1986, avec la décision dénommée *Solange II*[244]. Dans des circonstances similaires mettant en jeu un règlement communautaire sur l'importation des champignons, la Cour de Karlsruhe rappela un ensemble d'indices qui montraient que la Communauté avait beaucoup progressé entre temps en matière de protection des droits fondamentaux : la jurisprudence de la Cour de justice qui reconnaît ces droits comme des principes généraux du droit communautaire et qui utilise le principe de proportionnalité lorsqu'il faut les limiter (§§118-120) ; la référence à la Convention européenne des droits de l'homme (§121) ; la déclaration commune entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission du 27 avril 1977 sur la protection des droits fondamentaux (§123 et s.), etc. C'est pourquoi « aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la CJCE garantissent d'une façon générale une

[242] *Ibid.*, p. 319. L'article 24 concerne la participation de la République fédérale aux organisations internationales. Il prévoit dans son §1 que « [l]a Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales ». A noter que, actuellement, les relations avec l'UE sont spécifiquement régies par l'article 23 de la Loi fondamentale.
[243] V. par ex., IPSEN, Hans Peter, « BVerfG versus EuGH re "Grundrechte" », *EuR* 1975, p. 1, spéc., p. 17 et s., où l'auteur se montre très critique à l'égard de la portée de la décision.
[244] BVerfG, 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, *RTD eur.*, 1987, p. 537, note V. Constantinesco.

protection efficace des droits fondamentaux contre l'exercice de leur propre souveraineté, qui puisse être considérée par essence comme d'égale niveau à celui de la protection inaliénable des droits fondamentaux qu'assure la loi fondamentale, et qui garantisse notamment sur un plan général la substance de ces droits[245], le BVerfG [*i.e.* la Cour constitutionnelle] n'exercera plus sa compétence relativement à l'applicabilité du droit communautaire dérivé (...) et ne contrôlera donc plus ce droit au regard des droits fondamentaux de [la loi fondamentale] ».[246] (§132) Vu ainsi, le respect des droits fondamentaux résulte en effet d'une confrontation, d'un dialogue et, finalement, d'un consensus entre les ordres juridiques en Europe. Mais l'exigence de l'UE demeure dès le départ autonome et se caractérise par l'absence de distinction entre les droits de différentes matières.

2. L'absence de distinction entre droits civils et politiques et droits sociaux

88. Empiriquement, la reconnaissance des droits sociaux ne s'est pas fait attendre. Il est d'ailleurs intéressant de constater que la Cour de justice identifie des droits sociaux aussi bien à partir des inspirations externes que par l'interprétation du droit primaire communautaire.

89. Dans l'arrêt *Rutili*[247], on pourrait y voir une référence implicite aux droits syndicaux fondamentaux. Il est vrai qu'en l'occurrence le sujet central porta sur la limitation du droit de libre circulation et l'égalité de traitement d'un syndicaliste italien en France. Ce qui est remarquable est le fait que la Cour de justice fit référence aux articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme (§32) et reconnut par la suite « un principe plus général » qui consiste à admettre la limitation des droits fondamentaux pour des raisons de l'ordre et de la sécurité publics. Mais les limitations ne sauraient négliger les règles communautaires ayant pour objet « de garantir la défense des droits des personnes » (§51). La Cour de préciser ensuite que les États membres ont en effet l'obligation « de s'abstenir de toutes mesures en la matière qui seraient utilisées à des fins étrangères aux besoins de l'ordre public ou porteraient atteinte à l'exercice des droits syndicaux » (§52). En pensant à la citation de l'article 11 de la Conv. EDH, on peut tout à fait comprendre que la Cour a mobilisé implicitement un principe général du droit communautaire, dans la même logique que les arrêts

[245] Il s'agit de « *Wesensgehalt* », on aurait pu le traduire plutôt par « contenu essentiel » de ces droits. On retrouvera cette question dans la limitation des droits fondamentaux. V. infra, n° 185.
[246] *Ibid.*, pp. 544-545.
[247] CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.* p. 1219.

précités[248]. Chose tout aussi remarquable, la Cour parle dans cet arrêt des « principes de libre circulation et d'égalité de traitement des travailleurs » (§7), et des « principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de la liberté de circulation » (§27), en même temps que « le droit de se déplacer librement et de séjourner » (§23)[249]. On constate donc déjà une certaine polysémie du terme « principe » dès cette époque : il peut être compris comme un « principe général du droit » qui semble avoir notamment vocation à compléter le droit communautaire écrit ; mais il est aussi utilisé de manière presque interchangeable avec les « droits ».

90. Si l'on continue dans l'examen de ce début de consécration des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre communautaire, la première référence explicite à un principe et un droit fondamental concerne assurément l'égalité de traitement entre hommes et femmes, à travers les fameux arrêts *Defrenne*[250], où une hôtesse de l'air contesta successivement des dispositions sur la sécurité sociale, son salaire et l'âge de la retraite considérées comme défavorisant les femmes. L'importance de cette série d'arrêts n'a pas été sous-estimée en droit social de l'UE. Mais il convient de souligner à nouveau leur très grande valeur dans notre étude, c'est-à-dire une réflexion sur les droits fondamentaux et les principes de l'UE.

91. En effet, dans le premier arrêt *Defrenne* qui porta sur la différence entre les pensions de retraite du régime légal de la sécurité sociale, nous savons que la Cour ne les a pas considérées en l'occurrence comme des avantages payés indirectement par l'employeur, étant donné que l'employeur n'avait aucune marge de manœuvre sur le versement des cotisations. Par conséquent, la Cour conclut que cette différence n'était pas soumise à l'égalité de traitement inscrite dans l'article 119 du Traité de Rome. Mais il a été moins relevé que, pour que ce raisonnement soit valide, il fallait en plus affirmer qu'il n'existât pas de principe général de l'égalité entre hommes et femmes, ce qui fut très bien vu par la Commission dans ses conclusions. Elle avait écrit que « [l]'article 119 aurait essentiellement pour but d'assurer, dans chaque État membre, une rémunération identique, directe ou indirecte, pour un même travail, aux travailleurs masculins et féminins ; il n'établirait pas un principe général d'égalité entre les

---

[248] La reconnaissance explicite de la liberté d'association comme droit fondamental vient plus tard avec l'arrêt *Bosman* (15 décembre 1995, aff. C-415/93, Rec. I-4921), où la Cour de justice fait également référence à l'article 11 de la Conv. EDH.

[249] Les conclusions de l'avocat général sont sans doute encore plus explicites ; on y trouve aussi bien les « principes essentiels », « principe fondamental de la libre circulation », « principe d'égalité de traitement », « droits subjectifs » que confère le traité, etc., v. *Rec.*, p. 1237 et s.

[250] CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne (I)*, aff. 80/70, *Rec.* p. 445, *RTD eur.* 1971, p. 103 ; CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne (II)*, aff. 43/75, *Rec.* p. 455, *RTD eur.* 1976, p. 521, n. C. Philip ; CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne (III)*, aff. 147/77, *Rec.* p. 1365.

hommes et les femmes, portant sur tous les éléments contractuels et réglementaires ayant un rapport quelconque avec le travail. Le caractère rigoureux du principe énoncé par l'article 119 serait lié à la portée limitée de son champ d'application. Il faudrait donc exclure les prestations de sécurité sociale en général, et notamment les pensions, du champ d'application de l'article 119. »[251] La Cour ne s'était pas prononcé sur ce point dans cet arrêt.

92. Il fallait attendre le troisième arrêt *Defrenne* pour que cette question fût résolue par la Cour. L'hôtesse de l'air contesta le terme imposé à son contrat (l'âge de 40 ans) qui ne concerne pas le contrat des commis de bord masculins. La Cour répondit d'abord que l'article 119 était en effet limité aux questions salariales, les autres rapports d'emploi ne relevant pas de son champ d'application. Toutefois, sollicitée sur la question de l'existence d'un principe général de non-discrimination fondée sur le sexe, la Cour n'hésita pas à invoquer « les droits fondamentaux de la personne ». Son raisonnement consiste à rappeler d'abord que le respect des droits fondamentaux fait partie des principes généraux du droit communautaire assurés par la Cour (§26) et à énoncer ensuite qu' « on ne saurait mettre en doute le fait que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie de ces droits fondamentaux » (§27). Mais paradoxalement, après avoir cité la Charte sociale européenne et la Convention n°111 de l'OIT, la Cour constata qu'à l'époque des faits, la Commission n'assurait aucun contrôle concernant l'égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail. Elle a donc conclu sur l'absence d'un tel principe général « à l'époque des faits qui sont à l'origine du litige ». Or, cette considération sur le temps ne nous empêche pas de voir que la conséquence logique de cet arrêt est précisément la reconnaissance de la non-discrimination fondée sur le sexe comme principe général du droit communautaire. D'ailleurs, on comprend que, s'il est nécessaire de parler du « principe général du droit », c'est que le traité ne pouvait pas s'appliquer directement en l'espèce. Qu'en est-il alors de l'égalité entre hommes et femmes en termes de rémunération en tant que telle ? Sera-t-elle qualifiée aussi de principe ?

93. Il faut en effet revenir un peu en arrière, au deuxième arrêt *Defrenne*. La question préjudicielle porta bien cette fois-ci sur la différence de rémunération. Nous savons que, dans cet arrêt, la Cour a surtout mis en avant « la finalité sociale » de la Communauté économique européenne (§§9-11). Ceci dit, le problème que devait résoudre la Cour était l'effet direct horizontal de l'article 119 du Traité de Rome. Nous aurons l'occasion de traiter ce problème en

[251] *Rec.*, p. 450.

détail[252]. Il suffit de remarquer pour l'instant que la reconnaissance de l'effet direct horizontal de cette disposition signifierait l'existence d'un droit subjectif – protégé par le droit communautaire et justiciable dans l'ordre juridique interne – aux bénéfices de la partie demanderesse. La Cour déduisit le caractère fondamental de l'égalité de traitement à partir de la finalité sociale de la Communauté. Mais on argua devant le juge du fait qu'un « principe » ne pouvait donner lieu à un droit subjectif. L'argument donna l'occasion à la Cour de préciser ce qu'il fallait entendre par « principe » au moins quand on parle de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. La Cour jugea alors que « dans le langage du traité, cette expression est précisément utilisée pour marquer le caractère fondamental de certaines dispositions, ainsi qu'il ressort par exemple de l'intitulé donné à la première partie du traité, consacrée aux 'principes', et de l'article 113, selon lequel la politique commerciale de la Communauté est fondée sur des 'principes uniformes' » (§28). Le « principe » ne s'oppose alors pas aux droits, ni aux règles ; ce n'est pas une « incitation vague » (§29), mais bien une exigence impérative, en raison de son « importance » fondamentale.

94. En revisitant ces différents arrêts de la Cour, on peut en tirer deux renseignements :

Premièrement, la protection des droits fondamentaux par la Cour à cette époque ne distinguait pas les différentes « générations » de droits. En effet, la reconnaissance de droits fondamentaux ne passe pas par l'établissement d'un catalogue exhaustif. De plus, les notions de « principes généraux du droit », « principes essentiels » et « principes fondamentaux », telles qu'elles sont comprises par la Cour de justice, ne font pas techniquement obstacle à « l'indivisibilité des droits fondamentaux ». Un droit social fondamental, compte tenu de son importance et/ou de sa reconnaissance dans d'autres ordres juridiques, peut parfaitement intégrer le droit de l'UE non écrit.

Deuxièmement, ce constat empirique ne permet pas encore d'avoir une connaissance « claire et distincte » des différentes notions employées, en particulier celles de « principe » et de « droit ». La Cour de justice semble les employer de manière interchangeable dans le contexte des droits fondamentaux. Or, cette ambiguïté peut conditionner l'effectivité et la protection des droits fondamentaux. Il convient alors de tenter d'éclairer la notion de « principe général du droit communautaire » pour connaître sa portée exacte.

[252] V. infra, n° 236 et s.

B. Le statut ambigu des droits fondamentaux avec la qualification de principe général

95. La doctrine s'est attelée à cette question depuis presque l'origine de la Communauté européenne[253], mais elle reste relativement consternée face à la multiplicité des principes généraux du droit (1). Elle n'explique donc pas suffisamment ce que signifie une telle qualification des droits fondamentaux (2).

1. La très grande variété de principes généraux du droit

96. De nombreux auteurs se sont exprimés sur l'ambiguïté du terme de « principe » utilisé ici et le nombre très important de principes généraux dans l'UE[254]. L'emploi de ce terme est particulièrement fréquent. Comme l'écrit le P[r] Catherine Flaesche-Mougin, « [l]e terme "principe(s)" est omniprésent : la doctrine, les traités, l'importante production textuelle des institutions de l'Union, la jurisprudence y font tous abondamment référence »[255]. Le P[r] Fabrice Picod va dans un sens plus critique et considère que « la souplesse constatée lors de la création et de l'application des principes généraux peut contribuer à générer quelques incertitudes relatives à leur identification et à leur portée exacte. La terminologie utilisée ne semble pas d'un grand apport à cet égard. Un même principe est tantôt qualifié de principe général, tantôt qualifié de règle ou de principe fondamental sans que l'on puisse en dégager une conclusion décisive »[256]. Le point culminant de ces emplois à tout-va du terme « principe » est sans doute le cas où, dans le même arrêt, la Cour de justice emploie successivement le « principe fondamental du droit », le « principe fondamental de la Communauté » et le « principe général du droit »[257].

---

[253] V. par ex., LORENZ, Werner, « General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities », *American Journal of Comparative Law*, 1964 (vol. 13), pp. 1-29.
[254] RIDEAU, Joël, « Ordre juridique de l'Union européenne, Sources non écrites », Jurisclasseur Europe Traité, Fascicule 191, dernière mise à jour, 20 août 2014, §92.
[255] FLAESCHE-MOUGIN, Catherine, « Typologie des principes de l'Union européenne », in *Le Droit de l'Union européenne en principe. Liber Amicorum J. Raux*, Rennes, éd. Apogée, 2005, pp. 99-152, spéc., p. 101.
[256] PICOD, Fabrice, « Principes généraux de droit », *in* BARAV, Ami, Philip, CHRISTIAN et Chahira BOUTAYEB (dir.), *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, PUF, 1993, pp. 858-868, p. 859.
[257] CJCE, 14 octobre 1999, *Atlanta c. Communauté européenne*, aff. C-104/97 P, *Rec.* I-6983. Il s'agit d'une contestation par une entreprise allemande du règlement n°404/93 sur l'organisation commune des marchés de bananes. L'entreprise considéra que la restriction de l'importation des bananes aurait violé le principe de non-discrimination, le principe de protection de la confiance légitime et son droit fondamental au libre exercice d'une activité économique. C'est à propos de ces trois « principes » que la Cour a employé les termes évoqués. V. aussi MOULINIER, Joël, « Principes généraux », Répertoire Dalloz de droit européen, mars 2011, §2.

97. Afin de systématiser la présentation de ces principes, la doctrine a proposé deux solutions : on peut identifier un tel principe soit en établissant une définition du « principe général », soit en identifiant la fonction de ces principes. D'ailleurs, ces deux approches pourraient avoir une origine commune. En effet, le traité de Rome a fait une seule fois référence aux « principes généraux communs aux États membres » sans les définir. Selon l'article 340, alinéa 2 du TFUE (l'ancien article 215 du traité de Rome, v. aussi l'article 188 du traité d'Euratom), « [e]n matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. » On peut donc être tenté d'abord de définir les principes généraux comme des principes « communs » aux États membres. Autrement dit, une méthode comparative serait mise en place au service de cette définition. Or, dans l'application de cet article, la Cour de justice ne s'est pas aventurée beaucoup dans le droit comparé. Le juge Pescatore explique cette situation par la divergence entre situations internes et communautaires, à savoir : en droit communautaire, ce sont des actes normatifs et non techniques qui sont le plus contestés devant la Cour de justice en matière de responsabilité extracontractuelle, ce qui rend la comparaison peu utile[258].

Notre propos n'est pas d'étudier ici le régime de responsabilité extracontractuelle en droit de l'UE[259], mais il convient de remarquer que l'utilisation du droit interne avait essentiellement pour but de combler les lacunes en droit communautaire et le « général » n'est pas identique au « commun »[260]. Comme M[me] Sigrid Jacoby le remarque, « les principes généraux du droit fonctionnaient dans les domaines, où le droit communautaire primaire et secondaire ne donnait aucune solution concrète déjà prête, comme "chemin de communication", par lequel des éléments juridiques nationaux arrivaient au droit communautaire »[261]. En effet,

---

[258] PESCATORE, Pierre, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *R. I. D. C.* 1980, n°2, 1980. pp. 337-359, spéc., p. 342.

[259] V. FINES, Francette, *Études de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, LGDJ, 1990.

[260] Une étude tente même d'élaborer une classification à partir de cette différence : LAW, Stephanie, « The Rationales, Reasoning and Methodology Underpinning the Judicial Recognition of Principles of Union Law », *Cah. dr. eur.* 2016, pp. 11-38. L'auteur confirme que la méthode comparative de la Cour de justice peut recouvrer les cas où il n'y a pas de « principes communs », v. spéc., p. 29.

[261] JACOBY, Sigrid, *Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte*, (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Band 19) Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 212 : « *Allgemeine Rechtsgrundsätze wirkten auf diese Weise in den Bereichen, für die das primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht keine konkreten Lösungen an die Hand gab, als ‚Kommunikationsweg', durch den nationale Rechtsaussagen in das Gemeinschaftsrecht gelangten.* » (Nous traduisons.)

dans l'arrêt *Algera* qui concernait une révocation interne illégale de certains agents de la CECA, la Cour a déjà expliqué que « quant à la possibilité d'un retrait de tels actes [*i.e.* des actes révoquant leur statut], il s'agit là d'un problème de droit administratif, bien connu dans la jurisprudence et la doctrine de tous les pays de la communauté, mais pour la solution duquel le traité ne contient pas de règles. la cour, sous peine de commettre un déni de justice, est donc obligée de le résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres. »[262] Voyons donc de plus près ces deux approches.

98. Concernant la définition, la recherche des caractéristiques structurelles des « principes généraux » est primordiale. Le P[r] Flaesche-Mougin explique ainsi que les principes ont au moins trois caractéristiques : d'abord, son étymologie – « *principium* » – implique qu'il se situe au premier rang et « touche au soubassement, aux fondations du système, à son existence, voire à son essence même »[263] ; ensuite, le terme principe se caractérise par sa généralité, comme d'ailleurs l'atteste l'expression « principe général » ici étudiée ; enfin, en citant le P[r] Patrick Morvan, elle approuve aussi l'idée selon laquelle les principes sont « un corps de règles issues d'une élaboration méthodique, réfléchie, disposées dans un ordre systématique » et « les axiomes fondateurs de cet édifice rationnel »[264].

D'autres auteurs identifient des caractéristiques similaires. Selon le P[r] Takis Tridimas, « *it may be said that a principle is a general proposition of law of some importance from which concrete rules derive* »[265]. Autrement dit, le principe général devrait avoir un niveau d'abstraction suffisant et exprimer une valeur essentielle dans un ordre juridique. Après une analyse empirique de la jurisprudence de la Cour, M. Tridimas ajoute deux caractéristiques aux principes généraux du droit. Selon lui, « *the principle must incorporate a minimum ascertainable legally binding content. (...) A principle may be derived from specific rules of Community law only if it is in accordance with the objectives of the Treaty.*[266] » À partir de ces études qui se fondent sur une analyse empirique du droit (de l'UE), on peut constater que la définition du principe général du droit ne peut être séparé conceptuellement de « principe ».

---

[262] CJCE, 12 juillet 1957, *Dineke Algera*, aff. jts. 7/56, 3/57 à 7/57, *Rec.* p. 114.
[263] FLAESCHE-MOUGIN, Catherine, « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 107.
[264] *Ibid.*, p. 108 ; la référence initiale est la suivante : MORVAN, Patrick, « Principes », *in* ALLAND, Denis, et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1201.
[265] TRIDIMAS, Takis, *The General Principes of EU Law*, OUP, 2006, 2[e] éd., p. 1; v. aussi *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, vol. 1, p. 277.
[266] TRIDIMAS, Takis, *The General Principes of EU Law*, *op. cit.*, pp. 26-27; l'auteur s'appuie sur les arrêts *Hautala* (C-353/99) et *Jippes* (C-189/01).

C'est pourquoi les caractères général et fondamental sont d'emblée remarqués. Ces tentatives restent néanmoins insuffisantes, d'une part parce que ces caractères restent encore relativement flous lorsqu'on ne connaît pas de théorie sur leurs conséquences normatives ; d'autre part parce qu'on ne fait pas une claire distinction entre différentes catégories telles que « objectifs », « valeurs », « principes », etc. Par ailleurs, nous voyons que le passage entre fondation axiologique et application méthodique est inévitablement négligé par un usage peu précis de l'expression « principe ». En ce qui concerne les droits fondamentaux, nous n'avons pas d'indication sur la relation entre « principes » et « droits individuels ». Mais nous pouvons tout autant dire que ces définitions montrent que l'on ne peut exclure d'emblée la superposition entre « principes » et « droits ». Parfois, on peut même avoir l'impression que le « principe » est un concept général qu'il convient de décliner. M^me^ Papadopoulou propose par exemple de classer les principes en « principes axiomatiques » qui expriment « les exigences suprêmes du droit et de la conscience collective », « principes structurels » qui relèvent plus directement de la spécificité de l'ordre juridique communautaire et « principes communs » mentionnés à l'article 215 du traité de Rome[267].

99. Au regard de ces insuffisances, la doctrine se réfère alors à l'analyse fonctionnelle. M^me^ Flaesche-Mougin la réclame expressément : en prenant acte du caractère évolutif du droit communautaire (et des principes propres à ce droit), elle considère que « [l]a fonction structurante des principes devient rétrospectivement synonyme de constitutionnalisation du système communautaire et de l'Union »[268]. En reclassant tous les principes dans ce processus, elle distingue alors « des principes servant l'affirmation de l'identité de la Communauté et de l'Union », où l'on trouve entre autres les principes économiques, de la primauté, et de l'effet direct ; « des principes identitaires par référence aux "idéaux et principes qui sont le patrimoine commun" des européens », comme la protection des droits fondamentaux ou le principe de démocratie et de l'État de droit ; « des principes structurants "la gouvernance européenne" », tels que l'équilibre institutionnel, les principes de subsidiarité et de proportionnalité ; « des principes au service de la protection des particuliers », dont des principes protégeant les particuliers face aux institutions communautaires ou encore le droit d'accès au juge. L'auteur elle-même avoue toutefois que cette tentative présente des limites, car un principe peut être classé dans plusieurs catégories. Elle prend comme exemple le principe de transparence. Nous

[267] PAPADOPOULOU, Rébecca-Emmanuèla, *Principes généraux du droit et droit communautaire : origines et concrétisation*, Bruylant, 1996, p. 8 et s.
[268] FLAESCHE-MOUGIN, Catherine, « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 122.

voyons aussi clairement que la protection des droits fondamentaux est tant une expression de l'identité de l'UE qu'un principe de gouvernance visant à protéger les individus. D'autres auteurs tendent aussi à faire un travail éclectique, en citant aussi toutes les fonctions que peuvent avoir les principes généraux en droit de l'UE[269]. M. Tridimas recense alors de manière empirique les principes généraux du droit communautaire servant à combler les lacunes[270], interpréter le droit écrit[271], et fonder un recours en annulation[272]. Au demeurant, on peut remarquer que, sous la plume de ces différents auteurs, le terme de « fonction » lui-même peut prendre plusieurs sens : il est employé tantôt pour désigner l'objectif matériel (comme la protection des droits des individus), tantôt pour décrire l'apport formel par rapport au système juridique de l'UE (comme l'interprétation du droit écrit).

100. En combinant les deux approches étudiées, nous devrions obtenir une compréhension plutôt exacte du principe général du droit de l'UE : il s'agit d'une norme juridique ayant une grande importance et généralité (la définition du « principe général ») qui précise le droit écrit en ce qui concerne l'identité, la structure, ou d'autres aspects de l'UE (la fonction). Comme nous le voyons, la liste de ces finalités n'est pas exhaustive et c'est bien la nature même de ces « principes généraux du droit » qui ne sont pas établis explicitement par avance. Du même coup, on voit bien que ces principes se prêtent parfaitement à la méthode « concrétiste » que nous préconisons ici : leur généralité demande une concrétisation chaque fois qu'ils se trouvent appliqués par le juge. Avec ces précisions, il n'est pas difficile de comprendre la nécessité de qualifier les droits sociaux fondamentaux en principes généraux du droit et, partant, les conséquences d'une telle qualification.

2. Les droits (sociaux) fondamentaux qualifiés en principe général du droit

101. En effet, étant donné l'absence de source textuelle de la protection des droits fondamentaux à l'origine, l'importance croissante des droits fondamentaux dans la période d'après-guerre, et les limites de l'action judiciaire, la reconnaissance de la protection

---

[269] V. à titre d'exemple, RIDEAU, Joël, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 2010, p. 246 et s. (L'auteur distingue les principes en fonction de l'ordre juridique qui les procure.) ; BLUMANN, Claude, et Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 653 et s. (où la protection des droits fondamentaux représente l'essentiel des principes.) ; VAN RAEPENBUSCH, Sean, *Droit institutionel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 445 et s.
[270] TRIDIMAS, Takis, *The General Principes of EU Law*, *op. cit.*, p. 17.
[271] *Ibid.*, p. 29.
[272] *Ibid.*, p. 31.

« médiate » des droits fondamentaux à travers les principes généraux du droit est parfaitement prévisible. La doctrine ajoute souvent une explication supplémentaire par rapport à la protection des droits fondamentaux, à savoir la volonté de la Cour d'assurer la primauté du droit communautaire[273]. On peut dire que c'est le caractère « fondamental » de ces droits qui fait que le statut de « principe » leur fut conféré. Comme l'arrêt *Defrenne II* précité nous le montre, non seulement la Communauté doit avoir une finalité sociale, mais elle est surtout au « fondement » de cet ordre juridique (§12). M. Tridimas remarque à juste titre que « *[a] number of factors have contributed to this development. Fundamental rights have acquired greater prominence throughout the world. In an era where there is heightened zeal for the accountability of the State and the empowerment of the individual, respect for human rights is viewed not only as a sine qua non of legality but as the most important yardstick in assessing a polity's democratic credentials* »[274]. Cette conjonction de facteurs divers conduit donc à une nouvelle légitimation du droit communautaire par l'introduction des droits fondamentaux.

Cet aspect est certes primordial et mérite d'être rappelé sans cesse. Mais il reste que, outre cet aspect lié à la capacité créatrice du juge de l'UE, l'emploi des principes généraux du droit a peu préoccupé la doctrine. D'ailleurs, la Cour de justice ne fait-elle pas elle-même peu de cas de la dénomination donnée à ce support[275] ? Il est cependant devenu plus problématique lorsque la Charte des droits fondamentaux introduit une distinction entre « droits » et « principes ». Certes, on pourrait penser qu'il y aurait à terme une substitution de la Charte aux principes généraux du droit relatifs aux droits fondamentaux. Mais nous savons que, à l'issue des débats du groupe de travail II pour la Convention, il a été jugé plus judicieux de conserver cette voie jurisprudentielle de protection[276]. De plus, il n'est pas sûr non plus que la Cour envisage de l'abandonner. Le P[r] Picod remarque que « [l]a formule rituelle selon laquelle "les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect" et qu'à cet effet "la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré", n'est

[273] FLAESCHE-MOUGIN, Catherine, « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 128 ; dans le même sens, TINIERE, Romain, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 40 et s.
[274] TRIDIMAS, Takis, *The General Principes of EU Law*, *op. cit.*, p. 299.
[275] V. supra, n° 96 ; dans le même sens, v. PICOD, Fabrice, JCl. Libertés, Fasc. 120, n° 111 à 150.
[276] PRIOLLAUD, François-Xavier, et David SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne*, Paris, La documentation française, 2008, p. 47.

désormais utilisée que de manière accessoire »[277]. Mais l'on voit aussi que la Cour continue de rappeler que les droits fondamentaux, selon une jurisprudence constante, « font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »[278]. À notre avis, il ne faudrait donc pas séparer l'étude des principes généraux du droit et les principes évoqués dans la Charte des droits fondamentaux, ou au moins il faudrait tenter de trouver une certaine cohérence. Voyons alors précisément cette deuxième voie de protection que constitue l'élaboration de la Charte.

§2. La proclamation par le droit primaire : la Charte des droits fondamentaux de l'UE

102. Survolant la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs qui n'a pas de valeur juridique[279] et les apports du Traité de Maastricht[280] et du Traité d'Amsterdam[281] qui donnent les actuels articles 2 et 6 §3 du TUE, nous arrivons directement à l'autre voie majeure de la reconnaissance des droits fondamentaux par l'UE : la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'UE le 7 décembre 2000 à Nice. Désormais, l'UE dispose d'un catalogue de droits qui lui est propre, même si à l'origine elle n'avait pas de valeur juridique. Nous savons que la grande particularité de cette charte est qu'elle a suivi la tradition de l'indivisibilité des droits de l'homme ouverte par la Déclaration

---

[277] PICOD, Fabrice, « Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit », *R. D. L. F.* 2015, chron. N°2, disponible à http://www.revuedlf.com/droit-ue/charte-des-droits-fondamentaux-et-principes-generaux-du-droit/ (Dernière visite le 31 juillet 2017) V. aussi PICOD, Fabrice, « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », *in* TINIERE, Romain, et Claire VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: entre évolution et permanence*, *op. cit.*, pp. 43-66, spéc., p. 55 et s.

[278] V. par ex., CJUE, 3 juillet 2014, *Kamino International Logistics BV et Datema Hellmann Worldwide Logistics BV*, C-120 et 130/13, §69. À la différence de l'arrêt *Google* (C-131/12) du 13 mai 2014 cité par M. Picod, la Cour n'a pas ajouté à cette affirmation classique les expressions « et qui sont désormais inscrits dans la Charte ». Il nous semble donc que la formule utilisée dans l'arrêt *Google* (ou dans d'autres arrêts aussi comme CJUE, 11 septembre 2014, *A*, C-112/13) ne signifie pas un abandon des principes généraux du droit, mais plutôt une valorisation de la Charte.

[279] V. infra, n° 452.

[280] L'article F, §2 de ce traité dispose que « [l]'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. » Outre la codification de la solution de la Cour de justice, cet article constitue en soi une grande avancée dans la reconnaissance officielle des droits de l'homme et du système conventionnel de leur protection.

[281] Il ajoute à la disposition précédente un paragraphe selon lequel « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres. » (art. 6§1) On note alors cette déclaration explicite du statut fondamental des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans l'ordre juridique de l'UE, comme nous l'avons relevé dans l'analyse du terme « principe ». Pour une étude qui concerne spécifiquement les droits sociaux fondamentaux, ROBIN-OLIVIER, Sophie, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Dr. soc.*, 1999, p. 609.

universelle des droits de l'homme de l'ONU en 1948. Au sein des droits protégés, il existe deux chapitres dédiés respectivement à l'« égalité » et à la « solidarité », où de nombreux droits en matière sociale se trouvent. Toutefois, elle ajoute une distinction entre « droits » et « principes » dans son article 51 §1 qui dispose entre autres que « [les institutions et organes de l'Union et les États membres] 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. » Aujourd'hui, cette distinction est aussi présente à l'article 52 §5 de la Charte, dans son préambule, et à l'article 6 §1 du TUE. En effet, l'inclusion de droits à caractère économique et social et les nombreuses précautions prises à cet égard démontrent la difficile recherche de compromis lors de la rédaction de la Charte (A). Lors de son élévation au statut de droit primaire par le Traité de Lisbonne, la Pologne et le Royaume-Uni ont même éprouvé le besoin de faire adopter un protocole additionnel qui précise spécialement l'application de la Charte à leur égard (B).

A. L'inclusion contestée des droits sociaux dans la Charte

103. L'on sait que l'adoption de la Charte fut d'abord motivée par la codification de la jurisprudence de la Cour en matière de droits fondamentaux[282] qui ne distingue pas clairement les différentes générations de droits fondamentaux. Toutefois, au cours de l'élaboration de la Charte, l'inclusion des droits sociaux était fortement contestée par des États comme le Royaume-Uni et le Danemark. Des considérations politiques se sont mêlées aux discussions juridiques sur la rédaction de la Charte (1). Pour arriver à un compromis, une invention tout aussi ingénieuse qu'imprécise a été mise en avant, c'est la distinction entre « droits » et « principes » (2).

1. L'enjeu politique de la Charte

104. La codification des principes consacrés par la Cour de justice, considération d'ordre technique, n'était pas la seule raison pour l'adoption de la Charte. C'est une entreprise fondamentalement politique. Nous l'avons déjà dit à propos des droits fondamentaux en général

[282] BRAIBANT, Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignages et commentaires*, Paris, Seuil, 2001, v. p. 47 : « En principe, nous devions faire ce que nous appelons en France une codification "à droit constant", c'est-à-dire ne mettre dans la Charte que les droits déjà "existants" ». De même, DHOMMEAUX, Jean, « La Charte européenne des droits fondamentaux : du principe aux principes. Propos de chambres », *in Liber Amicorum J. Raux*, *op. cit.*, pp. 339-360.

et un politologue le confirme à propos de la Charte l'enjeu politique de cette démarche est la légitimation de l'UE[283].

Pour la Charte, la décision politique qui est à son origine (le fameux « mandat de Cologne ») explique d'emblée que « [l]e respect des droits fondamentaux est l'un des principes fondateurs de l'Union européenne et la condition indispensable pour sa légitimité. »[284] En faisant référence à la jurisprudence de la Cour de justice, le Conseil européen souligna qu' « il est nécessaire d'établir une charte de ces droits afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union. » Autrement dit, la démarche codificatrice n'est pas séparable de la promotion des droits fondamentaux dans l'UE. En matière de droits sociaux, le mandat de Cologne leur donne aussi une importance particulière en les mentionnant expressément aux côtés des « droits de liberté, d'égalité et de procédure » et des « droits fondamentaux réservés aux citoyens de l'Union ». Ils constituent alors « la troisième corbeille » pour les rédacteurs de la Charte.

105. À l'époque, certains États avaient aussi très bien saisi l'importance de la démarche. Le P^r^ Stefano Rodota, alors représentant de l'exécutif italien à la Convention présidée par Roman Herzog, s'exprima ainsi lors d'un débat à l'Assemblée nationale française : « il s'agit de donner une légitimité à l'Union européenne à un moment où le citoyen européen a une confiance de plus en plus limitée à l'égard des institutions européennes. (…) Les droits socio-économiques ne concernent pas uniquement le citoyen créancier face à l'État qui voit ses dépenses croître. Certains droits sont aujourd'hui indissociables de la personnalité et touchent aux relations entre les citoyens, à savoir le droit de grève, le droit d'association syndicale, l'équité des rémunérations et salaires évoquée dans toutes les constitutions européennes. Proposer une Charte sans ce type de droits entraînerait implicitement une réaction : leur omission signifierait-elle le droit d'exploiter les citoyens ? »[285] En d'autres termes, les droits sociaux ne devraient pas être conçus comme les simples conséquences d'une politique

---

[283] SCHÖNLAU, Justus, *Drafting the EU Charter: rights, legitimacy and process*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, v. spéc., p. 5 : « *The present volume maintains that the Charter is a positive contribution to the legitimacy of the EU because through its process it generated a debate about what precisely the agreements and disagreements in terms of values and rights were in the EU at the time. »; et p. 76 : « the EU Charter of Fundamental Rights, despite the fact that it was initially only proclaimed as a political declaration, was a significant development for the legitimation of the European Union, because the Charter process went beyond a debate about the specific rights-protection aspect of the EU regime (...)* ».

[284] Conseil européen de Cologne, 3 et 4 juin 1999, Conclusions de la Présidence, annexe IV, Décision du Conseil européen concernant l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[285] Assemblée nationale, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 26 avril 2000 compte rendu des débats*. Les documents d'information Assemblée nationale, Paris, Assemblée nationale, 2000, p. 59.

économique et sociale au sein de l'UE, mais comme une partie indissociable d'une citoyenneté digne que les institutions de l'UE doivent protéger.

De manière plus radicale, des responsables politiques français de l'époque virent dans les droits sociaux fondamentaux l'apport majeur, voire la raison d'être du projet. M. Pierre Moscovici, qui fut le ministre délégué aux affaires européennes, dit très clairement que « [c]'est bien entendu cette dernière "corbeille" des droits économiques et sociaux qui constitue le cœur de cette démarche, puisqu'elle souligne le caractère global du projet et qu'elle traduira la réalité du modèle social européen. (…) La France accorde une importance toute particulière à ces droits : pour nous, cet exercice n'a, en vérité, de sens que s'il comprend un volet substantiel en termes de droits économiques et sociaux. Il est effectivement clair que droits civils, droits politiques et droits économiques et sociaux sont interdépendants: la liberté d'association, de pensée, d'opinion, et la liberté syndicale, de manifestation ou de négociation sont ainsi intimement liées. »[286] Il est remarquable que ces débats politiques n'esquivaient pas le cœur du problème soulevé par les droits sociaux, à savoir, leur effectivité. M[me] Élisabeth Guigou, alors ministre de la Justice, présenta très clairement les difficultés et plaida en faveur des droits sociaux fondamentaux, en déclarant que « [c]es droits posent un problème délicat, dans la mesure où ils s'apparentent davantage à des objectifs qu'à des droits fondamentaux. Je pense notamment au droit au travail, au droit au logement, ou encore au droit à une rémunération décente. Autrement dit, ils se distinguent des droits politiques parce que ce sont de véritables créances que les citoyens peuvent faire valoir à l'encontre des pouvoirs publics et qu'ils entrent en conflit avec la logique économique. »[287] Une dialectique entre les aspects juridique et politique est aussi présente dans l'esprit de la ministre qui ajouta que « [l]es difficultés me semblent plus de nature politique que véritablement juridique. Une fois un accord politique décidé, des concepts juridiques permettent de les aborder. (…) autant il est inconcevable qu'en matière de droits et libertés individuels attachés à la personne, on puisse avoir en quelque sorte des droits au rabais dans une partie de l'Europe, autant je ne suis pas choquée à l'idée d'avoir en matière de droits économiques et sociaux un fer de lance. Sinon, pourquoi avoir créé la CEE et l'Union européenne ? »[288] Remarquons que cette volonté politique ne vint pas seulement de la Gauche française[289]. Un tel discours nous interpelle en

[286] *Ibid*., p. 92.
[287] *Ibid.*, pp. 17-19.
[288] *Ibid.*, p. 19.
[289] M. Hubert Haenel, député du RPR et représentant du Sénat français à la « Convention » s'était exprimé dans le même sens. *Ibid.*, p. 32.

tant que juristes : si la volonté de promouvoir les droits sociaux fondamentaux est au cœur de la motivation de certains États membres de l'époque, l'interprétation de la Charte devrait donc être plus encadrée. Tout en respectant le texte de la Charte, le juge ne devrait pas s'en tenir à une interprétation purement littérale. Ce qui conditionne l'effectivité des droits sociaux est la *méthode* qu'elle emploie et c'est précisément l'objet de notre étude. Mais avant d'arriver à la *concrétisation* présentée au chapitre 2, il nous faut encore préciser le traitement juridique des droits sociaux par la Charte. Voyons donc maintenant le processus concret de cette élaboration : la rédaction de la Charte.

2. La rédaction de la Charte

106. Sans surprise, l'inclusion des droits sociaux fondamentaux fit l'objet des débats très intenses. Des compromis étaient nécessaires et ils étaient présents non seulement dans la rédaction initiale de la Charte, mais aussi dans les modifications apportées à la Charte lors de la Convention pour le traité constitutionnel.

Rapportant son expérience personnelle lors de la rédaction de la Charte, le président Guy Braibant qui fut représentant de l'exécutif français à la « Convention » pour la rédaction de la Charte explique que les « trois corbeilles » mentionnées par le Conseil européen n'avaient finalement pas pu servir de plan pour la Charte. Car « outre les faiblesses de la deuxième "corbeille", la répartition des droits entre les deux autres n'avait guère de signification. Elle n'évoque rien dans l'esprit des citoyens ; leur contenu philosophique est faible. »[290] Un nouveau plan de la Charte fut adopté sur la proposition du Président de la Convention Roman Herzog et comporte désormais un titre sur la « solidarité ». L'adoption des droits sociaux rencontra néanmoins de nombreuses difficultés. G. Braibant décrit deux types d'arguments contre leur adoption : l'un est politique et porte sur le choix de modèle social ; l'autre est juridique et concerne la justiciabilité des droits sociaux. Jusqu'aux derniers moments de la Convention, les droits sociaux faisaient encore l'objet d'une tractation proposée par certains députés chrétiens démocrates (CSU en Allemagne) qui voulaient insérer « l'héritage religieux » dans la Charte[291].

C'est grâce aux efforts de G. Braibant et de M. Jürgen Meyer, un député socialiste allemand, que l'inclusion des droits sociaux a trouvé un soutien important. Il convient de noter

[290] BRAIBANT, Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Témoignage et commentaires*, Paris, Seuil (Points), 2001, p. 38.
[291] *Ibid.*, p. 73.

aussi l'apport des organisations syndicales qui ont fortement critiqué la première version de la Charte qui comportait peu de droits sociaux[292]. Si « l'héritage religieux » est finalement remplacé par « le patrimoine spirituel et moral », l'entrée des droits sociaux dans la Charte est aussi nuancée par la distinction entre « droits » et « principes ». Même la formulation finale de cette distinction résulte d'un compromis : les opposants des droits sociaux, tout en acceptant cette distinction, voulaient d'abord ajouter l'adjectif « social » au « principe ». Pour éviter de créer des « droits inférieurs », les partisans des droits sociaux ont refusé cette idée en expliquant qu'il existe aussi des principes en dehors des droits sociaux[293]. La rédaction finale n'a pas retenu l'idée des opposants et l'entrée des droits sociaux est considérée comme une avancée importante, voire une victoire pour leurs partisans. Mais d'autres concessions ont dû être faites, telles qu'une acception restrictive pour certains droits. Le droit au travail, par exemple, initialement compris comme le droit à un emploi, est finalement conçu en termes de liberté de choix de la profession et de s'engager[294]. Par ailleurs, le problème de l'effectivité est en quelque sorte placé au second plan, tout comme la question de la valeur juridique de la Charte, car le désaccord était trop important. G. Braibant écrit à cet égard que « même si les formules retenues comportent rarement le terme "droit", mais des expressions moins fortes comme "pourront bénéficier" ou "l'Union reconnaît et protège" telle et telle action comme l'aide au logement, ce sont des avancées importantes ; sur ces bases-là, un juge peut très bien construire une théorie équivalente à la reconnaissance d'un droit »[295]. On voit donc un certain optimisme sur l'évolution de la Charte. La distinction entre compromis politique et solution juridique réapparaît. C'est une méthode juridique qui va au-delà de l'interprétation littérale qui est attendue. Toutefois, les modifications subséquentes de la Charte l'amènent plutôt vers une position plus restrictive face aux droits sociaux.

107. En effet, dans le processus de la constitutionnalisation européenne, la Convention présidée par M. Valéry Giscard D'Estaing s'est prononcée de manière largement favorable sur l'intégration de la Charte dans les traités[296]. Il fallait alors « mettre à jour » la Charte en vue de son insertion et la Convention n'a pas oublié non plus de modifier les « explications » qui accompagnent la Charte. Selon un auteur, « peu de gens le savent et encore moins en

---

[292] *Ibid*., p. 50.
[293] *Ibid.*, p. 85.
[294] SCHÖNLAU, Justus, *Drafting the EU Charter: Rights, Legitimacy and Process*, *op. cit.*, p. 87.
[295] BRAIBANT, Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 45-46.
[296] BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Anne LEVADE, et Fabrice PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article* (Tome 2 Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union), Bruylant, 2005, p. 18.

parlent »[297]. Conformément à l'article 6 § §1 du TUE, c'est cette Charte « adaptée » qui a la même valeur que les traités. D'ailleurs, il faudrait l'interpréter « en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte ». Or, ces modifications qui devraient être des « adaptations rédactionnelles » semblent comporter aussi des changements substantiels. En ce qui concerne les « principes », c'est l'ajout d'un cinquième paragraphe à l'article 52 qui doit retenir notre attention. Il dispose que « [l]es 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. » D'après les « explications », « les droits subjectifs doivent être respectés, tandis que les principes doivent être observés (…) [Les principes] ne donnent toutefois pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres (…) ». En effet, tandis que la première version des « explications » fit référence de manière individuelle au « principe »[298], la deuxième version, tout comme le texte de la Charte adaptée, a explicitement exclu toute invocation directe des « principes ». Mais il reste à savoir ce qu'on entend par « principe » ici. Nous tenterons de clarifier ce concept dans la section suivante. Pour l'instant, il convient d'ajouter que cette précaution contre l'invocabilité des droits sociaux fondamentaux atteint un niveau plus élevé à travers le protocole n°30 du Traité de Lisbonne.

B. Le protocole n°30 du Traité de Lisbonne relatif à l'applicabilité de la Charte

108. Nous savons qu'avec le Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux réadaptée a désormais « la même valeur juridique que les traités ». (art. 6 § §1, TUE) Pour prévenir contre tout « débordement » de cet instrument, le Royaume-Uni et la Pologne ont négocié dans la foulée un « protocole sur l'application de la Charte », le protocole n°30. Lors de la ratification du Traité de Lisbonne en 2009, le président de la République tchèque

[297] KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, Sophia, « Les droits sociaux : droits proclamés ou droits invocables ? Un appel à la vigilance », *in* FAVREAU, Bertrand (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne,* Bruylant, 2010, pp. 265-315, spéc., p. 266.

[298] V. par ex., l'ancienne explication de l'article 26 qui est restée inchangée : « Intégration des personnes handicapées : Le **principe** contenu dans cet article se fonde sur l'article 15 de la Charte sociale européenne et s'inspire également du point 26 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. » (Nous soulignons) Dans les premières explications de l'article 51 où l'on trouve la distinction entre « droits » et « principes », aucune précision n'était donnée.

Vaclav Klaus refusait aussi de donner sa signature, jusqu'au moment où la diplomatie tchèque obtint au Conseil européen l'inclusion de la République tchèque dans le protocole n°30[299]. Ce protocole comporte 12 considérants et deux articles. Son article premier nous intéresse davantage, car il y a une réserve spéciale liée au titre IV de la Charte, c'est-à-dire le titre « Solidarité ». Si les États membres en cause affichent clairement leur volonté de restreindre l'effectivité de la Charte (1), on constate heureusement que l'interprétation de ce protocole est jusqu'à présent strictement encadrée par la Cour de justice (2).

1. Une tentative de limiter la portée de la Charte et des droits sociaux fondamentaux

109. Selon l'article 51 du TUE, « [l]es protocoles et annexes des traités en font partie intégrante ». En établissant le Protocole n°30, le Royaume-Uni et la Pologne, rejoints plus tard par la République tchèque, ont donc pris une réserve de droit primaire à propos de l'application de la Charte. L'article 1er de ce protocole comporte deux paragraphes dont la valeur juridique est discutable. En effet, le premier paragraphe affirme de manière catégorique que « [l]a Charte n'étend pas la faculté de la Cour de justice de l'Union européenne, ou de toute juridiction de la Pologne ou du Royaume-Uni, d'estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratiques ou action administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes fondamentaux qu'elle réaffirme. » C'est pourquoi on a parlé d'un « *opt-out* » des États membres concernés à l'égard de la Charte[300]. Toutefois, en regardant de plus près, si cet article vise spécialement les juridictions de l'UE et nationales, il ne dénie pas la valeur de la jurisprudence déjà existante de la CJUE. Autrement dit, le respect des droits fondamentaux devra toujours être considéré comme les principes généraux du droit de l'Union et liera de ce fait les pays en cause. En réalité, l'article 51 §2 de la Charte[301] et l'article 6 §1 du TUE[302] affirment déjà de manière générale que la Charte ne saurait étendre les compétences de l'UE. Ce paragraphe aurait alors une valeur déclarative et non normative. Son but est plutôt de « clarifier » l'applicabilité de la Charte (considérants 8 et 9) et d'aider les juridictions à l'interpréter. L'analyse de l'impact du Traité de Lisbonne fait par la Chambre des Lords

[299] ŠTURMA, Pavel, « Human rights protection in a new EU member state: the Czech example », *Ius Gentium*, 2012, p. 357, spéc., p. 364.
[300] KOUTRAKOS, Panos, « Does the United Kingdom have a general opt out from the EU Charter of Fundamental Rights? », *E. L. Rev.* 2014, p. 1; il faut préciser que l'auteur de cet article ne soutient pas l'existence de l'*opt-out*.
[301] « La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités. »
[302] « Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies par les traités. »

britannique va dans le même sens et affirme que « *[t]he Protocol is not an opt-out from the Charter. The Charter will apply in the UK, even if its interpretation may be affected by the terms of the Protocol* »[303].

Le paragraphe 2 de cet article semble toutefois plus problématique, puisqu'il affirme que « pour dissiper tout doute, rien dans le titre IV de la Charte ne crée des droits justiciables applicables à la Pologne ou au Royaume-Uni, sauf dans la mesure où la Pologne ou le Royaume-Uni a prévu de tels droits dans sa législation nationale. » Son interprétation est délicate : une lecture fortement normative créerait effectivement un « *opt-out* » du titre IV pour les États en cause ; une lecture explicative pourrait conduire paradoxalement à la position suivante : puisque ce §2 explique l'article 52 §5 de la Charte, la Cour de justice ne devrait donc pas reconnaître la justiciabilité subjective des droits dans le titre « Solidarité » pour tous les États membres. Cette dernière lecture est néanmoins soutenue par certaines analyses, comme celle de la Chambre des Lords qui considère que « *[i]n these circumstances it must be regarded as very unlikely that the ECJ would, in interpreting the Charter, hold that Title IV involved justiciable rights in relation to any Member State, (...) However, Title IV reflects principles which could, we think, still bear on the interpretation, or even the validity, of legislative and executive acts under Union law, as provided by the last sentence of Charter Article 52(5), and so indirectly affect individual rights.* »[304] On voit que, même en défendant les effets interprétatifs des droits sociaux fondamentaux, on les relègue à un groupe secondaire[305]. Deux enseignements peuvent au moins être tirés : tout d'abord, les droits sociaux fondamentaux devraient bien avoir un effet qui va au-delà des aspects subjectifs ; ensuite, cette reconnaissance des effets objectifs des droits sociaux fondamentaux est utilisée comme un argument pour limiter leurs effets subjectifs, mais c'est là un compromis politique qui ne constitue en rien un argument juridique.

---

[303] House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007-08, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, p. 102.
[304] *Ibid.*, p. 105.
[305] De même, v. ŠTURMA, Pavel, *op. cit.*, p. 366 : « *To be clear, this provision does not restrict social rights or exempt the abovementioned states from obligations corresponding to those rights. It may only limit a progressive development of such rights by way of their judicial interpretation and application. However, we should not overestimate the negative impact of this provision, at least for two reasons. Firstly, most social rights already arise from other international treaties, such as the European Social Charter (1961) and protocols thereto, or national legal documents, e.g. the Czech Charter of Fundamental Rights and Freedoms, and laws implementing EU law. Secondly, most social rights in Title IV have the nature of principles that do not have direct effect, i.e. they do not create justiciable rights above the limits set in national law*. »

110. Le P[r] Josef F. Lindener défend une thèse similaire d'un point de vue juridique[306]. Selon lui, l'art. 1 §2 du protocole n°30 devrait rester une réserve de compétence qui n'empêcherait pas l'action de l'UE dans ces domaines lorsque la compétence est acquise. Cette disposition exclurait simplement une invocation pure et simple des articles du titre IV de la Charte à l'encontre des États membres concernés. Mais l'auteur pense aussi que l'expression « pour dissiper tout doute » suggérerait même que l'article 1 §2 pourrait avoir un effet déclaratif général pour tous les États membres de l'UE, puisque sa formulation est en effet plus claire que la distinction entre « droits » et « principes » annoncée dans la Charte elle-même.

À notre avis, cette thèse est plutôt juste en ce qui concerne la compétence de l'UE : de toute façon, la Charte elle-même ne peut créer de nouvelles compétences pour l'UE. Mais à propos d'une éventuelle valeur générale de clarification, elle rencontre deux objections difficilement réfutables : tout d'abord, en affirmant une valeur générale du protocole allant au-delà des États concernés, cette lecture fait une application *ultra vires* du protocole et s'éloigne aussi sensiblement de l'intention des auteurs de la Charte ; ensuite, si l'on suit cette lecture, une difficulté systémique apparaîtra à propos des principes généraux du droit. Doit-on alors considérer que les principes généraux du droit en lien avec les droits et principes énoncés dans le Titre IV (par exemple l'article 28 relatif au droit de négociation et d'action collective et l'article 32 sur l'interdiction du travail des enfants) seront dès lors privés d'effets subjectifs[307] ? Ce n'est ni une solution facilement soutenable en doctrine[308], ni une solution retenue par la Cour de justice : il existe bien des droits subjectifs dans le titre IV[309]. D'ailleurs, que ferait-on des « principes » qui existeraient dans les autres titres ?[310] Cette compréhension de la valeur déclarative du §2 est donc problématique. Est-ce à dire que l'art. 1, §2 de ce protocole est normatif ? Nous pensons que la clé peut résider dans l'expression de « créer ». Comme l'a dit M. Lindener, ce paragraphe doit être avant tout compris comme une réserve de compétence qui

---

[306] LINDENER, Josef Franz, « Zur grundsätzlichen Bedeutung des Protokolls über die Anwendung der Grundrechtecharta auf Polen und das Vereinigte Königreich - zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 51 EGC », *EuR*, 2008, p. 786.

[307] Dans le même sens, v. IGLESIAS SANCHEZ, Sara, « The Court and the Charter : The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights », *CML Rev.*, 2012, pp. 1565-1612, spéc. p. 1598.

[308] Une attitude contraire devrait au moins expliquer pourquoi ces droits produisent des effets subjectifs dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, tandis que ces effets disparaissent dans l'ordre de l'UE.

[309] Le droit d'action collective (art. 28, CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05) ; le droit aux congés annuels (art. 31 §2, CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, même si la Cour ne le dit pas clairement) ; et encore de manière plus explicite l'article 32 §1 relatif à l'interdiction du travail des enfants.

[310] V. par ex., les articles 25 (respect du droit des personnes âgées) et 26 (respect du droit des personnes handicapées) qui sont considérés par les Explications de la Charte comme des principes.

existe déjà dans la Charte. Dans ce sens, il est bien déclaratif. Nous pensons donc que le protocole ne devrait pas avoir un impact très grand sur les droits fondamentaux dans l'UE[311]. Du reste, l'interprétation du Protocole n°30 faite par la Cour de justice semble soutenir notre attitude.

2. L'interprétation stricte du protocole n°30 par la Cour de justice

111. À ce jour, la CJUE n'a été saisie que pour interpréter l'art. 1 §1 du Protocole. Mais son orientation va clairement dans le sens d'une valeur déclarative de ces dispositions.

Dans l'arrêt *N.S. et M. E.* qui concerne la protection des demandeurs d'asile dans le cadre du règlement « Dublin II »[312], la Cour de justice fut confrontée à un renvoi de demandeurs d'asile systématique au pays d'entrée dans l'UE (en l'occurrence la Grèce), sans possibilité pour les demandeurs de contester l'équivalence de protection des droits fondamentaux dans les deux États. Plusieurs articles de la Charte des droits fondamentaux se trouvèrent invoqués par le demandeur devant le juge interne. L'une des juridictions de renvoi – britannique – interrogea en particulier la Cour de justice pour savoir si le Protocole n°30 devait avoir une quelconque incidence sur la solution à donner. Sur l'applicabilité de la Charte, la Cour suit entièrement les conclusions de l'avocat général Trstenjak et considère que « le protocole n° 30 ne remet pas en question l'applicabilité de la charte au Royaume-Uni ou en Pologne, ce qui est conforté par les considérants dudit protocole. » (§119). Elle consacre par ailleurs la valeur déclarative de ce paragraphe en jugeant que « l'article 1er, paragraphe 1, du protocole (n° 30) explicite l'article 51 de la charte, relatif au champ d'application de cette dernière, et n'a pas pour objet d'exonérer la République de Pologne et le Royaume-Uni de l'obligation de respecter les dispositions de la charte, ni d'empêcher une juridiction de l'un de ces États membres de veiller au respect de ces dispositions. » (§120). Cependant, la Cour a laissé entièrement ouverte la question sur la valeur du §2 de cet article. Mme Trstenjak est un peu plus avancée dans ses conclusions en constatant d'une part la controverse qui existe à propos des droits sociaux fondamentaux et en considérant d'autre part que c'est une confirmation du « principe, exprimé à l'article 51, paragraphe 1, de la charte, selon lequel [la Charte] ne crée aucun droit dont les

[311] V. aussi, DI FEDERICO, Giacomo, « Fundamental Rights in the EU: Legal pluralism and multi-level protection after the Lisbon Treaty », *Ius Gentium*, 2011, p. 15, spéc., p. 43.
[312] CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department* et *M. E. e.a. c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes, C-411/10 et C-493/10, *JDI (Clunet)*, 2012, chron. D. Dero-Bugny.

particuliers pourraient se prévaloir en justice »[313]. Cette dernière affirmation est problématique, dans la mesure où l'article 51 n'exclut aucunement l'effet direct (même horizontal) des droits fondamentaux. La réfutation de l'argument de J. Lindener développée plus haut devrait par ailleurs s'appliquer sans difficulté à cette opinion de l'avocat général.

Un autre cas[314] en matière de détachement des travailleurs donne lieu à une question intéressante : une juridiction (en l'occurrence finlandaise) peut-elle apprécier la conformité d'une loi étrangère à la Charte lorsque cette loi est britannique ou polonaise ? Le cas d'espèce n'a pas fourni l'occasion de répondre directement à cette question, puisque c'est la loi finlandaise qui a été retenue comme applicable. Mais on pourrait tout à fait penser que la Cour retiendrait l'application de la Charte en tant que lois de police du for, si la loi polonaise était applicable[315]. En tout cas, nous voyons bien la tendance de la Cour à restreindre l'application de l'article 1 §1 du Protocole n°30. Peut-on attendre une même orientation à l'égard du §2 de cet article ? Nous l'espérons, mais le risque d'une protection duale persiste, et même au-delà de ce protocole.

Section 2 : Une éventuelle reconduction de la protection duale des droits fondamentaux

112. L'existence d'une volonté politique hostile à la reconnaissance des droits sociaux fondamentaux fait qu'il est tendanciellement plus facile d'accepter une différenciation des droits fondamentaux au plan juridique. Toutefois, la réception juridique de la distinction entre « droits » et « principes » à ce jour ne semble pas parfaitement claire et convaincante (§1), si bien qu'une clarification conceptuelle reste encore d'actualité (§2).

[313] Conclusions de l'avocat général Mme Verica Trstenjak présentées le 22 septembre 2011, §§172-173.
[314] CJUE, 12 février 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, C-396/13, *Dr. soc.*, 2015, p. 234, obs. J.-Ph. Lhernould, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 680, obs. S. Corneloup. Il s'agit du droit d'agir en justice du syndicat contre un employeur basé en Pologne mais qui a envoyé des travailleurs détachés en Finlande. Le syndicat avait demandé à ces travailleurs de lui céder leurs créances salariales pour agir ensuite contre l'employeur, alors qu'une telle action était interdite en droit polonais.
[315] Dans ce sens, v. le commentaire du P[r] Sabine Corneloup cité à la note précédente.

§1. La réception juridique de la distinction entre « droits et principes »

113. La Charte n'a pas manqué de faire l'objet de nombreux commentaires. Mais les observations qui se veulent conformes au texte et à la volonté du « législateur » (ou des « législateurs ») avouent rapidement leurs limites (A) et elles ne sont pas non plus entièrement compatibles avec la jurisprudence de la Cour (B).

A. Les premières tentatives de théorisation

114. Trois éléments peuvent en effet servir de base à cette théorisation : le mandat de Cologne lui-même, les travaux de la « Convention Herzog » et le texte final de la Charte (avec ses « explications »). En effet, si l'on remonte jusqu'à son origine, le Conseil européen avait précisé que « [les droits sociaux] ne justifient pas uniquement des objectifs pour l'action de l'Union »[316]. Il entre donc dans la volonté du Conseil européen de reconnaître une réelle effectivité à ces droits dans l'UE. Toutefois, comme nous l'avons dit, ce souhait, tout en recevant des soutiens au moment de la première Convention, rencontrait aussi de très nombreux obstacles politiques. Si finalement un compromis a été obtenu pour inclure ces droits, c'est parce que l'on pourrait leur donner juridiquement une « justiciabilité normative ». Selon le président Braibant qui en fut l'auteur, cette justiciabilité normative « permet de défendre devant des instances constitutionnelles ou juridictionnelles l'existence de la mise en œuvre d'un droit ; par exemple en matière de logement on ne pourrait pas accepter une directive qui supprimerait toutes les aides au logement social, sous prétexte du respect de la concurrence »[317]. Alors que le président Braibant avait conscience du caractère provisoire de cette proposition (de même que Mme Guigou qui avait ressenti la nécessité de développer les concepts juridiques), la « Convention Giscard D'Estaing » voulait entériner cette distinction en modifiant la Charte et les Explications (1), mais la doctrine peine encore à la clarifier (2).

1. Les Explications de la Charte

115. Les « Explications » de l'article 52 §5 de la Charte précisent que « [les principes] ne donnent toutefois pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres, ce qui correspond tant à la jurisprudence de la Cour de justice (…) qu'à l'approche suivie par les systèmes constitutionnels

[316] Conseil européen de Cologne, 3 et 4 juin 1999, Conclusions de la Présidence, annexe IV, précité.
[317] BRAIBANT, Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, op. cit.*, p. 46.

des États membres à l'égard des 'principes', en particulier dans le domaine du droit social. À titre d'illustration, citons, parmi les exemples de principes reconnus dans la Charte, les articles 25, 26 et 37. Dans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe: par exemple, les articles 23, 33 et 34. » En clair, ces considérations visent à préciser d'une part, l'effectivité « des principes » et, d'autre part, leur identification. Ont-elles atteint leur but ? La réponse semble nuancée.

S'agissant de l'effectivité, la formule des Explications est en effet plus claire, dans la mesure où elle écarte la création de droit *ex nihilo* par la simple proclamation d'un principe. Autrement dit, les principes ne devraient dicter un agenda politique et législatif ni aux États membres, ni à l'Union et ne crée aucune nouvelle compétence en faveur de cette dernière. Cependant, l'article 52 §5 lu à travers les Explications n'exclut nullement l'existence de droits subjectifs justiciables produits par ces principes lorsqu'il y a une « mise en œuvre » de ces « principes » par l'UE ou les États membres. Il nous semble que ce message reste un peu brouillé du fait de la référence faite à la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Les Explications citent entre autres l'arrêt *Van den Berg* où il était question de l'écoulement des stocks de beurre par une action de réduction de prix (« beurre de Noël »)[318]. Les requérants avaient fondé leur action en dommages et intérêts sur pas moins de cinq principes : le principe de stabilisation du marché (art. 39 du TFUE) ; le principe de non-discrimination (art. 40 du TFUE) ; le principe de proportionnalité ; le principe de la libre circulation des marchandises (art. 34 et 35 du TFUE) ; et le principe de la protection de la confiance légitime. Ces principes sont très hétérogènes : si le principe de stabilisation ressemble plus à un objectif, le principe de proportionnalité reste bien un outil interprétatif (ou, comme on le verra plus tard, un outil de « concrétisation »), tandis que le principe de non-discrimination et celui de libre circulation pourraient difficilement être privés de la qualité de « droit individuel ». Si les Explications mettent en avant le principe d'assainissement du marché (ou plutôt « la stabilisation du marché ») et la protection de la confiance légitime, il convient de remarquer que, dans l'arrêt cité, la Cour de justice n'a pas refusé d'examiner la demande de dommages et intérêts fondée sur le premier principe. L'autre principe invoqué, le principe de protection de la confiance légitime, est encore plus difficile d'être considéré comme un principe qui ne confère aucun droit. Car, si les particuliers n'ont pas une action en justice pour réclamer la protection de cette confiance, que signifierait alors ce principe ? C'est pourquoi il est

[318] CJCE, 11 mars 1987, *Van den Berg*, C-164/01, *Rec.*, p. 1155.

considéré comme « le versant subjectif du principe objectif de sécurité juridique »[319]. En tout cas, le renvoi à la jurisprudence antérieure pourrait être en soi une démarche inefficace, puisque l'invention de la distinction entre « droit » et « principe » n'était pas du tout anticipée par la Cour. En partant des dispositions textuelles mentionnées, il semble que nous pouvons seulement conclure que les principes ne sauraient être invoqués seuls pour obtenir une action positive des autorités publiques créant de nouveaux droits aux bénéfices des particuliers (des « droits immédiats »). En revanche, une justiciabilité médiate reste tout à fait envisageable.

116. Quant à l'identification des droits et des principes, la division est encore plus profonde et les Explications se contentent donc de donner quelques exemples. Deux enseignements peuvent néanmoins être dégagés de cette énumération incomplète : tout d'abord, les principes ne sont pas identiques aux droits déclarés dans le titre IV (« Solidarité »), les articles 25 et 26 sur le respect du droit des personnes âgées et handicapées étant dans le titre sur l'égalité ; ensuite, les Explications considèrent qu'il peut y avoir des « articles » qui relèvent à la fois des droits et des principes. On pourrait prendre l'exemple de l'article 33 sur la vie familiale et la vie professionnelle qui ne devrait pas provoquer trop de controverse. Il comporte les deux paragraphes suivants : « 1. La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social. 2. Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant. » On peut affirmer sans grande hésitation que le premier paragraphe devrait être le principe dont parlent les Explications, et le paragraphe 2, le droit. Pour fonder cette classification, on pourrait dire que les rédacteurs des Explications s'appuient certainement sur la formulation des deux paragraphes et sur leur contenu. Le deuxième paragraphe énonce clairement un « droit à » et précise l'objet de ce droit, alors que le premier paragraphe n'énonce qu'un vague objectif de protection de la famille. En effet, l'interprétation textuelle et l'appréciation (ou la construction) du contenu devraient devenir les deux grandes méthodes pour déterminer si une disposition doit être réputée comme un droit ou un principe. Nous anticipons ici sur notre propre position et souligne que le fait qu'un article peut comporter des éléments relevant à la fois du « droit » et du « principe » peut encore avoir une autre signification : en effet, la Charte pourrait ne pas être un texte figé, mais un « instrument vivant »

[319] SIMON, Denys, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, pp. 733-752, p. 749 ; pour plus de détails, v. infra, n° 497.

pour emprunter les termes de la Cour européenne des droits de l'homme[320]. Dans ce cas-là, l'identification des droits et des principes doit toujours être précédée d'une méthode qui construit les textes de la Charte. Le fait qu'un article soit qualifié de principe à un moment donné ou dans un cas donné ne devrait pas empêcher sa requalification lorsque les circonstances changent. C'est d'ailleurs pourquoi il n'y a pas de liste figée des droits et des principes. Le juge et la doctrine doivent prendre dès lors le relais.

2. L'appréciation doctrinale de l'interprétation textuelle

117. La doctrine suit encore aujourd'hui de très près le texte (ou, comme nous l'avons dit, utilise la méthode de l'interprétation textuelle). Sur la question de l'effectivité, M. Picod écrit par exemple que « les dispositions consacrant des droits seront considérées comme étant d'effet direct devant les juridictions nationales et directement invocables devant les juridictions communautaires. (…) les principes ne devraient pas être directement invocables devant les juridictions nationales. (…) Les principes sont ainsi soumis à une justiciabilité restreinte, qui pourrait être qualifiée de médiate. »[321] On peut aussi constater des opinions similaires dans les littératures anglaise[322] et allemande[323]. En même temps, le P[r] Laurence Burgorgue-Larsen se montre plus sceptique face à cette « l'invocabilité minimale » des principes et écrit que « une fois un 'principe' posé par le droit communautaire et/ou le droit national, il semble logique qu'il

[320] Cour EDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*, n°34503/97, *JCP S*, 2009, p. 1154, n. F. Sudre, §146.
[321] BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Anne LEVADE, et Fabrice PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article*, Tome II, *op. cit.*, pp. 652-655 ; dans le même sens, le commentaire de Mme Anne LEVADE du Préambule, *Ibid.*, pp. 29-30.
[322] PEERS, Steve, Tamara K. HERVEY, Jeff KENNER, et Angela WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights : A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 1416, où l'on constate la division des auteurs sur ce sujet : « *Scholars are divided on the interpretation to be given to the word 'principles'. One side argues that principles may never be enforced before courts, unless they do so in reliance on EU measures or national laws implementing them, whilst the other advocates limited justiciability, confining the utility of principles to the setting aside of conflicting national legislation to stop the adoption of regressive measures*. »
[323] SCHWARZE, Jürgen, Ulrich BECKER, Armin HATJE, et Johann SCHOO, *EU-Kommentar*, 3. Aufl. Baden-Baden, Basel, Wien, Nomos Helbing Lichtenhahn, 2012, p. 2749, où l'on souligne l'absence de droits subjectifs en présence des principes : « *Grundsätze stellen den Gegensatz zu subjektiven Rechten dar. Die Charta verwendet den Begriff allerdings kaum und enthält überhaupt keine durchgängige und klare Trennung der beiden Kategorien von Vorschriften. Einzelne Bestimmungen sehen etwa (soziale) Rechte auf einen Zugang vor, die zum Teil als Ansprüche formuliert (Art.29 und 35), zum Teil nur anerkannt und gedacht (Art. 34 und 36) werden. In beiden Fällen ergeben sich durchsetzbare subjektive Rechte erst aus der Zurverfügungstellung bestimmter Einrichtungen und damit regelmäßig erst aus nationalen Gesetzgebungsakten. Im Grunde entsprechen solche Rechte in ihrer Wirkungsweise den Grundsätzen, wobei jedoch weitgehend schon wegen der Zuständigkeitsverteilung eine Konkretisierung durch EU-Recht ausscheidet.* »

doive pouvoir être sauvegardé »[324]. Nous partageons ce souci d'assurer une protection réelle et effective des principes, mais une méthode juridique sûre doit encore être trouvée.

118. Quant à l'identification des « droits » et des « principes », on part toujours de la formulation des articles pour déterminer s'il s'agit des « droits » ou des « principes ». M. Picod propose par exemple de qualifier de « droits » les énoncés impératifs et de « principes » les droits et libertés reconnus « conformément » ou « selon les règles établies » par le droit de l'UE ou des législations nationales[325]. Cette méthode ne concerne en effet pas seulement les droits sociaux fondamentaux. L'article 16 de la Charte (liberté d'entreprendre) serait ainsi qualifié de « principe », ce qui pourrait surprendre, puisque d'après une longue et riche jurisprudence remontant à l'arrêt *Nold* de 1974, « la liberté d'entreprendre, ou, plus exactement, le libre exercice de l'activité économique, apparaît ainsi comme un principe général du droit communautaire consacré par la Cour de justice. »[326] En ce qui concerne les droits sociaux, il semble que l'interprétation textuelle soit aussi la seule méthode évoquée à ce jour, sans qu'elle donne une parfaite certitude là non plus.

Dans l'une des premières analyses approfondies de cette question, le P[r] Pierre Rodière remarque que « [l]es données textuelles et explicatives sont insuffisantes pour permettre d'opérer systématiquement la classification recherchée »[327]. Il faudrait alors se tourner vers l'analyse du contenu du texte et revoir, voire développer, la méthode « traditionnellement appliquée en droit international », à savoir celle qui s'appuie sur la précision du texte, et qui « marche au cas par cas, réglant la question au fur et à mesure des actions en justice (…) compte tenu de l'intention que devaient avoir les auteurs du texte, compte tenu de la possibilité ou non d'en tirer la solution d'un litige »[328]. Dès lors, on doit se demander si la Cour de justice a déjà accompli cette mission de distinction entre « droits » et « principes ».

B. L'hésitation de la Cour de justice

119. La Charte des droits fondamentaux étant entrée en vigueur depuis plusieurs années, il ne manque pas d'occasions pour la Cour de s'expliquer sur le fonctionnement de cette

[324] BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Anne LEVADE, et Fabrice PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article*, Tome II, *op. cit.*, p. 688.
[325] *Ibid.*, p. 655.
[326] *Ibid.*, commentaire de l'article II-76 par le P[r] Laurence Idot, p. 226.
[327] RODIERE, Pierre, « Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve de la Constitution européenne », *JCP S*, 2005, n°20, doctrine 136, §16.
[328] *Ibid.*

distinction, concernant tant l'effectivité et l'identification des principes. Sans doute en raison de la nécessité de préciser les effets des normes de l'UE, la Cour fournit de nombreuses analyses sur l'effectivité que nous étudierons en réalité tout au long de notre thèse. Ici, il serait alors plus intéressant de nous concentrer sur l'identification des principes, qui a toutefois provoqué une forte hésitation de la Cour de Luxembourg à s'exprimer (1). En contraste avec des réflexions nombreuses des avocats généraux, elle n'a réalisé qu'un timide essai à ce jour (2).

1. Une jurisprudence encore largement silencieuse sur la distinction

120. La Cour aurait pu apprécier d'abord la nature de l'article 31 §2 de la Charte relatif au droit au repos et à congés annuels payés[329] dans l'affaire *Dominguez*[330]. Il s'agissait d'une salariée française qui réclamait ses congés annuels payés à la suite de son arrêt de travail pour accident de trajet. La loi française s'y opposait en exigeant une durée minimale de travail de dix jours. La Cour de justice fut interrogée sur l'applicabilité de la directive 2003/88 relative à l'aménagement du temps de travail et son effet dans un litige privé entre la salariée et son employeur. C'est donc une question de l'effet direct horizontal que nous étudierons dans le titre suivant[331]. En ce qui nous concerne ici, on peut facilement comprendre l'intérêt d'enquêter sur l'invocabilité de la Charte ; et pour ce faire, il faudrait savoir quelle est la nature de l'article 31 §2. C'est ce raisonnement qui fut étudié et expliqué en détail par l'avocat général M[me] Trstenjak dans ses conclusions[332]. S'agissant de la nature du « droit » au congé payé, elle se prononça sans ambiguïté en faveur de sa qualification de « droit ». Elle donna notamment trois raisons : la formulation de cette disposition utilise l'expression « droit à » (§76 des conclusions) ; le caractère abstrait de l'énoncé n'est pas incompatible avec le statut de « droit » (§78) ; une lecture systématique de la Charte favorise cette reconnaissance (§79). À vrai dire, la méthode de l'avocat général se résume à l'interprétation littérale, car même le dernier argument est une sorte de défense de la « meilleure définition » qu'on puisse tirer à partir de l'ensemble des énoncés de la Charte. Quelle que soit notre appréciation sur la méthode, il est indéniable que cette tentative contribue à la valorisation de l'entrée en vigueur de la Charte qui devrait retenir davantage notre attention qu'avant. Le contraste n'est alors que plus frappant

[329] « Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés. »
[330] CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, *D.* p. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RTD eur.* 2012, p. 490, obs. S. Robin-Olivier ; *RDT* 2012, p. 371, obs. M. Véricel.
[331] V. infra n° 319.
[332] Conclusions présentées le 8 septembre 2011, dans l'affaire C-282/10, *Dominguez*.

lorsque la Cour ne mentionne même pas la Charte dans son arrêt… Elle maintient d'ailleurs une apparence de continuité en qualifiant le droit à congés annuels de « principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière », solution retenue depuis l'arrêt *BECTU* de 2001[333]. On est alors en présence d'une confusion encore plus grande, puisque le droit fondamental en cause n'a pas été discuté et qu'il entretient d'ailleurs des relations incertaines avec un principe du droit social de l'Union et certainement avec un principe général du droit de l'Union.

121. La situation ne s'est pas beaucoup améliorée dans un autre cas français aussi très remarqué, l'affaire *Association de médiation sociale*[334]. La question technique est tout à fait similaire, à savoir l'effet direct horizontal de la directive 2002/14 relative au cadre général de l'information et de la consultation des travailleurs et de l'article 27 de la Charte. La Cour n'aborde pas explicitement la nature de cet article, mais indique qu' « [i]l ressort (…) clairement du libellé de l'article 27 de la Charte, que, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national » (§45). On pourrait comprendre que, implicitement, l'énonce de l'article 27 se rangerait davantage du côté des principes qui ne créent aucun droit subjectif en soi. Mais ce n'est pas tout à fait ce que dit la Cour. Ce motif soutenu par un raisonnement sur l'effet utile ne s'intéresse pas vraiment à la distinction entre droit et principe : il s'écarte du raisonnement de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez*.

Dans les conclusions de M. l'avocat général Cruz Villalón[335], on retrouve ce raisonnement avec d'ailleurs beaucoup plus de précisions. Selon l'avocat général, la distinction entre droits et principes, qui est d'origine nationale, a bien pour but de séparer deux situations normatives : l'une créatrice de droit subjectif, l'autre porteuse de « mission » pour les pouvoirs publics. Cette finalité va ensuite guider l'analyse de l'énoncé juridique qui est alors moins littérale et plus constructiviste. Du point de vue de la méthode, il en résulte alors une analyse des arguments *pro et contra* (en particulier *pro*) une qualification de l'article 27 en « principe ».

---

[333] CJCE, 26 juin 2001, *BECTU*, C-173/99, *RDUE* 2001, p. 789, obs. A. Alemanno.
[334] CJUE, 15 janvier 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale (AMS)*, *AJDA* 2014, p. 336, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2014, p. 705, n. S. de La Rosa ; *ibid.* p. 2374, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2014, p. 408, étude J. Icard ; *RDT* 2014, p. 312, étude E. Carpano et E. Mazuyer ; *RTD civ.* 2014, p. 843, obs. L. Usunier ; *RTD eur.* 2014, p. 409, étude E. Dubout ; *ibid.* p. 523, obs. S. Robin-Olivier ; *ibid.*, 904, obs. L. Coutron ; *SSL* 2014, n°1645, p. 116, obs. P. Rodière ; *RTD eur.* 2015. 160, obs. F. Benoit-Rohmer ; *Rev. UE* 2015, p. 33, étude S. Platon ; *Dr. soc.* 2016, p. 209, étude Cl. Marzo.
[335] Conclusions présentées le 18 juillet 2013, dans l'affaire C-176/12, *Association de médiation sociale*.

Pour l'avocat général, « la portée du droit directement assuré par l'article 27 de la Charte est extrêmement faible » (§54 des conclusions). Mais il ressent aussi une difficulté en constatant la nécessité de garantir aux travailleurs « un droit à l'information et à la consultation ». Pour ne pas y voir un droit subjectif, il ajoute que « [t]outefois, il n'y a aucune précision sur le type d'information, les modalités de consultation, les niveaux visés ou les représentants concernés [; que l]e contenu de ladite disposition est si peu déterminé qu'il ne peut être interprété que comme un devoir d'action confié aux pouvoirs publics afin qu'ils prennent les mesures nécessaires pour garantir un droit. » Enfin, il considère aussi que de manière systématique, il existerait une forte présomption d'appartenance des droits fondamentaux du titre IV à la catégorie de « principes » (§55).

À notre avis, ce dernier argument est relativement faible, puisqu'il est plutôt génétique (ou généalogique) que systématique. C'est le qualificatif « social » de ces droits qui a incité l'avocat général à formuler cette présomption. Or, au vu précisément de l'histoire de la rédaction de la Charte, on pourrait en revanche affirmer qu'il n'existe aucune présomption à cet égard : c'est à la Cour de justice de déterminer *concrètement* l'appartenance des normes à l'une ou l'autre des catégories. Quant à l'argument tenant à la précision de l'énoncé, nous pensons que c'est précisément la direction qu'il faudrait prendre (au lieu de s'en tenir à des expressions comme « se voir garantir » dans l'article ou « droit à » dans le titre). Mais l'analyse nous paraît encore imparfaite puisqu'elle ne déclare que le caractère abstrait de l'énoncé. Y a-t-il des informations ou des consultations indispensables ? Y a-t-il un contenu essentiel de cette disposition ? Dans le cas concret de l'affaire *Association de médiation sociale*, doit-on considérer que la notion de « travailleur » peut être précisée par le juge ? Quelle que soit la réponse, ces questions ne nous semblent pas étrangères à l'analyse du contenu du droit fondamental en cause. La Cour, quant à elle, s'est contentée des données textuelles de l'article 27 pour le considérer comme un « principe ». Cette attitude est néanmoins paradoxale. Nous reviendrons sur cet arrêt plus tard.

122. Plus généralement, d'autres exemples assez nombreux montrent que la Cour est assez réticente à l'égard de l'identification, même lorsque les Explications ne semblent pas laisser beaucoup de place au doute[336]. En matière de droit à la sécurité sociale par exemple, la

[336] V. l'excellente étude de KROMMENDIJK, Jasper, « Principled silence or mere silence on principles ? The role of the EU Charter's principles in the case law of the Cour of Justice », *E. C. L. R.*, 2015, pp. 321-356.

Cour a été saisie pour interpréter le droit à une aide au logement[337] (art. 34, §3 de la Charte) et le droit à l'assurance chômage (art. 34, §1)[338], sans qu'elle donne une identification claire des « principes » et « droits ». En dehors de la matière sociale, la Cour ne change pas non plus d'attitude lorsqu'il s'agit d'apprécier par exemple la protection des consommateurs[339]. Ce n'est qu'avec l'article 26 de la Charte que la Cour a tenté un timide essai.

2. Un timide essai en matière de droits des personnes handicapées

123. Après tant d'occasions manquées, on est presque un peu surpris de voir enfin la Cour de justice prendre position. L'affaire *Glatzel*[340] n'est pas nécessairement la meilleure opportunité pour attendre une telle précision. En effet, il était question d'un travailleur allemand qui s'est vu refuser le permis de conduire pour certains véhicules en raison d'une déficience visuelle. Il mit alors en cause la directive 2006/126 pour discrimination fondée sur le handicap, en invoquant les articles 20, 21 et 26 de la Charte des droits fondamentaux. Comme dans les conclusions de l'avocat général[341], la Cour aurait pu faire une appréciation globale en joignant ces dispositions, mais elle a préféré une analyse article par article, ce qui l'a amenée à s'intéresser sur leur nature et effectivité.

En ce qui concerne la distinction entre droits et principes, l'examen des articles 20 (égalité en droit) et 21 (entre autres, non-discrimination fondée sur le handicap) n'a pas posé

---

[337] CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10, *D.* 2013, p. 324, obs. N. Joubert ; *AJDI* 2013, p. 489, étude F. Zitouni ; *Constitutions* 2012, p. 290, obs. A. Levade ; *RTD eur.* 2012, p. 495, obs. S. Robin-Olivier; *ibid.* 2013, p. 679, obs. Fl. Benoît-Roemer. L'affaire concernait un ressortissant albanais qui vivait et travaillait en Italie. Sa demande d'allocations d'aide au logement a été refusée par les autorités italiennes en vertu d'une loi nationale qui limita l'égalité de traitement entre les citoyens européens et les ressortissants d'États tiers par la disponibilité des ressources financières nationales. La Cour employa l'article 34 (dans son ensemble, même si l'on comprend que c'est bien le 3e paragraphe qui était en jeu) pour interpréter l'art. 11 §4 de la directive 2003/109 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée et pour déterminer les prestations sociales couvrant les besoins élémentaires d'un individu (§91). Si l'usage est bien celui d'une « justiciabilité normative », la Cour ne s'est pas prononcée sur la nature de cette disposition.

[338] CJUE, 4 février 2015, *Melchior*, C-647/13. Il s'agissait d'une salariée belge qui se voit refuser l'octroi d'allocations chômage notamment pour la période où elle avait travaillé comme agent contractuel de la Commission européenne. En suivant de près ici l'avocat général P. Mengozzi, la Cour mentionna l'art. 34 §1 de la Charte, mais n'a pas jugé utile de l'appliquer (en partie parce que les faits étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne). La nature de cette disposition ne fut donc pas précisée en l'espèce. La même solution se trouve dans un arrêt ultérieur, v. CJUE, 10 septembre 2015, *Wojciechowski*, C-408/14.

[339] CJUE, 27 février 2014, *Pohotovosť*, C-470/12. La question était de savoir si une association de protection des consommateurs pouvait intervenir dans un litige au soutien d'un consommateur. L'article 38 de la Charte, qui prévoit que « [u]n niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union », était invoqué avec l'article 47 qui garantit le droit à un recours effectif. La Cour, toujours sans prendre position sur la nature des droits en cause, explique qu'ils ne prévoient pas en soi une telle possibilité et qu'ils ne permettent pas non plus d'interpréter le droit dérivé (la directive 93/13) dans ce sens. (§§52-53)

[340] CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12, *RTD eur.* 2015, p. 409, n. L. Grork.

[341] Conclusions de l'avocat général Yves BOT du 18 juillet 2013 dans l'affaire C-356/12, *Glatzel*.

beaucoup de difficultés. Sans le dire de manière explicite, la Cour a reconnu leur invocation comme des droits subjectifs : ils servaient de base à la prétention de M. Glatzel sur l'octroi du permis de conduire. Quant à l'article 26, la Cour s'est entièrement fiée aux Explications de la Charte et se contenta d'affirmer que cet article comportait un principe qui ne créait pas de droit subjectif, en citant par ailleurs l'arrêt *Association de médiation sociale* (§78). Cela laisse sans doute penser que c'est une confirmation *a posteriori* de l'appartenance du droit à l'information et à la consultation à la catégorie de « principes ». Mais que ce soit dans l'arrêt *Glatzel* ou dans l'arrêt *Association de médiation sociale*, aucune méthode concrète n'a été véritablement dégagée pour identifier les principes. On peut d'ailleurs reprocher à la Cour d'avoir même minimisé la portée des principes, car elle a effectué un contrôle particulièrement léger, en estimant que « le principe consacré à [l'article 26] n'implique pas (…) que le législateur de l'Union soit tenu d'adopter telle ou telle mesure particulière ». Traduit dans le cas d'espèce, cette affirmation devient plutôt la permission totale donnée au législateur de l'UE, quel que soit sa politique mise en place. Le principe en cause ne semble même pas conserver de « justiciabilité normative »… La Cour a toujours gardé son habitude d'évoquer dans le même arrêt des notions comme « principe général d'égalité de traitement », « principe de non-discrimination », et « principe au sens de la Charte », sans se préoccuper de leur articulation. L'hésitation dans l'application de la Charte est bien visible.

§2. La nécessité d'une méthode nouvelle

124. Le chemin de la soumission de l'UE au respect des droits sociaux fondamentaux est bien escarpé. Le compromis politique et l'hésitation du juge nous laissent dans une incertitude relativement grande qui menace le projet initial lui-même de légitimer l'UE par les droits fondamentaux. En effet, cette zone grise ne sera-t-elle pas occupée par l'arbitraire des décideurs politiques et juridiques ? Pour éviter un tel risque, le travail doctrinal se doit d'enquêter de manière plus approfondie sur les concepts en cause. Nous avons vu que la distinction entre « droits » et « principes » se cristallise autour de leur capacité ou non de créer des « droits subjectifs ». Au-delà de l'énoncé textuel de l'article 52 §5 de la Charte qui impose l'absence de cette capacité pour les principes, ne pourrait-on pas se demander d'abord quel est le lien entre les concepts de « principe » et de « droit subjectif » ? (A) Un tel examen, à notre avis, nous conduira à la reconnaissance du caractère dual des droits fondamentaux (B) : ils

peuvent être à la fois des principes (au sens de la Charte) et des normes créatrices de droits subjectifs. Avec un tel constat, la nécessité d'une nouvelle méthode deviendra ensuite plus évidente.

A. Le lien conceptuel entre « principe » et « droit subjectif »

125. Si l'on peut paraphraser une expression bien connue, le mot « principe » se dit en plusieurs sens. Nous avons déjà constaté cette polysémie avec les « principes généraux du droit », « principes fondamentaux », « principes du droit social de l'Union », etc. Il nous faut maintenant prendre au sérieux les multiples sens de ce concept (1), afin de trouver une option qui pourrait être qualifiée de « meilleure » pour l'état actuel du droit de l'UE (2).

1. Différentes acceptions du « principe » juridique

126. Le P[r] Axel Metzger a fait récemment un travail de conceptualisation très important dans ce domaine[342]. Il a énuméré au moins six conceptions possibles du principe juridique, dont une élaborée par lui-même[343]. Tout en nous appuyant sur la richesse de ce travail, il nous semble qu'on peut encore synthétiser davantage les réflexions sur le principe. À notre avis, deux éléments sont essentiels dans un principe : son importance fondamentale et sa généralité. En d'autres termes, il s'agit de son contenu et de sa forme.

127. Sur le contenu, l'une des questions importantes est de savoir si un principe a pour fondement la morale. En effet, l'histoire du développement des principes généraux de droit nous montre que leur invocation et utilisation en droit proviennent très souvent des considérations sur le droit naturel. La manifestation la plus évidente peut être trouvée dans des entreprises très diverses de codification du 18[e] et du 19[e] siècle. M[me] S. Jacoby cite divers exemples incluant le code civil autrichien[344], le code civil de Baden établi sur le modèle du code

[342] METZGER, Axel, *Extra legem, intra ius: allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht*, (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 89) Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
[343] « Principe » défini par: 1) l'effectivité, 2) la généralité, 3) l'acte d'induction, 4) le caractère trans-national, 5) le caractère trans-historique, et 6) le lien avec la morale.
[344] JACOBY, Sigrid, *Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte*, *op. cit.* (v. n°97), p. 63, §7.

civil français[345] et le code civil français qui nous reste sans doute le plus familier[346]. De manière plus théorique, Radbruch et plus récemment Bydlinski définissent les principes comme l'élément de liaison entre droit et morale. Selon Bydlinski par exemple, « les principes interrogés vont être décrits ici comme "éthico-juridique", en particulier pour exprimer leur appartenance aussi bien à l'ordre juridique qu'à l'ordre moral, qui se croisent nécessairement à cet égard »[347]. M. Metzger considère que cette théorisation reflète la pensée allemande d'après-Guerre qui avait besoin d'une instance critique face au droit positif. Il est même possible de se référer à l'article 38 §1 du statut de la Cour internationale de justice qui dispose que « [l]a Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : (…) c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; (…) » L'expression « nations civilisées », qui a suscité de nombreuses controverses en raison de sa connotation colonisatrice, peut aussi suggérer une nécessité de fonder les principes non pas seulement sur le caractère général, mais aussi sur un certain fondement moral solide.

128. En matière de droits fondamentaux, nous ne pouvons qu'être d'accord avec cette dernière position, dans la mesure où la recherche d'un fondement rationnel constitue l'aspect fondationnel de ces principes. Étant donné le caractère principalement non écrit des principes généraux, la fondation devient donc une question encore plus importante. Nous voyons par ailleurs que les principes généraux de droit sont souvent convoqués pour pallier les lacunes du droit positif. Dans cette vocation créatrice de règles juridiques, nous n'insisterons jamais assez sur cette condition initiale, à savoir la fondation qui est normalement d'ordre moral et politique, ou bref, relevant de la raison pratique. Dans l'univers anglo-américain, Ronald Dworkin avait

---

[345] *Ibid.*, p. 83, l'article 4a dispose que : « *Der Richter, wo ihm ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes mangelt, muß auf Grund und Zweck des Gesetzes, so weit sie aus ihm selbst erkennbar sind, sodann auf den Geist des Gesetzbuchs, wie er aus der Zusammenstimmung seiner einzelnen Verfügungen hervorgeht, nachmahls auf die Rechtsähnlichkeit, die aus einzelnen Verfügungen über verwandte Gegenstände zu entnehmen ist, letzlich auf die Angaben des natürlichen Rechts über einen solchen Fall seine Entscheidung finden*.» (« Le juge, lorsqu'il lui manque une expression déterminée de la loi, doit trouver sa décision dans cette situation à travers le fondement et le but de la loi, autant qu'elles se laissent connaître par la loi elle-même, ensuite à travers l'esprit du code, tel qu'il ressort de l'ensemble des dispositions particulières, puis à travers l'analogie juridique, qui sont à dériver des dispositions particulières sur des objets proches, enfin d'après les données du droit naturel. » Nous traduisons.)

[346] *Ibid.*, p. 75. Le Code civil lui-même n'évoque pas la question de manière directe. C'est plutôt Portalis qui déclare dans son fameux *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801) que « [q]uand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives. » Disponible à : http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours.html.

[347] Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988, p. 128, cité par METZGER, Axel, *Extra legem, intra ius*, *op. cit.*, p. 23 : « *Die fraglichen Prinzipien werden hier als ‚rechtsethische' bezeichnet, besonders um ihre Zugehörigkeit sowohl zur rechtlichen wie zur moralischen Ordnung, die sich insoweit notwendig überschneiden, zum Ausdruck zu bringen.* »

donné cette fameuse définition du principe d'après laquelle « *un "principe" [est] un standard qu'il faut appliquer, non pas parce qu'il assurera la survenue ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale* »[348]. Remarquons d'ailleurs que la démarche fondationnelle revêt le plus souvent une dimension universelle. C'est là où l'on peut rejoindre en même temps la généralité des principes.

129. En même temps, la généralité peut être justifiée par différentes raisons. On a proposé par exemple une explication technique. C'est l'acte d'induction qui permet d'identifier des principes généraux. Le Pr Claus-Wilhelm Canaris considère par exemple que « le premier moyen pour trouver de tels principes généraux du droit positif est l'induction. Dans ce contexte, elle désigne surtout un procédé qui est souvent décrit comme analogie juridique : ainsi une pensée fondamentale commune est obtenu à partir de plusieurs dispositions légales (…) »[349]. Dans l'aire anglophone, le Pr Neil MacCormick avait soutenu une position similaire[350]. A. Metzger reformule ces propositions et leur donne une nouvelle forme procédurale : « L'élément essentiel de la théorie du principe présentée ici est la conclusion logique de l'induction, la conclusion du particulier vers le général. Des normes sont alors des principes "généraux" de droit, s'ils sont dérivés de règles juridiques "spéciales" par un acte d'induction. Les sources à observer sont les règles juridiques du même ordre juridique, d'autres ordres juridiques et de droit ancien. Les règles juridiques prises en compte sont généralisées soit matériellement, soit géographiquement, soit temporellement, pour devenir un principe général de droit. »[351]

130. En dehors de ces deux grandes orientations, la théorie structurelle des principes, qui pourrait se rattacher à l'analyse de la généralité, a acquis aujourd'hui une grande

---

[348] DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, traduit par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, PUF, 1995, p. 80.
[349] Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 1983, p. 97, cité par METZGER, Axel, *Extra legem, intra ius*, *op. cit.*, p. 19.
[350] *Ibid.*, les écrits cités de N. MacCormick sont *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, p. 153 et p. 232.
[351] METZGER, Axel, *Extra legem, intra ius*, *op. cit.*, p. 26 : « *Das wesentliche Element der hier vertretenen Prinzipientheorie ist der logische Schluss der Induktion, der Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine. Normen sind danach ‚allgemeine' Rechtsgrundsätze, wenn sie durch einen Induktionsschluss aus ‚besonderen' Rechtsregeln abgeleitet werden. Als Quellen kommen dabei Rechtsregeln aus derselben Rechtsordnung, aus anderen Rechtsordnungen oder aus älterem Recht in Betracht. Die herangezogenen Rechtsregeln werden entweder in sachlicher, in räumlicher oder in zeitlicher Hinsicht verallgemeinert, um zu einem allgemeinen Rechtsprinzip zu gelangen.* » (La traduction est la nôtre.) ; v. aussi p. 36 où l'auteur donne un exemple de l'induction : les oiseaux observés a, b, c, d sont des cygnes et sont blancs; il n'y a pas de cygne observé qui n'est pas blanc; il s'ensuit que probablement tous les cygnes sont blancs.

importance. La thèse la plus connue actuellement est celle du Pr Robert Alexy, qui explique ainsi l'aspect structurel de sa théorie : « *[A structural theory] is primarily, and not purely, analytical because it investigates structures such as constitutional rights concepts, the influence of constitutional rights on the legal system, and constitutional justification with reference to the practical function of an integrated theory.* »[352] Si l'on s'en tient à cet aspect primaire qui concerne une méthode analytique, on peut voir que son atout consiste en sa capacité de clarifier les concepts[353]. Dès lors, quelle est la structure d'un principe et comment clarifie-t-elle ce concept ? Selon R. Alexy, le principe est d'abord une catégorie de norme[354]. Suivant sur ce point la tradition positiviste, il considère que la norme (*Norm*) est différente de l'énoncé normatif (*Normsatz*)[355]. La norme peut être exprimée par une formule déontique (du type « tu dois… »). Tout énoncé normatif n'est pas un énoncé déontique, mais peut le devenir avec une reformulation. En ce qui nous concerne, on peut retenir notamment que, dans cette conception, le principe a nécessairement un contenu normatif (puisqu'il s'agit d'une norme) et ce n'est pas la rédaction textuelle qui révèle directement ce contenu, mais son expression déontique.

Ensuite, le contenu normatif du principe possède une structure particulière qui permet de le distinguer des « règles », l'autre catégorie des normes. En effet, « *principles are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities*.[356] » C'est une demande d'optimisation (*Optimierungsgebot*). Sa réalisation peut être graduelle, et conditionnée par les possibilités factuelles. À la différence des principes, les règles imposent des injonctions définitives : elles sont respectées ou non. Son application ne connaît pas de gradation. « *Every norm is either a rule or a principle*. »[357] Cette distinction analytique avait déjà été formulée quelques années plus tôt par Ronald Dworkin, même si elle semble moins rigoureuse. Selon R. Dworkin, « *[l]es règles de droit sont applicables dans un style tout-ou-rien. (…) Les principes ont une dimension dont sont dépourvues les règles : celle du poids ou de l'importance* »[358]. On voit donc que R. Alexy précise le caractère dynamique du principe qui tend vers sa meilleure réalisation. Inspirée par,

---

[352]ALEXY, Robert, *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian Rivers, OUP, 2002, p. 13. Pour l'édition originale, v. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994, p. 32.
[353] *Ibid.*, p. 14 : « *Conceptual and analytical clarity is an elementary prerequisite for the rationality of any field of knowledge.* »
[354] *Ibid.*, p. 44.
[355] *Ibid.*, p. 21.
[356] *Ibid.*, p. 47.
[357] *Ibid.*, p. 48.
[358] DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 82 et 84.

mais dépassant en même temps, d'autres théories classiques allemandes[359], cette analyse structurelle atteint son but de clarté conceptuelle.

Toutefois, il convient bien de se garder de calquer directement les « principes » en droit de l'UE sur ce modèle, et en particulier les « principes » dans la Charte des droits fondamentaux. Chez R. Alexy, le principe juridique est caractérisé par l'absence d'injonction définitive, mais l'injonction existe bien et peut se transformer en droits subjectifs. De même, il est très difficile de qualifier les droits fondamentaux de règles. L'exemple que R. Alexy prend pour illustrer la catégorie de « règle » est l'article 5 §1 du Code allemand de la route (*Straßenverkehrsordnung*). Il énonce qu'il faut dépasser un autre véhicule à sa gauche. On comprend donc que les conditions pour être qualifiées d'une règle sont beaucoup plus exigeantes. Compte tenu de ces éléments, comment faudrait-il conceptualiser le « principe » en droit de l'UE ?

2. La recherche du sens le plus cohérent pour le droit de l'UE

131. Nous avons vu que le foisonnement de « principes » en droit de l'UE a contraint certains auteurs à privilégier une classification fonctionnelle. Il nous semble que d'un point de vue typologique, on peut en effet repérer trois catégories possibles : 1/ les « principes » consacrés par les traités ; 2/ les principes généraux du droit de l'UE ; 3/ les « principes » au sens de la Charte des droits fondamentaux. Si l'on doit maintenir « principe » comme leur dénomination commune, il nous semble qu'il faudrait clarifier leurs relations et tenter de les définir avec les trois éléments théoriques exposés plus haut.

132. Une chose paraît sûre : malgré la très grande différence entre les « principes » dans l'UE, ils conservent tous un contenu normatif, ce qui constitue une différence majeure avec les « objectifs » de l'UE. Ils n'imposent pas un résultat définitif et immédiat, mais il convient de souligner que l'absence d'un tel résultat ne signifie point l'absence de tout résultat. Elle signifie plus exactement l'indétermination *a priori* de celui-ci. Prenons l'exemple de l'égalité entre hommes et femmes. Nous savons que le « principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même

[359] À travers les notes de R. Alexy, on peut constater aussi l'influence de Josef Esser qui estimait déjà que la généralité n'était pas un critère suffisant. Mais J. Esser restait encore dans une approche relativement traditionnelle, avec un accent particulier sur l'aspect matériel des principes. Selon lui, le principe est le fondement, le critère et la justification d'une norme. Il se situe donc à un méta-niveau qui renvoie à l'aspect fondationniste des principes. V. METZGER, Axel, *Extra legem, intra ius*, *op. cit.*, p. 16.

valeur » est inscrit à l'article 157 du TFUE lui-même[360]. Il est aussi une expression spéciale du principe général de non-discrimination fondée sur le sexe[361]. Dans leur application, de nombreuses questions étaient néanmoins ouvertes : pouvait-on donner un effet direct horizontal au principe de l'égalité des rémunérations ? Pouvait-on accepter une discrimination positive favorisant un sexe plutôt que l'autre ? Le résultat n'était pas défini par avance, mais demandait à être réalisé, compte tenu d'autres considérations qui pourraient être légitimes. En d'autres termes, il semble que les « principes » utilisés dans ce contexte peuvent être définis comme un commandement normatif fondamental[362] qui demande la réalisation du meilleur résultat.

133. Une petite difficulté semble apparaître lorsque l'on considère le « principe » au sens de la Charte. Certes, il y a toujours un commandement normatif, comme l'exemple de « l'intégration des personnes handicapées » (art. 26 de la Charte). Il dépend aussi des possibilités factuelles et peut donc produire des effets juridiques très divers à l'égard des pouvoirs publics. Néanmoins, l'article 52 §5 devrait exclure toute création de droit subjectif par le principe énoncé dans l'article 26. Est-ce conforme à la définition théorique du principe qui normalement n'écarte pas la création du droit subjectif comme l'un des résultats normatifs possibles ? Autrement dit, l'incapacité de créer des droits subjectifs fait-elle partie de la définition théorique du « principe » ? La réponse nous apparaît clairement négative. En effet, la définition que nous venons de proposer à la fin du paragraphe précédent n'exclut pas la possibilité pour des principes de créer des droits subjectifs. L'exemple du principe d'égalité le montre d'ailleurs clairement à l'égard du droit positif. Dès lors, comment concilier la définition de la Charte et notre définition théorique ? Deux solutions nous paraissent possibles : la première, c'est de considérer que ces principes de la Charte ne « créent » pas de droits subjectifs parce qu'ils en sont incapables ; la seconde, c'est d'affirmer qu'il s'agit d'une restriction *ad hoc* qui fait de ces principes une catégorie *sui generis*. La dernière solution ne nous paraît pas préférable pour deux raisons : d'une part, elle repose le problème de la scission entre principe de la Charte et principe général du droit de l'UE. En d'autres termes, l'unicité du concept est ici préférable pour éviter un éclatement de la protection des droits fondamentaux. D'autre part, cela formerait une interprétation qui va à l'encontre du droit prospectif et du droit positif de

[360] La rédaction initiale de l'article 119 du Traité de Rome n'est pas très différente. La seule différence notable est l'absence des mots « ou un travail de même valeur » qui ont été ajoutés conformément à la jurisprudence de la Cour de justice. C'est un point intéressant sur l'aspect indéterminé des principes, mais qui ne nécessite pas une précision immédiate à ce stade de notre étude. Nous reviendrons sur ce point en début du chapitre suivant.
[361] CJCE, 15 juillet 1978, *Defrenne (III)*, aff. 149/77.
[362] Sur le caractère fondamental, on se souviendra de l'arrêt *Defrenne (II)*.

l'UE. Pour le droit prospectif, si les droits fondamentaux sont à promouvoir, il n'y a pas de raison d'interdire l'obtention du meilleur résultat lorsque c'est possible. Pour le droit positif, nous avons bien vu que des principes ont été invoqués par des individus pour aboutir à certains droits subjectifs[363]. La Cour est certes hésitante, mais l'hésitation montre sans doute par elle-même que l'exclusion des droits subjectifs est loin d'être évidente.

134. Voyons de plus près maintenant la première explication : les principes de la Charte ne créent pas de droits subjectifs parce qu'ils en sont incapables. La formulation peut sembler un peu ridicule et surtout tautologique, puisque cette incapacité devrait venir précisément de l'identification des principes de la Charte. Mais nous voyons bien que c'est la seule possibilité de concilier l'essence d'un principe et cette restriction supplémentaire. En effet, cette solution nous apprend que c'est seulement *après* avoir constaté l'incapacité d'une norme de la Charte à produire des droits subjectifs que nous la nommons « principe de la Charte ». Nous n'osons pas parler de « révolution copernicienne », mais il s'agit bien de renverser la perspective : un examen de l'effectivité d'une norme, par définition concret et évolutif puisqu'il s'agit des contraintes non seulement normatives mais aussi factuelles, doit donc précéder sa qualification. Une telle solution a l'avantage de correspondre à l'esprit des rédacteurs de la Charte. Comme nous l'avons vu, la distinction procède d'une division profonde entre les rédacteurs sur la normativité de certains droits. En d'autres termes, il est impossible de faire une classification *a priori* et figée pour ces droits-là. C'est donc la Cour qui doit garder un regard concret et évolutif sur la question et la trancher au fur et à mesure et au cas par cas. Cette explication a néanmoins une limite. Il s'agit des dispositions qui sont expressément qualifiées de « principe » par les Explications de la Charte. Elles ne pourront donc être prises en compte que dans l'interprétation des normes existantes.

En réalité, ce paradigme d'explication fonctionne toujours sans avoir besoin de créer une catégorie *sui generis* de principe : normalement toutes les dispositions de la Charte ont le potentiel de produire des droits subjectifs en raison de la graduation de leur effectivité. Mais leur réalisation se voit opposer le principe d'interdiction d'interprétation *contra legem* qui est aussi un principe général du droit. Dès lors, dans ce conflit de principes, le principe d'interprétation l'emporte sur celui demandant la réalisation des droits subjectifs. Remarquons que poussée jusqu'au bout, cette explication conduit à penser que l'article 52 §5 de la Charte a

[363] V. supra, notamment à propos de l'article 34 de la Charte.

une valeur principalement déclarative (car la valeur normative ne concerne que les dispositions qualifiées expressément de principe par la Charte). On revient à une analyse qui ressemble à celle du Protocole n°30[364].

135. Notons aussi que, comme l'écrit le P[r] Jérôme Porta, la « réalisation » connaît de nombreux synonymes en droit, en particulier en droit de l'UE : exécution, mise en œuvre, traduction, etc. En réalité, « [u]ne règle se réalise lorsque et dans la mesure où le modèle normatif qu'elle prescrit se concrétise »[365]. Cette réalisation n'est pas une application mécanique[366] qui réduirait la norme juridique à une entité déjà existante et nécessairement effective, n'ayant besoin que d'une exécution. Tout au contraire, c'est un *processus normatif* qui donne l'application une méthode : la concrétisation. En effet, nous parlerons plutôt de la concrétisation (et de « méthode concrétiste ») que de la réalisation, bien qu'elles soient tout à fait proches. Deux raisons motivent ce choix : tout d'abord, la réalisation telle que le P[r] Porta l'entend est avant tout celle d'un Droit objectif, plus spécifiquement du droit de l'UE, tandis que dans notre thèse, la concrétisation concerne une norme en particulier, à savoir, la norme de droit fondamental. C'est pourquoi la réalisation du droit de l'UE porte en soi un projet de gouverner la diversité en Europe[367], alors que la concrétisation reste liée à la texture des droits fondamentaux. Ensuite, si nos emplois de ces concepts partagent la même caractéristique qui est l'établissement d'un lien entre être et devoir être, la réalisation voit davantage le processus normatif (ou le « droit sur la réalisation du droit ») comme un passage du droit au fait[368], la concrétisation que nous utilisons ici voit les faits plutôt comme un élément en amont qui détermine le contenu final de la norme à appliquer. Cette dernière différence n'est pas encore très claire à ce stade, car nous n'avons pas encore étudié la concrétisation en tant que telle. Nous y reviendrons dans le prochain chapitre.

---

[364] V. supra, n°109 et s.

[365] PORTA, Jérôme, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, tome 1, avec une préface d'Antoine Lyon-Caen, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2007, p. 22.

[366] *Ibid.*, p. 25 et s.

[367] *Ibid.*, p. 37 et s. Il est sans doute intéressant de constater que, bien que le champ d'études est extrêmement vaste et qu'il concerne des actes juridiques très différents (v. p. 51 et s.), M. Porta emploie plus naturellement « règle de droit » ou « droit » tout court, tandis que dans notre thèse, nous avons besoin de distinguer les règles des principes. Nous croyons qu'il s'agit d'une différence entre perspectives macro- et microscopiques.

[368] *Ibid.*, p. 29. C'est pourquoi l'absence (ou le peu) de factualité dans l'environnement juridique de l'UE est vue comme une particularité par rapport aux droits nationaux.

Jusqu'ici, nous avons tenté de montrer que le concept de « principe » n'est pas exclusif de celui du droit subjectif. Mais ce dernier mérite lui aussi d'être clarifié dans ses relations avec les droits sociaux.

B. Les droits fondamentaux comme principes porteurs de droits subjectifs

136. Comme l'a remarqué Michel Villey, « [le terme de droit subjectif] est aussi obscur qu'il dénote une prétention suspecte à la philosophie. Malheureusement, il pourrait être une des clés de notre actuelle pensée juridique »[369]. En effet, une étude des droits fondamentaux peut difficilement contourner ce concept, tant leur lien est profond (1). En même temps, la clarification de sa structure confirme sa compatibilité avec le concept de « principe » et les droits sociaux. Elle met en évidence une échelle graduelle d'effets juridiques, ou de positions juridiques (2).

1. Le lien historique entre droits fondamentaux et droits subjectifs

137. En général, on considère aujourd'hui qu'il y a deux grandes origines du concept de droit subjectif, l'une théologique et l'autre politique. Sans entrer dans les détails qui nous éloigneraient de notre propos[370], il est remarquable que l'origine théologique du droit subjectif aurait pu prendre aussi la forme d'un discours de « droits fondamentaux » en tant que transposition de « prérogatives divines » aux hommes[371]. Mais elle s'est finalement concentrée sur la question de la volonté et la liberté individuelles. Grâce à la fameuse analyse de Michel Villey[372], nous savons qu'à l'origine le droit subjectif comme « prérogative » fondée sur la volonté individuelle vient de la défense occamienne de la pauvreté franciscaine. Cette défense tourne autour de deux éléments : le pouvoir sur le bien et la volonté de renoncer à ce pouvoir. En effet, face à la question du Pape Jean XXII qui estimait que les moines franciscains ne

---

[369] VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2013, 2e éd., pp. 240-241.
[370] Pour une étude plus spécifiquement consacrée à cette question, nous nous permettons de renvoyer à notre étude : « The concept of subjective right and the Anthropocene », *C-EENRG Working Papers*, 2017-1. pp. 1-24. Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance, University of Cambridge. disponible à http://www.ceenrg.landecon.cam.ac.uk/publications/working-papers-1 (Dernière visite, 2 août 2017)
[371] V. l'exemple du droit de propriété, RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Retour sur les origines théologiques de la propriété », *Droits*, n°58 (2013/2), pp. 51-70, spéc., p. 56 : « Jusque qu'aux dernières décennies du XVIIe siècle en effet, il n'est guère de penseur européen pour se dispenser, lorsqu'il aborde la question du domaine, d'affirmer que c'est d'abord en Dieu que cette prérogative trouve sa plus parfaite réalisation, et nombre des caractères attribués au moderne droit naturel de l'homme sur le monde, ne seront guère autre chose que la transposition, au profit de l'être humain, de la présentation que les penseurs de l'Église ont, pendant des siècles, donné du "*dominium Dei*". »
[372] VILLEY, Michel, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *Arch. phil. dr.*, n°9 (1964), p. 97 ; v. aussi, du même auteur, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2013, p. 241.

pouvaient utiliser les biens sans les posséder juridiquement, Guillaume d'Occam répondit que le droit différait de la permission, car celui qui donnait à un autre la permission d'utiliser ses biens pouvait les récupérer quand il le voulait[373]. En renonçant au droit, c'est-à-dire la volonté de disposer de la chose, le frère franciscain garderait la permission et ne serait donc pas considéré comme injuste s'il venait à manger quelque chose dont il n'était pas le propriétaire. Cette conception était incompréhensible, d'après Villey, pour le Pape Jean XXII, juriste formé avec le traditionnel concept de droit comme ce qui est dû à chacun.

Dans la seconde scolastique, cette question continuait à engager des débats en termes de pouvoir, liberté et droit individuel[374]. Ce n'est qu'avec les premiers philosophes de l'ère moderne, tels que Hobbes, que les débats glissent vers les « droits » qu'auraient les hommes dans le supposé état de nature[375]. Ainsi, on rejoint l'origine politique des droits subjectifs que sont les droits naturels modernes. Le premier apogée de cette lignée est naturellement les déclarations des droits de l'homme au 18e siècle. Mais les déclarations successives de droits fondamentaux, y compris la démarche de la Charte, ne sont bien sûr pas étrangères à cette tradition[376].

138. Quelles sont les conséquences de cette « arrivée » des droits fondamentaux dans les débats sur le droit subjectif ? Nous pensons que les influences sont réciproques : si les droits de l'homme ont largement étendu le champ matériel des droits subjectifs, l'étude de la nature des droits subjectifs a aussi conditionné la réalisation des droits fondamentaux. L'élargissement du champ matériel provoque aussi des changements dans la théorie du droit subjectif. Ceci est facile à constater : la reconnaissance des droits sociaux fondamentaux en est un exemple particulièrement probant, car tous les débats sont presque focalisés sur leur qualification en droit subjectif. Arrêtons-nous alors un instant sur les différentes théories du droit subjectif pour considérer leur relation avec les droits sociaux.

---

[373] V. la citation exacte dans VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, note 11, p. 257.

[374] BRETT, Annabel, *Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*, CUP, 1997.

[375] *Ibid.*, p. 205 et s. A. Brett fait une analyse textuelle des écrits de Hobbes et montre que dans la pensée de Hobbes, il y a deux sens de libertés : d'une part, une liberté naturelle (*libertas naturalis*) qui est issue de la seconde scolastique (en particulier de Gabriel Vasquez) et qui reprend la volonté et le pouvoir comme les éléments centraux de sa définition ; d'autre part, une liberté en soi (*libertas per se*) qui dépend de l'état de nature et qui est définie comme l'absence d'obstruction externe.

[376] Sur cette relation entre droits de l'homme et droits subjectifs, v. COING, Helmut, « Signification de la notion de droit subjectif », *Arch. phil. dr.*, n°9 (1964), p. 1 : « C'est l'Aufklärung (le rationalisme) et la conception du droit naturel qu'elle développe qui firent de l'idée du droit subjectif un concept central du droit. »

139. Nous savons que, traditionnellement, les théories sont partagées entre l'école de la volonté, représentée principalement par Savigny[377], et l'école de l'intérêt, soutenue notamment par Jhering[378]. À partir de cette grande distinction, la doctrine civiliste a tenté d'affiner la définition[379], de procéder à la classification[380] et de préciser leur régime[381]. Cette tradition riche et éminente a cependant deux limites : centrée sur le droit privé, elle ne prend pas assez en compte les travaux de droit public et de théorie du droit[382].

Il en résulte collatéralement que les droits sociaux ne sont pas assez étudiés par les privatistes. En France, l'analyse classique des droits sociaux est donc l'œuvre de Jean Rivero, qui fait la distinction entre droit-liberté et droit-créance. La mise en œuvre des premiers relèvent uniquement de l'initiative des titulaires des droits. L'État n'intervient que pour les protéger, par l'intermédiaire soit de la police administrative, soit du juge. L'exercice des seconds, en

---

[377] SAVIGNY, Friedriech Carl von, *Traité de droit romain*, (Tome 1) traduit de l'allemand par M. Ch.Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1855, p. 7 : « Le droit, si nous le considérons tel que dans la vie réelle il nous entoure et nous pénètre de tous côtés, nous apparaît comme un pouvoir de l'individu. Dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l'individu règne, et règne du consentement de tous. Ce pouvoir ou faculté, nous l'appelons droit, et quelques-uns l'appellent droit dans le sens subjectif. Le droit ne se manifeste jamais plus clairement que si, dénié ou attaqué, l'autorité judiciaire vient à en reconnaître l'existence. » Pour un développement plus détaillé de la théorie de volonté dans la doctrine allemande (qui inclut par ailleurs des auteurs aussi divers comme Windscheid, Schuppe, Thon, Bierling, Hölder, et en droit administratif, Gerber), v. KASPER, Franz, *Das subjektive Recht-Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit*, (Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen 25) Karlsruhe, C. F. Müller, 1967, pp. 69-79.

[378] JHERING, Rudolf von, *Der Geist des Rechts. Eine Auswahl aus seinen Schriften*, herausgegeben von Fritz BUCHWALD, Brême, Carl Schünemann Verlag, 1965, p. 79: « *Der Wille ist nicht der Zweck und die bewegende Kraft der Rechte; der Willens- und Machtbegriff ist nicht imstande, das praktische Verständnis der Rechte zu erschließen. Zwei Momente sind es, die den Begriff des Rechts konstituieren, ein substantielles, in dem der praktische Zweck desselben liegt, nämlich der Nutzen, Vorteil, Gewinn, der durch das Recht gewährleistet werden soll, und ein formales, welches sich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der Rechtschutz, die Klage. Ersteres ist der Kern, letzteres die schützende Schale des Rechts. (...) Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.* » On se souvient de la métaphore que Jhering emploie pour illustrer ce but du droit : le bateau qui va dans son port. (*Ibid.*, p. 77)

[379] Dans la sphère francophone, on connaît les deux grandes tentatives qui sont respectivement celle de Jean Dabin qui part du droit de propriété pour définir le droit subjectif comme « appartenance-maîtrise » (*Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 80 et s.) et celle du doyen Roubier qui limite l'usage du terme « droit subjectif » à des prérogatives à l'avantage de leur bénéficiaire (*Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Sirey, 1963, p. 73 et p. 127 et s.). Ces thèses connaissent leurs propres limites techniques : la première a du mal à s'appliquer aux droits de créance, alors que la seconde exclut toute une série de « droits innés » que l'on considère aujourd'hui sans hésitation comme des droits subjectifs. Nous n'entrons donc pas davantage dans leur étude. Remarquons simplement que, bien que plus spécifiques, ces définitions prennent pour base les doctrines de Savigny et de Jhering.

[380] Pour une présentation de l'évolution de ces classifications, v. ROCHFELD, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, pp. 155-172, où l'auteur distingue les classifications classique (droits réels et personnels) et renouvelée (droits fondamentaux et ordinaires).

[381] *Ibid.*, p. 172 et s. ; v. aussi, GHESTIN, Jacques, Gilles GOUBEAUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1994, pp. 126-191.

[382] Cette affirmation n'est bien sûr pas absolue. L'ouvrage de J. Dabin précité est un bon exemple : il a non seulement débuté son ouvrage en présentant et critiquant les doctrines de Duguit et de Kelsen, mais a également mentionné Jellinek dans « les doctrines mixtes » (p. 73). Seulement, ces passages n'ont pas été assez approfondis et ne semblent pas susciter non plus d'autres échos.

revanche, suppose « la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers ». L'État doit intervenir *ex ante*, en créant des services publics qui sont des « débiteurs » à l'égard des titulaires de droits-créances. Toutefois, l'État ne peut être contraint à créer de tels services. « *La satisfaction des droits de créances laisse donc à l'État un pouvoir d'appréciation discrétionnaire extrêmement large*, de telle sorte que l'objet du droit reste pratiquement indéfini jusqu'à ce que le législateur ait procédé aux choix nécessaires »[383]. Compte tenu des discussions sur la Charte des droits fondamentaux susmentionnées, on voit bien que le caractère programmatique des droits sociaux ne paraît pas si évident que le voudrait la théorie des droit-créances. Par ailleurs, le critère de marge d'action n'est pas convaincant non plus, lorsque nous pensons à la concrétisation toujours nécessaire dans l'application de ces droits. Cette explication n'arrive donc plus très bien à s'accommoder du développement des droits sociaux aujourd'hui. Y a-t-il une autre analyse plus adéquate ?

2. L'analyse structurelle des droits sociaux adaptée au contexte de l'UE

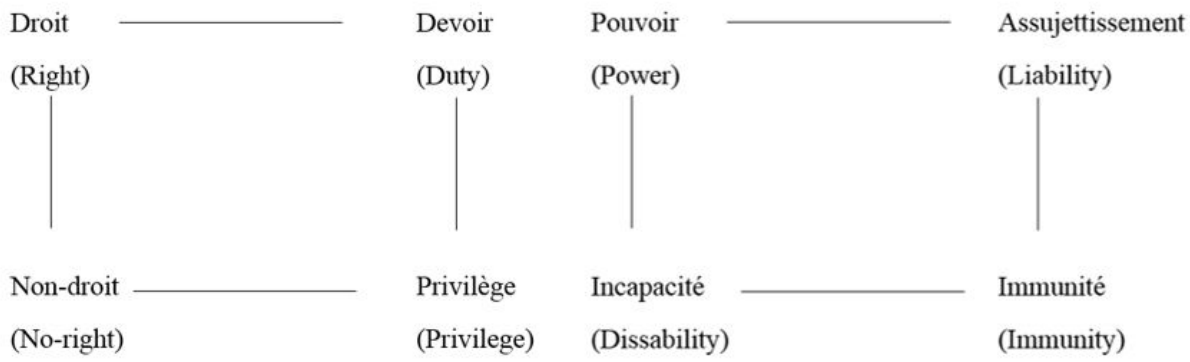
140. Un droit peut en cacher d'autres. C'est sans doute pourquoi le doyen Roubier insistait tant sur l'abus du mot « droit »[384]. A titre d'exemple, quand on dit que j'ai droit à la jouissance absolue de mon bien (ex., ma voiture). Il est assez simple de comprendre qu'il s'agit de mon droit de propriété. Mais, derrière cette qualification, il se trouve que j'ai le droit, normalement, d'utiliser ma voiture selon ma propre volonté, donc une autre personne, Pierre, ne peut m'en empêcher. J'ai aussi le droit d'interdire à Pierre d'utiliser ma voiture. J'ai encore le droit de m'opposer à ce que Pierre modifie l'acte de propriété (ou une expropriation par l'État si l'on veut). Ces « droits » sont-ils les mêmes ? Il ne s'agit plus de se débattre sur la nature même du droit : ma volonté, mon intérêt, mon rôle, etc., mais sur la configuration même de ce droit. C'est cela qu'on appelle ici « structure ». Cette méthode a déjà été utilisée par des auteurs comme Hohfeld et Jellinek (a). Le droit de l'UE peut être un nouveau champ d'essai (b).

a. A propos de deux précurseurs : Hohfeld et Jellinek

141. L'un des travaux classiques dans ce sens vient de Wesley N. Hohfeld[385]. Remarquant l'ambiguïté du mot « droit », il s'employa à le clarifier avec une série de concepts

[383] RIVERO, Jean, et Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, Tome I, PUF, 2003, 9e éd., n°135
[384] ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 47.
[385] HOHFELD, Wesley Newcomb, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning », 23 Yale Law Journal 16 (1913), pp. 16-59.

fondamentaux qui sont par ailleurs mis en relation. Le schéma suivant permet de présenter rapidement les huit concepts fondamentaux qui sont dégagés.



(Schéma 1. Les concepts juridiques fondamentaux selon W. N. Hohfeld)

Les deux groupes sont séparés, mais les concepts liés par un trait horizontal sont dans une relation corrélative, tandis que ceux liés par un trait vertical sont de relation opposée. Dans le groupe à gauche, le « droit » (ou « *right* ») ici a un sens donc strict. Il signifie une prérogative qui permet au titulaire d'exiger un acte (qui peut être une abstention) d'une autre personne. Dès lors, cette dernière personne a un devoir envers le titulaire du droit. En revanche, si la première personne n'a pas ce droit (non-droit), la dernière a un « privilège » ou, comme Hohfeld le dit lui-même[386], une « liberté ». Prenons l'exemple de la liberté syndicale : elle est d'abord une liberté (ou « privilège) au sens où la personne n'a aucune obligation d'adhérer ou ne pas adhérer à un syndicat. Mais elle peut se transformer en un « droit » au sens strict, lorsque l'État ou d'autres personnes viennent porter atteinte à cette liberté. Le bénéficiaire peut alors exiger que ces personnes cessent leurs actions. Quant au groupe à droite, le pouvoir signifie la possibilité pour le bénéficiaire de modifier la situation juridique d'une autre personne. Cette dernière est alors assujettie à la première. Si la première n'a pas ce pouvoir (donc « incapable »), la dernière personne a donc une immunité. Le « pouvoir » de renoncer à une créance est un exemple assez simple. Lorsqu'une constitution déclare que la dignité humaine est intangible, il s'agit aussi d'une « incapacité » de l'État face aux citoyens. L'analyse de Hohfeld confirme d'abord la différence entre « énoncé juridique » et « norme juridique », puisque seule la dernière s'exprime avec des modalités déontiques (« tu dois… »). En plus, ces différents concepts

[386] *Ibid.*, p. 41.

montrent qu'une norme de droit fondamental, sous l'apparence de « droit », peut en effet comporter différents contenus déontiques.

142. Un peu avant la thèse de Hohfeld, Georg Jellinek s'était intéressé plus spécifiquement au « droit subjectif public » et remarqua aussi la diversité des situations regroupées sous cette expression[387]. Disciple de Jhering, la thèse de Jellinek réalisa d'abord la synthèse entre Savigny et son maître, en considérant la volonté comme l'élément formel du droit subjectif, et l'intérêt l'élément matériel[388]. Les deux composent ainsi la nature de ce droit qui est une prétention normative (*Anpruch*). Ceci n'est pas d'une originalité exceptionnelle. En revanche, lorsqu'il commença à distinguer les droits subjectifs public et privé, sa perspicacité se montre d'une manière inégalée. En effet, Jellinek remarque que la différence entre les sphères publique et privée est le fait que la première détermine la capacité (*Können*) de l'action humaine et la dernière la permission (*Dürfen*)[389]. Chaque permission présuppose nécessairement la capacité ; ce qui est en dehors du domaine de la capacité ne relève pas du droit et est donc nul en droit. Par conséquent, la sphère publique détermine l'être de la personne (ou la personnalité, comme Jellinek l'appelle[390]), alors que la sphère privée est le champ de l'avoir. Puisque c'est l'État qui détermine cette capacité, elle varie donc en fonction des lois ou d'autres actes étatiques. Jellinek fut donc amené à considérer cette « variation » possible. De son analyse résultent quatre degrés ou statuts : le statut passif (*status subjectionis*), où l'individu n'a que des devoirs ; le statut négatif (*status libertatis*), où l'individu est entièrement libre vis-à-vis de l'État ; le statut positif (*status civitatis*), où l'individu peut utiliser les institutions étatiques ; et le statut actif, où l'individu possède des droits politiques au sens strict[391]. Toute prétention normative de l'individu issue de ces statuts forme un droit subjectif public[392].

Comparée à la thèse de Hohfeld, la théorie de Jellinek montre d'abord une convergence dans l'analyse des normes : le « droit » que l'on invoque quotidiennement peut cacher des « droits » ou « *Ansprüche* » très différents ; or c'est bien chacun de ces droits qui méritent d'être appelé « droit subjectif (public) ». Ensuite, les deux théories mettent l'accent sur les relations

---

[387] JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Auflage von 1905, Herausgegeben von Jens KERSTEN, Tübingen, Morh Siebeck, 2011.
[388] *Ibid*. p. 44: « *Das subjektive Recht ist daher eine von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht*. »
[389] *Ibid.*, p. 46 et s.
[390] *Ibid.*, p. 52 : « *Die Gesamtheit des Könnens stellt die Persönlichkeit dar.* »
[391] *Ibid.*, p. 86-87.
[392] Sur ces questions, v. aussi JOUANJAN, Olivier, « Les fondations de la notion de droits publics subjectifs chez Georg Jellinek », *RUDH* 2004, pp. 6-16.

entre deux personnes (plus particulièrement entre un individu et l'État dans le cas de Jellinek). Avec ces analyses, les droits sociaux ne sont bien évidemment pas une catégorie opposée aux droits subjectifs, mais peuvent renvoyer à des droits subjectifs très divers. Si l'on considère uniquement les « droits de prestation sociale » qui sont souvent source de polémiques, la théorie de Jellinek peut facilement les ranger dans le « statut positif ».

b. L'analyse structurelle des droits sociaux fondamentaux de l'UE

143. Revenons maintenant au droit de l'UE pour essayer de répondre à nos interrogations de départ : quelles sont les relations entre droits sociaux, droits subjectifs et principes ? Y a-t-il une nécessité de reconduire la protection duale des droits fondamentaux ? Et peut-être plus directement, quelle est la conception du droit fondamental dans l'UE ? Commençons par quelques constats.

1) Tout d'abord, la Cour de justice affirme de manière constante que « les droits fondamentaux de la *personne* sont compris dans les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect »[393]. La protection de la *personne* est donc à la base de cette démarche. Autrement dit, la production de droits subjectifs devrait être à l'horizon de toute disposition consacrant des droits fondamentaux. On retrouve par ailleurs le lien profond entre la dignité qui est inhérente à une *personne* du point de vue de la fondation et les droits fondamentaux de la *personne* qui sont plus directement en prise avec l'application.

2) La rédaction de la Charte des droits fondamentaux, même éclairée par les Explications, ne permet pas d'élucider l'imprécision de ces textes qui nécessite dès lors un travail important du juge, aidé par la doctrine. En prenant conscience de la différence entre énoncé de la norme et la norme elle-même, nous pouvons voir dans un seul texte plusieurs normes qui peuvent être explicitées avec les catégories de Hohfeld ou de Jellinek.

3) Cette imprécision du texte fait d'ailleurs écho au maintien par la Cour de justice de sa technique de reconnaissance des droits fondamentaux au travers des principes généraux du droit. Le caractère évolutif des droits fondamentaux ne doit donc pas être négligé, si bien qu'ils ne doivent pas être enfermés dans un schéma préétabli. Il n'y a donc pas lieu, par exemple, de renvoyer systématiquement les « droits-libertés » au statut négatif de Jellinek et les droits

[393] V. supra, section 1, §1, A. ; nous soulignons.

sociaux au statut positif. C'est la revendication en cause qui doit être identifiée. En somme, nous pouvons avancer deux propositions pour répondre aux questions évoquées :

144. Premièrement, concernant de manière générale la conception des droits fondamentaux dans l'UE et leur éventuelle protection duale, on peut affirmer que si une différenciation est possible, elle est loin d'être dichotomique et *a priori*. Les droits fondamentaux s'unissent autour de la personne qu'ils protègent et déterminent ainsi sa « personnalité » au sens de Jellinek. Ils ont à l'horizon la production de droits subjectifs au bénéfice de cette personne, mais leur réalisation connaît une structure complexe qui peut mêler des situations très différentes. La théorie de R. Alexy confirme ce point avec l'étude des droits fondamentaux allemands. Selon lui, les normes de droit fondamental ont un double caractère : même une norme qui a une forte similitude avec les « règles » (comme la liberté d'aller et de venir) est modulée par un aspect de principe qui s'exprime à travers les limites de cette norme (dont la concrétisation sera donc graduée et optimisée)[394]. L'identification de ces situations pour chaque droit fondamental est une démarche concrète, qui exclut alors une classification figée et préétablie. Bien que ces effets soient à établir *in concreto*, la doctrine peut apporter une explication abstraite de la structure de ces effets. C'est ce que nous tentons de faire avec notre thèse et nous pensons pouvoir poursuivre les démarches de Hohfeld et de Jellinek.

Cette clarification de la structure nous permet de préciser l'emploi de notre langage aussi, comme le mot « protéger ». Si l'on a évoqué au cours de ce chapitre de manière générale le respect et la protection des droits sociaux fondamentaux dans l'UE, la « protection » recevra un sens plus précis de l'effet à l'égard du pouvoir étatique dans le chapitre suivant, à la différence de la « garantie » qui sera des effets à l'égard des personnes privées. Nous proposons donc de définir le droit fondamental dans l'UE comme un ensemble de normes juridiques qui crée des exigences tant subjectives qu'objectives visant à construire de manière concrète la meilleure personnalité d'un sujet de droit. Cette définition ne vient pas d'une fondation substantielle, mais de l'examen structurel de la texture des droits fondamentaux. En même temps, nous pouvons remarquer qu'une telle définition rejoint en effet l'idée de dignité en tant que forme digne de vivre qui contient en soi le « libre épanouissement de la personnalité ».

145. Deuxièmement, à propos de la question technique de la distinction entre « droits » et « principes » au sens de la Charte des droits fondamentaux, notre avis est relativement clair

[394] ALEXY, Robert, *A theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 84.

au vu de la proposition précédente. Leur opposition, différente de l'opposition entre « règles » et « principes » chez R. Alexy, ne peut être constatée de manière abstraite, mais doit résulter d'un examen concret et évolutif. Si un droit fondamental reste absolument sans prescription subjective après la concrétisation, il est un « principe » au sens de la Charte. Dans les autres cas, il s'agit d'un droit. L'article 52 §5 de la Charte et les Explications correspondantes ont davantage une valeur déclarative (ou explicative). Par conséquent, il n'y a pas lieu d'y voir une opposition entre les droits civils et politiques et les droits sociaux. Nous désapprouvons donc la position susmentionnée de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire *Association de médiation sociale*[395] et considérons qu'il n'y a pas de présomption pour qualifier les droits sociaux (ou les droits du titre IV de la Charte) en « principe », à l'exception des droits qui le sont explicitement au vu des Explications.

Conclusion du Chapitre Un

146. Avec le présent chapitre, nous n'avons pas tenté de reconstituer une généalogie de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE. En revanche, partant des deux principaux moyens d'assurer leur respect, à savoir, d'une part, leur reconnaissance jurisprudentielle comme principes généraux du droit de l'UE et, d'autre part, l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, nous avons essayé d'identifier les mécanismes qui pourraient établir une hiérarchie entre les droits civils et politiques et les droits sociaux. L'histoire révèle alors sa profonde influence sur les temps présents, en raison des compromis politiques qui ont dû être adoptés pour faciliter la reconnaissance des droits sociaux.

L'argument le plus puissant reste le caractère programmatique de ces droits, qui est par ailleurs reconnu par la Charte à travers la distinction entre « droits » et « principes ». Après un examen structurel avec en même temps une approche conceptuelle du « principe » en droit de l'UE et du « droit subjectif », nous espérons avoir réussi à montrer qu'ils ne s'opposent pas de manière dichotomique et que les droits sociaux ne sont pas non plus exclusifs du concept de droit subjectif. Les théories de Hohfeld et de Jellinek ont été une aide précieuse à cet égard. En ce qui concerne le droit de l'UE, nous pensons en particulier que l'attribution des effets subjectifs aux droits sociaux fondamentaux (ou en d'autres termes, la qualification de « droit »

[395] V. supra, n°121.

au sens de la Charte) ne peut résulter d'une classification *a priori*, mais doit être établie après un examen complet et concret, « au cas par cas ». L'hésitation actuelle de la Cour de justice dans l'identification des « principes » nous confirme l'insuffisance d'une démarche *a priori*, d'une part, et nous révèle l'absence d'une méthode adéquate, d'autre part. La protection duale des droits fondamentaux n'est pas une nécessité conceptuelle, ni naturelle, mais nous devons encore préciser la méthode pour les respecter. Il faut donc maintenant aborder la méthode dite « concrétiste ».

Chapitre Deux La protection concrétiste des droits sociaux fondamentaux

Petit prince : *S'il vous plaît… dessine-moi un mouton…*

Antoine de Saint-Exupéry, *Le Petit Prince*, Chapitre 2.

147. À partir de l'exigence globale du « respect des droits fondamentaux de la personne », nous avons analysé dans le chapitre précédent l'unité conceptuelle entre différents droits fondamentaux dont les droits sociaux. Cette clarification conceptuelle nous a permis de ne pas opposer *a priori* les « droits » et « principes » au sens de la Charte des droits fondamentaux. Il reste une question : si cette classification ne peut se faire qu'avec un *travail* ou une construction, quelle serait la méthode à utiliser ? Le pilote dessinateur était bien en difficulté pour trouver le mouton idéal du petit prince. Dans ce chapitre, nous tenterons donc de préciser le sens et la méthode de la « concrétisation » que nous préconisons pour *l'application* des droits fondamentaux.

148. Nous verrons que le point de départ est toujours la différence entre l'énoncé de norme (le texte) et la norme elle-même. Pour arriver à dégager des normes, non seulement il faut employer les canons traditionnels d'interprétation, mais il y a encore d'autres exigences normatives à prendre en compte, telles que la recherche du meilleur résultat et la prise en compte d'éléments factuels. Comme en matière de libre circulation des citoyens, l'exigence du meilleur résultat confère une effectivité particulièrement grande à cette norme qui devient des droits subjectifs au profit des individus. En même temps, les exceptions ou les limites de cette norme – telles que l'exception d'ordre public –, doivent être appréciées en tenant compte d'éléments factuels tels que le comportement personnel de l'individu. Mais ce n'est qu'un exemple parmi d'autres. Dès lors, si une présentation générale de cette méthode « concrétiste » est indispensable (Section 1), il conviendra ensuite, pour rendre notre propos plus tangible, de prendre un exemple en particulier : le principe de non-discrimination en raison de l'âge (Section 2), pour l'application duquel la Cour de justice a explicitement employé le terme de « concrétiser ».

Section 1 : La méthode pour concrétiser les droits sociaux fondamentaux

149. On aurait presque envie d'écrire la « méthode » ici avec son origine grecque (μέθοδος) : le chemin traversé. Elle montre que le travail de concrétisation est à la fois un processus et un guide. En droit, la méthode de concrétisation a reçu déjà ses honneurs grâce aux travaux importants du P[r] Friedrich Müller, qui concernent d'ailleurs principalement les droits fondamentaux (allemands en l'occurrence). En nous confrontant avec cette théorie (§1), nous espérons pouvoir préciser notre propre approche qui met davantage l'accent sur l'établissement de la structure de l'effectivité des droits fondamentaux, résumé dans l'expression de « respect des droits fondamentaux » (§2).

§1. L'héritage de la théorie de F. Müller : la concrétisation comme processus normatif

150. La théorie structurante du droit (*strukturierende Rechtslehre*) de Friedrich Müller, professeur à l'université de Heidelberg, « a eu en Allemagne et dans l'espace germanophone un important retentissement »[396]. La littérature francophone sur cette théorie n'est cependant pas encore assez riche[397]. Nous présenterons donc d'abord de manière synthétique cette théorie (A), avant de la reconsidérer au regard de notre étude (B).

A. La théorie structurante du droit

151. La théorie est dénommée « structurante » et non pas « structurelle » parce qu'elle vise à souligner l'aspect actif et dynamique du processus, au lieu d'une théorie figée[398]. C'est d'ailleurs pourquoi M. Müller envisage sa théorie comme un « équipement élémentaire

---

[396] JOUANJAN, Olivier, « Présentation du traducteur », *in* MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, p. 1.

[397] Grâce aux efforts du P[r] O. Jouanjan, nous disposons notamment de la traduction précitée de la 5[e] édition de l'œuvre majeure de F. Müller (l'édition allemande atteint désormais sa 11[e] mouture et est co-écrite avec Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Band I, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Berlin, Duncker & Humblot, 2013). En outre, il existe un recueil d'articles : JOUANJAN, Olivier, et Friedrich MÜLLER, *Avant dire droit*, Laval, Presses de l'Université Laval, 2007 ; et des présentations succinctes, v. notamment LEBEN, Charles, « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », *Droits,* 2/2011 (n° 54), p. 49-80 ; SAMSON, Mélanie, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique », *Lex Electronica* (Université de Montréal), 2009, n°14, pp. 1-19, disponible à http://www.lex-electronica.org/docs/articles_234.pdf. En anglais, on peut consulter surtout MÜLLER, Friedrich, « Basic Questions of Constitutional Concretisation », *Stellenbosch Law Review*, 1999, p. 269.

[398] MÜLLER, Friedrich, « Basic Questions of Constitutional Concretisation », *op.cit.*, p. 269, spéc., p. 272.

nécessaire aux diverses modalités du travail juridique » (*Grundausstattung des Instrumentariums juristischer Arbeitsweise*)[399], au sein duquel le *travail du juriste* est mis en valeur[400]. Bien que très centrée sur l'aspect « pratique » de l'activité juridique[401], nous pensons pouvoir présenter la théorie en fonction successivement de son aspect statique (1) qui a trait à la théorie de la connaissance juridique, et de son aspect dynamique (2) qui est la concrétisation à proprement parler.

1. L'aspect statique de la théorie structurante : « les mots et les choses »

152. Pour arriver à décrire et à expliquer le travail juridique, F. Müller doit d'abord poser les éléments de la connaissance juridique, dont deux fondamentaux : la norme et les faits.

153. Concernant les normes, on retrouve une caractéristique que nous avons déjà évoquée au premier chapitre : F. Müller fait également la distinction entre norme et texte de norme (ou énoncé de norme, *Normtext*). Selon lui, « le texte de norme est un énoncé linguistique, un texte dans l'élément du langage comme tout autre texte de nature non-normative »[402]. Par conséquent, la normativité ne provient pas du texte lui-même. Il y a toutefois une différence majeure entre Müller et les théoriciens précédemment mentionnés (Hohfeld, Jellinek, ou Alexy) : il ne considère pas que la raison de cette différence réside dans l'ambiguïté du langage. Par conséquent, ce n'est pas en clarifiant l'usage des termes (comme chez Hohfeld) ou en précisant les différents types de statut (comme chez Jellinek) que l'on obtiendra la vraie norme. Pour Müller, l'analyse linguistique est insuffisante en soi. Il prend l'exemple du droit coutumier et considère que ce droit, dont la normativité n'est pas mise en cause, ne repose sur aucun texte[403].

---

[399] MÜLLER, Friedrich, et Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Band I, *op. cit.*, p. 8 (préface de la 10e édition) ; et p. 34. Dans la suite de notre étude, quand il n'y a pas de différence majeure, nous utiliserons de préférence la traduction française de la 5e édition. Par exemple, pour cette citation, v. MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, p. 36.

[400] *Ibid.*, p. 227 : « Pour la théorie structurante du droit, ce ne sont pas les normes ni leurs textes, ce ne sont pas davantage les instructions méthodologiques qui résolvent une question de droit. Ce sont les juristes, en tant qu'ils agissent, qui suivant le fil directeur des textes de normes et les limites qu'ils imposent dans un État de droit, décident, justifient, communiquent et, le cas échéant, engagent l'exécution concrète de la norme-décision. » V. aussi, p. 294.

[401] L'auteur réclame d'ailleurs clairement l'ancrage de cette théorie dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, v. *Ibid.*, p. 52.

[402] *Ibid.*, p. 168.

[403] *Ibid*., p. 170.

Une autre considération vient de la théorie communicationnelle : une théorie qui reprend toujours l'idée de l'enfermement d'un sens par un texte ignorerait la spécificité du texte juridique. Car le législateur (l'émetteur du sens) est obligé d'éviter une détermination totale du texte de norme, pour qu'il soit applicable à des cas ultérieurs[404]. La critique de la théorie traditionnelle de norme s'accompagne donc de la critique du langage réalisé à travers le *tournant pragmatique*. Comme la nouvelle linguistique s'intéresse à l'action langagière et à son usage pratique plutôt qu'à une entité fixe (comme la signification), la théorie de la norme juridique constate aussi l'écart entre les textes et les normes et ne présente plus les premiers comme une « grandeur fixe » que les outils linguistiques permettent d'interpréter[405].

155. Une comparaison avec certaines théories positivistes de l'interprétation nous permettra de voir plus clairement la particularité de la théorie de Müller. Dans la *Théorie pure du droit*, Kelsen décrivait aussi l'interprétation[406] comme un « processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur »[407]. Simplement, la nature de ce processus est analysée en termes d'acte de connaissance ou d'acte de volonté. Lorsque l'indétermination sémantique d'un texte juridique est incontestable, l'acte de connaissance permet de présenter les différents choix possibles[408] et l'acte de volonté créera du droit en effectuant un choix[409]. Le texte juridique et le résultat de l'interprétation étant tous les deux des « normes » chez Kelsen (la différence est dans la place hiérarchique de chacune), il n'y a pas de place pour un travail en dehors des données textuelles. Au-delà de ces dernières, il n'y a que la discrétion de l'interprète authentique.

156. La variante réaliste défendue par le P^r^ Michel Troper ne fait qu'accentuer la place de la discrétion. En effet, critiquant Kelsen qui fait d'une « norme » l'objet d'interprétation, le P^r^ Troper souligne la différence entre un énoncé qui est à interpréter et une norme qui est la signification d'un acte de volonté : « Si interpréter c'est déterminer la signification de quelque chose, la norme ne peut être objet d'interprétation. »[410] La norme n'est donc pas créée *conformément à* une *norme supérieure*, mais devient le résultat de l'interprétation d'un énoncé.

---

[404] *Ibid.*, p. 179.
[405] *Ibid.*, p. 181.
[406] Pour une présentation plus moderne, v. PFERSMANN, Otto, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », *in* TROPER, Michel, et Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel* (Tome 2. Distribution des pouvoirs), Dalloz, 2012, pp. 483-528.
[407] KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2^e^ éd. traduite par Charles Eisenmann, LGDJ-Bruylant, 1999, p. 335.
[408] *Ibid.*, pp. 337-338.
[409] *Ibid.*, p. 340.
[410] TROPER, Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, p. 87.

Par conséquent, l'organe d'application du droit crée et fonde le droit par son autorité qui « est toujours un simple *fait* »[411]. Nous retrouvons donc le recours au critère sociologique dans la fondation positiviste du droit telle que nous l'avons examiné dans le chapitre introductif[412]. Surtout, l'application du droit comporte désormais le potentiel de devenir un décisionnisme, si cette autorité ne fait attention qu'à sa propre volonté. C'est sans doute pourquoi F. Müller lui-même a insisté sur sa différence avec les théories positivistes de l'interprétation[413]. Dans la perspective de Müller, s'il y a bien une « non-identité » (*Nichtidentität*) entre texte de norme (ou énoncé) et norme, ce n'est pas un acte de volonté seul qui est entre les deux. Qu'est-ce qui les sépare alors ?

157. C'est là où l'on trouve la place des faits ou de la réalité sociale. F. Müller remarque d'abord leur emploi fréquent dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, où la « nature des choses » est souvent considérée comme devant être prise en compte par la législation[414]. Les droits fondamentaux, quant à eux, « se révèlent être, dans la pratique, des prescriptions particulièrement fortement déterminés par les aspects factuels »[415]. La conformité de la réclusion criminelle à perpétuité avec la dignité humaine n'est déterminable qu'au regard d'un ensemble de « données réelles ». Du point de vue théorique, Müller voit dans ces données l'aspect socio-politique de la norme qui fait défaut à la compréhension uniquement linguistique d'un texte[416]. Il va jusqu'à écrire qu' « [u]ne norme juridique ne dépend pas, dans son obligatoriété, de la compréhension, de l'approbation ou de la connaissance qui émanerait de la part de ses destinataires directs. Elle se détermine, dans sa normativité, par la possibilité de pouvoir être factuellement mise en œuvre »[417]. On aura l'occasion de revenir sur cet aspect quelque peu radical de la théorie de Müller qui fait une place très grande aux données réelles. Il nous semble que l'interprétation linguistique (la théorie traditionnelle) et la prise en compte de la réalité (la proposition de Müller) devraient constituer davantage des méthodes complémentaires de concrétisation[418]. Lorsque par une analyse textuelle nous arrivons déjà à déterminer une grande partie de la norme à appliquer, les éléments factuels tiendront alors une

---

411 *Ibid.*, p. 94.
412 V. supra, n° 21 et s.
413 Sur ce point, il faudrait consulter plutôt l'édition allemande, MÜLLER, Friedrich, et Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, *op. cit.*, p. 201 et s.
414 MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 61 et s.
415 *Ibid.*, p. 66.
416 *Ibid.*, p. 169.
417 *Ibid.*, p. 170.
418 Une critique similaire a déjà été formulée par l'éminent et controversé civiliste Karl LARENZ, v. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1995, 6e éd., p. 133 et s.

place moins grande. La concrétisation se divise alors en une concrétisation *programmatique* et une concrétisation *circonstancielle*, cette distinction étant elle-même une analyse concrète en fonction de la norme en cause. Remarquons aussi que Müller lui-même ne considère pas les données réelles comme normatives (ni les textes)[419]. Mais « le texte de norme et la réalité sociale sont structurellement liés entre eux dans la norme juridique. »[420] Il n'y a que le *travail* qui peut les réunir et les rendre *ensemble* normatifs : c'est alors la construction dynamique de la norme.

2. L'aspect dynamique de la théorie structurante : une théorie constructiviste

158. Deux types de résultats normatifs peuvent être obtenus par ce travail : « la norme juridique [*Rechtsnorm*], en tant que résultat intermédiaire formulé en termes généraux ; la norme-décision [*Entscheidungsnorm*], en tant que détermination obligatoire du cas individuel »[421]. Mais comment procéder à ce travail ?

Selon Müller, un processus peut-être mis en place, et c'est lui que l'on doit nommer la « normativité »[422]. Voyons donc de plus près son déroulement décrit par Müller : « Le travailleur du droit part des *circonstances de l'espèce*, telles qu'elles se présentent ou qu'il les a imaginées, et sélectionne à l'aide de ses caractéristiques les *hypothèses de textes de normes* qu'il considère convenir au sein de la masse des textes du "droit en vigueur" (…). Il en vient ensuite aux *champs factuels* des normes juridiques supposées appropriées à travers le choix des hypothèses textuelles. Puis, pour des raisons d'économies de travail, il réunit ces champs factuels aux *champs d'espèce* avant d'élaborer le *programme normatif* par le moyen de l'interprétation des données linguistiques. À l'aide de ce programme, il sélectionne au sein du champ d'espèce ou du champ factuel, la portion des faits qui sont normativement efficients, *le champ normatif*. Dans la dernière partie de ce travail, il individualise la *norme juridique* ainsi établie en une *norme-décision*. »[423] Condensés dans ce passage, les procédés et concepts nécessaires à la concrétisation sont étudiés tout au long de l'ouvrage de Müller. Pour expliquer davantage ce processus, on peut dire que c'est toujours un « va-et-vient » continu entre le texte et les faits. Mais l'interprétation traditionnelle a uniquement la fonction d'élaborer le

[419] V. plus de détails dans MÜLLER, Friedrich, et Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, *op. cit.*, p. 105.
[420] MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 46 : « Aucune des données de départ du travail juridique (texte de norme, circonstances de l'espèce) n'est normative. » V. aussi, p. 190.
[421] *Ibid.*, p. 46.
[422] *Ibid.*, p. 187 : « la *normativité* (…) n'est pas une *propriété* des textes. (…) elle est un *processus structuré*. »
[423] *Ibid.*, p. 226.

« programme normatif »[424] qui veut dire l'ensemble des données linguistiques pertinentes et travaillées afin d'éclairer les faits. Le champ normatif, quant à lui, est tiré du champ factuel et veut dire les faits pertinents au regard du texte de norme. Le champ normatif reste donc factuel et consiste en une sélection des faits aussi. Ces faits ne sont pas pertinents au regard du texte de norme, mais en fonction du « programme normatif »[425]. Ce « va-et-vient » entre texte et faits peut donc être décrit de la manière suivante : 1) à partir des faits, choisir des textes pertinents ; 2) élaboration du programme normatif à partir des textes choisis ; 3) à partir du programme normatif, choisir les faits pertinents qui constituent le champ normatif ; 4) élaboration de la norme ou norme-décision avec le programme et le champ normatifs[426]. On voit donc clairement que « [la méthode structurante] place au même rang les éléments du programme normatif et ceux du champ normatif. »[427] C'est donc un refus méthodologique et épistémologique du positivisme juridique à la kelsénienne qui oppose l'être et le devoir-être[428].

159. Avec la clarification de ce processus dynamique, la méthodologie de la concrétisation n'est cependant pas encore complète. Il convient de s'intéresser aux « éléments » de ce processus que Müller classe en cinq catégories : les règles d'interprétation (à la fois traditionnelles et nouvelles) ; les éléments empiriques (comme la prise en compte d'autres sciences sociales, non pas comme des « sciences auxiliaires », mais comme des « synthèses partielles ») ; les éléments dogmatiques (la jurisprudence et la doctrine pertinentes) ; les éléments théoriques (la précompréhension déterminant l'horizon de l'interprétation) ; et les éléments de politique (dont l'utilisation est cependant clairement limitée dans des buts « de comparaison, de délimitation et de clarification »[429]). Compte tenu du cadre de notre étude, il est impossible de les présenter davantage ici. Ce serait d'ailleurs plus utile de les développer au regard du droit de l'UE. Pour ne prendre qu'un exemple, dans la première catégorie (les règles d'interprétation), Müller discute aussi des « canons » classiques d'interprétation. Nous aurons

---

[424] *Ibid.*, p. 190 : « Ce n'est qu'à partir du travail (*Bearbeitung*) fait sur le texte de norme, et plus encore : : à partir du traitement (*Verarbeitung*) de l'ensemble des données linguistiques que le travailleur du droit (*Rechtsarbeiter*) extrait le programme normatif, ce que l'interprétation traditionnelle entend par "commandement juridique". »
[425] *Ibid.*, p. 195 et s.
[426] V. le schéma plus complexe proposé par Lothar H. Fohmann reproduit dans *Ibid.*, p. 228.
[427] *Ibid.*, p. 234.
[428] V. les explications de Müller lui-même dans la section intitulée « être et devoir-être », *Ibid.*, pp. 105-108. Nous n'entrons plus dans les détails de cette discussion, car cela nous éloignerait beaucoup de l'aspect méthodologique pour entrer dans la dimension épistémologique. Remarquons déjà que la critique de Müller du positivisme normativiste est globale. Ce n'est pas seulement l'opposition entre *Sein* et *Sollen* qui est mise en cause, mais aussi la compréhension même de la normativité. De son point de vue, il critique à juste titre la confusion entre « texte de norme » et « norme » chez Kelsen et montre la conséquence de cette confusion : l'identité entre « validité » et « signification ». (Sur cette question, v. *Juristische Methodik*, *op. cit.*, 2013, p. 201 et s.)
[429] *Ibid.*, pour l'ensemble de ces éléments, v. *Ibid.*, pp. 238-318.

aussi l'occasion d'étudier de plus près l'activité du juge de l'UE[430]. À présent, il convient de s'intéresser à son adaptation au droit de l'UE en général.

B. La « concrétisation » vue à travers le droit de l'UE

160. S'il n'est pas douteux que le droit de l'UE pratique sans cesse la « concrétisation » en matière de droits sociaux fondamentaux (1), nous devons encore circonscrire le rôle des faits par rapport à la théorie de F. Müller (2).

1. Une concrétisation principalement « programmatique »

161. Pour entamer son analyse de la « concrétisation » en droit constitutionnel allemand, F. Müller s'appuie sur l'emploi de l'expression de « nature des choses » par la Cour constitutionnelle fédérale[431]. En droit de l'UE, si les faits sont loin d'être négligés, ils ne nous paraissent pourtant pas comme le centre du travail de concrétisation. La caractéristique principale du droit de l'UE est la pluralité de niveaux en matière de sources juridiques. Du droit primaire au droit national qui met en œuvre le droit de l'UE, en passant par le droit dérivé, on voit une série de normes qui deviennent de plus en plus concrètes et précises. Nous voyons par exemple la Cour de justice présenter une directive comme la concrétisation d'un principe général[432], ou encore les dispositions nationales comme la concrétisation d'une directive[433]. Des avocats généraux adhèrent aussi à une telle acception du terme[434]. Le travail de la Cour de Luxembourg est un autre exemple typique. Étant donné la compétence de la Cour[435], une grande partie de son travail (à savoir le traitement des renvois préjudiciels) consiste à « concrétiser » sur le plan normatif le droit de l'UE.

Une telle configuration fait que la « concrétisation » en droit de l'UE est plutôt proche de l'élaboration du « programme normatif » au sens de Müller. Un autre facteur qui contribue

---

[430] V. infra, n° 504 et s.
[431] *Ibid.*, p. 61.
[432] CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-185/12, §43. Il s'agit d'une affaire d'extradition.
[433] CJCE, 6 avril 2006, *Commission c. Autriche*, C-428/04, §84. Il s'agit de la transposition de la directive 89/391 concernant l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.
[434] V. les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire Prigge (C-447/09) présentées le 19 mai 2011, §24 (sur le principe général de non-discrimination fondée sur l'âge) ; les conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez* (C-282/10) présentées le 8 septembre 2011, §144 et s. (droit à des congés annuels payés.)
[435] Notamment lorsqu'elle est saisie par un renvoi préjudiciel. Elle ne fait alors qu'interpréter les traités et le droit dérivé. V. l'article 267 du TFUE.

à une telle tendance est la doctrine de l'effet utile. De manière schématique[436], l'exigence d'effet utile impose une obligation aux États membres de respecter dans la mesure du possible ou par tout moyen le droit de l'UE. L'évaluation du « possible » est cependant soumise à la précision du droit de l'UE. La Cour de justice s'emploie alors régulièrement à clarifier la structure d'une norme pour que les obligations étatiques soient claires. On peut prendre l'exemple de l'égalité de rémunérations entre hommes et femmes, qui, d'après l'article 119 du Traité de Rome, était seulement réservée aux travailleurs effectuant le « même travail ». La Cour de justice, en se référant à la Convention n°100 de l'OIT, étendit son champ d'application au travail « de valeur égale »[437].

162. Bref, nous voyons donc deux directions de la concrétisation en droit de l'UE : d'abord, le développement par les législateurs et le juge de la structure d'une norme ; ensuite, la recherche de la meilleure effectivité optimale d'une norme. L'examen de la structure contribue à renforcer cette effectivité ; en même temps, la recherche de l'effectivité pousse le juge à préciser la structure d'une norme. Partant de ce constat, deux remarques s'imposent :

En premier lieu, la recherche de la meilleure effectivité peut correspondre à l'obtention du meilleur résultat qui est une caractéristique des principes, et en particulier des droits fondamentaux, comme nous l'avons évoqué dans le premier chapitre. La « concrétisation » est donc d'autant plus importante en matière de droits fondamentaux qu'ils présentent un caractère « principiel ». Une telle « concrétisation » n'est pas encore conditionnée par les faits, mais reste au niveau de « programme normatif » : lorsque nous étudions la concrétisation du droit à des congés annuels payés (art. 31, §2 de la Charte), il faut d'une part identifier sa propre structure (l'existence d'une concrétisation par le législateur européen à travers le droit dérivé, soit la directive 2003/88) et, d'autre part, préciser sa meilleure effectivité (par exemple l'existence ou non de l'effet direct horizontal). Le premier aspect est spécifique à chaque droit fondamental, tandis que les catégories de l'effectivité peuvent être décrites de manière générale pour tous les droits (sociaux) fondamentaux. En passant des effets subjectifs aux effets objectifs de ces droits, notre thèse essaie précisément de donner des outils pour la concrétisation de cette effectivité.

En second lieu, la recherche de cette effectivité ne peut être entièrement déterminée par l'élaboration de la structure *a priori* de la norme, ou par le seul examen du « programme

[436] Une étude détaillée sera effectuée lorsque l'on abordera l'effet direct horizontal des droits sociaux fondamentaux. V. infra, n° 319 et s.
[437] CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne (II)*, §20.

normatif ». On retrouve dès lors les éléments factuels qui constituent un autre niveau de concrétisation de la norme en cause. C'est ainsi que, quand un État membre limite le droit de séjour d'un travailleur ou d'un citoyen européen au nom de l'ordre public, l'application de cette exception ne peut être uniquement déterminée à partir des données textuelles. Comme la Cour a eu l'occasion de le préciser, il faut que le comportement à l'origine de la limite « constitue une menace réelle et suffisamment grave » (on peut y ajouter le caractère actuel) et qu'il soit « individuel »[438]. Les deux niveaux de concrétisation sont par ailleurs très clairs pour les citoyens européens : l'article 21, §1 du TFUE dispose que « [t]out citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *sous réserve des limitations prévues par les traités et par les dispositions prises pour son application* ». (Nous soulignons.) On trouve donc le premier niveau de concrétisation (programmatique) dans l'article 27 de la directive 2004/38 qui détaille les conditions d'application de l'exception d'ordre public. Mais il faut encore l'analyse des faits individuels et concrets par le juge pour veiller notamment au contrôle de proportionnalité[439]. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette discussion de manière plus détaillée[440]. Pour l'heure, il nous est simplement utile de souligner que ce n'est pas le seul endroit où la Cour mobilise des données factuelles pour concrétiser un droit fondamental. Nous verrons que le législateur, lorsqu'il établit des normes de droits fondamentaux, peut aussi être tenu de prendre en compte des données factuelles dans la procédure législative[441]. Est-ce à dire que nous avons donc une même conception de

[438] CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75.

[439] Les arrêts sont abondants dans ce sens. Pour des exemples récents, v. CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, C-145/09 ; CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14 ; CJUE, 13 septembre 2016, *CS*, C-304/14. Dans cette dernière affaire qui concerne le droit de séjour de la mère délinquante (ressortissante d'État tiers) d'un citoyen européen, la Cour considère que « dès lors que la décision d'expulsion est fondée sur l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour l'ordre public ou la sécurité publique, compte tenu des infractions pénales commises par un ressortissant d'un État tiers ayant la garde exclusive d'enfants, citoyens de l'Union, une telle décision pourrait être conforme au droit de l'Union. En revanche, cette conclusion ne saurait être tirée de manière automatique sur la seule base des antécédents pénaux de l'intéressé. Elle ne saurait découler, le cas échéant, que d'*une appréciation concrète, par le juge national, de l'ensemble des circonstances actuelles et pertinentes de l'espèce, à la lumière du principe de proportionnalité, de l'intérêt supérieur de l'enfant et des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect*. Cette appréciation doit ainsi notamment prendre en considération le comportement personnel de l'individu concerné, la durée et le caractère légal du séjour de l'intéressé sur le territoire de l'État membre concerné, la nature et la gravité de l'infraction commise, le degré de dangerosité actuel de l'intéressé pour la société, l'âge de l'enfant en cause et son état de santé, ainsi que sa situation familiale et économique. » (§§40-42, nous soulignons. Il est vrai que ce n'est pas l'article 27 de la directive qui est directement en cause en l'espèce. Mais l'expulsion d'un citoyen européen ne peut qu'être plus stricte. Nous avons donc reproduit ces paragraphes en raison de leur richesse d'analyse.)

[440] V. infra, n° 553 et s.

[441] V. infra, n° 467 et s. pour un exemple en droit allemande et n° 471 et s. pour le droit de l'UE.

« concrétisation » et de « normativité » avec F. Müller ? C'est la question qu'il convient de clarifier à présent.

2. La normativité des faits ?

163. Poser la question ainsi, de plus dans un sous-paragraphe, serait en effet trop prétentieuse et impertinente, bien que fondamentalement ce soit l'enjeu. Nous pouvons la reformuler sous forme de deux questions plus précises : d'abord, dans la mesure où l'on invoque à la fois les théories de R. Alexy et de F. Müller, y aurait-il une incompatibilité théorique qui remettrait en cause alors notre analyse ? Ensuite, quels sont les éléments que nous retenons de chacune de ces théories pour fonder notre propre analyse ? Nous commencerons donc par préciser les divergences entre R. Alexy et F. Müller (a), avant de présenter notre propre défense du statut des faits (b).

a. Les divergences entre R. Alexy et F. Müller

164. Pour la question de la compatibilité théorique, il faut bien reconnaître que les deux auteurs ont une différence fondamentale. Alexy explique clairement que « *[the theory of F. Müller] is not compatible with the semantic theory of norms which formed the starting-point for our understanding of the constitutional rights norm* »[442]. Bien que les deux auteurs reconnaissent la distinction entre énoncé de norme et norme elle-même[443], il suffit chez Alexy de reformuler l'énoncé dans un mode déontique pour que la norme juridique soit identifiée, alors que chez Müller, cette opération de reformulation (ou plus largement d'interprétation linguistique) ne peut donner que le « programme normatif ». Il est vrai que chez Alexy il n'y a pas de place pour les éléments factuels dans la définition de la norme, même s'il reconnaît que les éléments factuels peuvent constituer des raisons pour former une norme[444]. C'est pourquoi la « concrétisation » n'a pas une portée importante dans sa théorie. En ce sens, il reste bien dans la tradition positiviste (ou positiviste-analytique comme il la nomme lui-même[445]). La critique

[442] ALEXY, Robert, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 39.
[443] On se souvient que chez Alexy la théorie sémantique de la norme juridique veut dire que toute norme s'exprime avec un mode déontique, ce qui n'est pas le cas d'un énoncé de norme. Chez Müller, le texte de norme n'est que la première donnée linguistique sur la norme finale.
[444] ALEXY, Robert, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 41.
[445] *Ibid.*, p. 18 : « *Without a conceptual-systematic exposition of law, jurisprudence is not possible as a rational enterprise. (…) In this sense, the structural theory propounded here stands in the great analytical tradition of conceptual jurisprudence.* » Il faut toutefois nuancer cette affirmation, puisque R. Alexy reconnaît parfaitement que la seule méthode analytique et logique n'est pas suffisante. Mais dans la mesure où la seule étude juridiquement analytique livre déjà une thèse originale et qu'elle évite ainsi toutes les discussions sur la rhétorique politique ou

qu'il adresse à Müller est justement la confusion entre la norme et la raison de la norme. De son côté, F. Müller défend ses thèses et reproche à Alexy de négliger le processus complexe du travail juridique qui ne consiste pas simplement en une analyse sémantique[446].

165. À notre avis, la divergence entre les deux théories est à la fois plus petite et plus grande que la simple nature sémantique ou non d'une norme. Plus petite, parce que les deux auteurs reconnaissent bien les éléments textuels et factuels pour la détermination d'une norme, simplement, Alexy voit dans ses derniers éléments des raisons « extérieures » à la normativité, alors que Müller leur donne une place égale face aux premiers dans la norme. C'est ici aussi où la divergence peut être vue comme plus grande, car c'est la compréhension de la « normativité » même qui se trouve affectée. Dans l'argumentation d'Alexy, la normativité est conçue de manière assez traditionnelle (au sens de la tradition positiviste) comme la validité d'une disposition juridique, bien qu'il ne prenne pas position sur les critères mêmes de cette validité[447]. Toutefois, on voit bien que cette apparente objectivité n'arrive pas à répondre clairement sur le statut des faits dans la norme. À part la clarté de l'argumentation, Alexy ne donne pas davantage de raisons sur le traitement réservé aux faits. En revanche, F. Müller conçoit la « normativité » non pas comme la validité d'une norme, mais son sens réel à l'œuvre, sa signification[448]. Bref, il convient de faire attention ici à deux modèles de « normativité » qui sont présents : l'un concerne l'existence de la norme (est-ce du droit ?) et l'autre concerne le fonctionnement de la norme (que fait ce droit ?). Ou, avec nos termes, l'un concerne la fondation et l'autre application, et nous avons déjà dit dans l'introduction que ces deux aspects ne sont pas à séparer dans une théorie globale du droit. Ici aussi, les deux doivent être considérés en tant que telles et finalement conciliées. Simplement, on peut dire que les critiques que les P^rs^ Müller et Alexy s'adressent réciproquement ne se situent pas au même niveau et leur

---

la *Weltanschauung*, il a décidé de ne suivre que cette méthode. A vrai dire, si l'on met de côté un instant sa théorie de la norme juridique, la philosophie du droit et des droits de l'homme d'Alexy est assez éloignée du positivisme, puisqu'il considère qu'il existe bien des éléments absolus, objectifs et moraux en droit, surtout quand on pense aux droits de l'homme. V. ALEXY, Robert, « Law, Morality, and the Existence of Human Rights », *Ratio Juris*, vol. 25, N°1, Mars 2012, pp. 2-14.

446 MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 207.

447 ALEXY, Robert, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 27 : « *The formal structure of the core of various theories of validity can be simplified and expressed as follows: when in respect of norm N the criteria* $C_1, \ldots C_n$ *apply, then norm N is valid. The various theories of validity can be distinguished by the criteria they adopt.* » La théorie de Kelsen se trouve ensuite dans la liste des théories de validité citées par Alexy.

448 MÜLLER, Friedrich, et Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, *op. cit.*, 2013, p. 202 : « *Die von der Strukturierenden Rechtslehre ausgearbeitete Trennung verteilt die Probleme dagegen zunächst auf der Zeitachse: Geltung des Normtextes liegt am Anfang, Bedeutung als Ausfüllung des Textformulars (Normativität) am Ende. Dazwischen liegt ein Handeln des Rechtsarbeiters, das an Legitimitätsmaßstäben überprüft werden muß.* »

divergence reste donc difficilement soluble. Quelle serait alors notre position sur ce sujet et en particulier sur le statut des faits ?

b. L'élément factuel dans l'application concrétiste

166. D'un point de vue méthodologique, nous avons déjà montré notre accord avec F. Müller sur le processus de concrétisation qui fait une place certaine aux faits, comme la jurisprudence de la Cour de justice nous le montre clairement. Quant au point de vue théorique, il nous est difficile de donner une analyse détaillée, mais on peut emprunter certains arguments célèbres pour décrire de manière schématique notre position.

Si l'on considère en même temps les deux aspects de la normativité, sa fondation et son application relèvent toutes de la raison pratique au sens philosophique du terme, à savoir une finalité qui tend vers le bien. Ce bien, ou dans le contexte juridique le système de valeurs rationnellement justifié et incarné par l'ordre constitutionnel, fonde donc matériellement la normativité d'autres dispositions juridiques et diffuse cette normativité dans le travail même de description des faits. Autrement dit, la normativité n'est certes pas dans les faits, car ultimement elle est de l'ordre d'une justification morale rationnelle[449] ; mais elle n'exclut pas les faits, parce qu'en saisissant un fait, en le sélectionnant, l'analysant et le qualifiant, nous mobilisons déjà notre raison pratique, ou des jugements de valeur[450].

167. Le P[r] Alain Renaut a récemment formulé de manière synthétique une approche similaire dans sa « philosophie appliquée »[451]. Entendons-nous bien, ce n'est pas exactement une philosophie du droit. Mais une comparaison est possible lorsqu'il discute des rôles

---

[449] V. dans ce sens, FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, OUP, 2011, 2[e] éd., pp. 14-15 : « *If there is a point of view in which legal obligation is treated as at least presumptively a moral obligation (and thus as of 'great importance', to be maintained 'against the drive of strong passions' and 'at the cost of sacrificing considerable personal interest'), a viewpoint in which the establishment and maintenance of legal as distinct from discretionary or statically customary order is regarded as a moral ideal if not a compelling demand of justice, then such a viewpoint will constitute the central case of the legal viewpoint. For only in such a viewpoint is it a matter of overriding importance that law as distinct from other forms of social order should come into being, and thus become an object of the theorist's description. But the term 'moral' is of somewhat uncertain connotation. So it is preferable to frame our conclusion in terms of practical reasonableness.* »

[450] Pour une analyse qui vise les sciences sociales en général, STRAUSS, Leo, *Natural Right and History*, Chicago, Chicago University Press, 1953, p. 55 : « *Social science could avoid value judgments only by keeping strictly within the limits of a purely historical or 'interpretive' approach. (...) it penalizes every critical attitude; taken by itself, it deprives social science of every possible value. The self-interpretation of a blundering general cannot be accepted by the political historian, and the self-interpretation of a silly rhymer cannot be accepted by the historian of literature.* »

[451] RENAUT, Alain, *L'injustifiable et l'extrême. Manifeste pour une philosophie appliquée*, Paris, Ed. Le Pommier, 2015.

respectifs des « principes » et des « contextes particuliers » dans la détermination d'une action raisonnable. Les « principes » seraient pour nous les énoncés, voire les « programmes normatifs » et les « contextes particuliers » les faits. Pour lui qui part de « la situation extrême », l'« extrême » constitue *à la fois* une catégorie (simplement au sens de concept de la réflexion pratique) *descriptive et normative*[452]. Elle est bien descriptive, parce qu'elle sert à identifier des situations factuelles, mais elle est en même temps normative, car « elle pointe une double dimension de devoir-être qu'il appelle, autour de ce qui doit y être compris ou éclairé et de ce qui doit être transformé pour le rendre plus conforme aux exigences de l'humain »[453]. Bref, les faits ne sont pas en soi normatifs, mais ils interpellent la raison pratique dans leur rencontre et portent ainsi des catégories normatives. C'est ainsi que « la philosophie appliquée » consiste à « partir de ce que le monde a de plus spécifiquement injuste pour construire à travers des contextes d'injustice globale *non plus une quelconque théorie générale*, mais des questions de justice globale. Ces questions engagent *des dimensions d'injustice ancrées dans des contextes particuliers, mais évaluées selon des repères normatifs* dont rien n'oblige à considérer qu'ils devraient, eux aussi, se trouver liés à un contexte et relativisés aux données de ceux-ci »[454].

168. Pour revenir sur notre point de départ, il s'agit alors de dire que l'« application » des droits (sociaux) fondamentaux qui sont fondés ultimement par la dignité humaine ne peut non plus s'appuyer sur une théorie abstraite de la dignité, mais doit concrétiser leur normativité au regard des faits. Pour dire clairement notre position théorique à l'égard de R. Alexy et de F. Müller, notre théorie des droits fondamentaux, ou plus spécifiquement notre compréhension de la « concrétisation », ne donne pas une normativité aux faits en soi, mais demande leur prise en compte dans une étape approfondie de la concrétisation. Toutes les normes juridiques ne nécessitent cependant pas une telle étape. C'est pourquoi notre thèse est plus proche de Müller, tout en lui reprochant d'avoir donné une trop grande place aux faits. Dès lors, l'incompatibilité des théories de R. Alexy et de F. Müller ne devrait pas affecter notre analyse, dans la mesure où leurs positions théoriques ne sont pas entièrement partagées par notre thèse.

169. Avec cette précision relativement longue sur le point de vue théorique, il nous est plus facile de répondre à la question de savoir ce que nous retiendrons de R. Alexy et de F. Müller pour notre propre analyse des droits sociaux fondamentaux.

---

[452] *Ibid.*, p. 38, p. 57 et s.
[453] *Ibid.*, p. 58.
[454] *Ibid.*, p. 39. (Nous soulignons.)

Tout d'abord, le point que nous partageons tous est la différence entre les données textuelles et la norme qui en résulte. Cela confirme donc d'un point de vue normatif le résultat auquel on est arrivé par la clarification des concepts de « droits » et de « principes » : on ne peut déterminer cette classification à partir de la rédaction de la Charte. C'est la norme qui la détermine.

Ensuite, pour obtenir cette « norme de droit fondamental », il faut, comme le suggère F. Müller, procéder à la concrétisation. À notre avis, cette concrétisation a deux composantes : une concrétisation programmatique par l'analyse de la structure même de la norme, et une concrétisation circonstancielle qui s'appuie sur des faits. La concrétisation programmatique contient encore une certaine généralité, dans la mesure où l'on peut imaginer une structure commune des droits fondamentaux. Elle peut aussi être assurée tant par le législateur que par le juge, comme nous le montrent le droit dérivé et les droits nationaux dans l'UE. Mais il existe aussi une structure propre à chaque droit fondamental, et les éléments factuels contribuent aussi à la formation de ces catégories normatives.

Enfin, cette concrétisation a pour but de réaliser l'effectivité optimale de la norme si elle a un aspect « principiel » au sens de R. Alexy. La création de droits subjectifs n'est pas exclue *a priori*, mais est déterminée par le processus de concrétisation. C'est pourquoi nous ne pouvons classer les droits et les principes qu'à l'issue de l'examen de chaque cas précis. Nous avons passé maintenant l'étape théorique de la présentation de la concrétisation et nous allons essayer de dégager la concrétisation programmatique générale des droits sociaux fondamentaux dans le paragraphe suivant.

§2. La concrétisation programmatique générale des droits sociaux fondamentaux

170. Rappelons d'abord que la concrétisation programmatique consiste à étudier la structure d'une norme de droit fondamental sans prendre en compte des données factuelles (donc à partir d'énoncés jurisprudentiels de principe ou de dispositions textuelles comme celles dans la Charte des droits fondamentaux). Elle est soit générale, si elle vise la structure commune des droits fondamentaux, soit particulière, si elle prend pour objet un droit déterminé.

Quels sont alors les concepts utiles pour la concrétisation programmatique ? Nous avons vu que l'une des grandes questions est la production ou non d'effets subjectifs par un droit (en

particulier social). Il s'agit alors de son effectivité (A). Dans le sens inverse, la limitation des droits fondamentaux constitue un autre sujet majeur (B).

A. Les catégories relatives à l'effectivité des droits fondamentaux

171. Comme nous l'avons déjà dit, les droits fondamentaux, en particulier les droits sociaux fondamentaux, ont vocation à atteindre la meilleure construction de la personnalité de leur titulaire en raison de leur caractère principiel. À propos de cette effectivité, nous voyons intuitivement que l'existence d'un droit subjectif ou non constitue une distinction, de même que les effets sur les personnes privées ou non. Il serait donc tentant de penser à une *échelle* de l'effectivité comme le fait le P[r] Alexy (1). En même temps, la concrétisation par échelle ou par degré ne nous renseigne pas sur les types de relation entre les personnes soumises au respect des droits fondamentaux. Une concrétisation relationnelle est donc à prendre en compte et elle sera notre cadre d'analyse (2).

1. La concrétisation par échelle d'effectivité

172. Dans son analyse des droits sociaux fondamentaux, ou plus exactement, des droits aux prestations de nature financière (*Leistungsrechte*) en droit allemand, R. Alexy les définit d'abord comme « des droits des individus à l'égard de l'État à ce que l'individu pourrait aussi obtenir de personnes privées, si seulement il disposait de ressources suffisantes et s'il y avait une offre suffisante sur le marché »[455].

Contraignant				Non contraignant			
Subjectif		objectif		subjectif		objectif	
définitif	P.F.	définitif	P.F.	définitif	P.F.	définitif	P.F.
1	2	3	4	5	6	7	8

(Tableau 1. Effectivité des droits sociaux d'après R. Alexy)

[455] ALEXY, Robert, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 334 : « *Entitlements in the narrow sense are rights of the individual against the state to something which the individual could obtain from other private individuals, if only he had sufficient financial means, and if only there were sufficient offers on the market.* »

En pensant qu'ils peuvent être des normes produisant des droits subjectifs ou seulement des normes objectives, être contraignantes ou non-contraignantes et avoir un caractère définitif ou *prima facie* (« P.F. » dans le tableau qui suit), il propose une échelle de huit degrés d'effectivité[456] (v. ci-dessus).

Les normes peuvent être rangées dans des cases différentes et l'effectivité va de gauche à droite en diminuant. Nous reconnaissons facilement les catégories de « subjectif » et « objectif » dans la jurisprudence de la Cour de justice[457]. La distinction entre « définitif » et « *prima facie* » est déjà plus mouvante : pour qu'elle ait un sens différent de la distinction entre « subjectif » et « objectif », il faut sans doute la comprendre comme le niveau de précision d'une norme. Plus un énoncé est précis, plus la norme est définitive. Dans ce sens, les droits de non-discrimination (art. 20 à 24 de la Charte) sont plus précis que le droit à l'information et à la consultation des travailleurs (art. 27 de la Charte). Mais même au sein des droits de non-discrimination, il peut y avoir un droit qui a un caractère plus ou moins définitif : l'article 20 qui énonce que toutes les personnes sont égales en droit a donc un caractère moins définitif que l'article 23 sur l'égalité entre femmes et hommes. En même temps, nous voyons que leur caractère définitif ou non n'est pas directement lié à l'existence de droit subjectif ou non. Ensuite, la distinction entre « contraignant » et « non-contraignant » est aussi difficile à distinguer des deux autres. En réalité, dans la compréhension d'Alexy lui-même, il considère comme « non-contraignants » les « énoncés de programme » (*Programmsätze*) et comme « contraignant » ce qui peut être invoqué devant le juge. On voit donc que cette compréhension recouvre largement (même si, il est vrai, pas totalement) la distinction entre « subjectif » et « objectif » et que sa compréhension de programme renvoie à la conception de droits programmatiques qui n'a pas grand-chose à voir avec la « concrétisation programmatique » que nous avançons ici. En l'adaptant au contexte du droit de l'UE, on pourrait penser à une acception qui serait sans doute plus intéressante : le caractère « non-contraignant » comme le droit souple ou *soft law*. En effet, les droits sociaux fondamentaux sont particulièrement invoqués dans la question de la responsabilité sociale des entreprises, non pas comme des normes obligatoires, mais comme des normes directrices et harmonisatrices[458].

---

[456] *Ibid.*, p. 336.
[457] V. supra, les arrêts sur l'hésitation de la Cour à propos de la qualification des droits sociaux en « droit » ou en « principe », n° 119 et s.
[458] V. infra, n° 737 et s.

173. En conséquence, la proposition de R. Alexy nous semble particulièrement intéressante, dans la mesure où elle nous rappelle des catégories plus obscures telles que le *soft law* ou la norme *prima facie*. Mais dans son application, elle nous paraît aussi limitée, puisque, au moins dans le contexte de l'UE, les trois distinctions se recoupent largement et se concentrent sur la distinction entre droits subjectif et objectif. Cela rend donc l'échelle moins claire que ce que l'on aurait pu imaginer. Remarquons au passage que, s'agissant de la Charte, une étude a précisément voulu reprendre et développer la proposition d'Alexy[459]. La seule différence qui existe par rapport à R. Alexy est le sens de « non contraignant ». Cela ne désigne plus les normes se présentant comme un programme législatif, mais des normes relevant de la morale. L'auteur ajoute par ailleurs d'autres éléments tels que la possibilité du contrôle par un tribunal et l'existence d'une action individuelle. Son tableau se présente alors avec 14 degrés d'effectivité[460]. Concernant ces deux changements, nous pensons que, malgré la richesse apportée, ils pourraient aussi augmenter le niveau de confusion des discours. Ce n'est plus l'effectivité au sens strict qui est ici étudiée. D'un côté, les droits moraux ne devraient pas se situer au même plan (ce qui laisserait par ailleurs penser qu'ils ont une effectivité particulièrement faible), puisque de notre point de vue ils relèvent d'une autre argumentation à caractère fondationnel. Il serait également souhaitable de faire la distinction entre droits moraux et droit souple, sinon on ne ferait que reconduire le paradigme positiviste qui voit le propre d'une norme juridique dans la sanction. De l'autre, les deux critères supplémentaires introduits par J. Schmidt (contrôle juridictionnel et action individuelle) ne sont pas des *éléments* affectant l'effectivité des droits fondamentaux, mais leurs *conséquences* en termes d'effectivité. (Sinon ils auraient dû être combinés avec chacun des autres critères, ce qui n'est pas le cas ici.) L'auteur lui-même reconnaît que ces critères sont plutôt externes par rapport à la structure des droits[461].

174. Il nous a donc semblé que l'idée d'une telle échelle, certes intéressante, ne nous permet pas d'avancer beaucoup dans la structure de la norme. Une autre voie existe et est déjà empruntée par Jellinek. Nous l'avons vu, il s'agit de considérer les relations juridiques créées par ces droits. La proposition de Jellinek (les quatre statuts) reste toutefois limitée elle aussi, puisqu'elle ne permet d'envisager que le versant subjectif des droits fondamentaux. Nous

[459] SCHMIDT, Johannes, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
[460] *Ibid.*, pp. 67-68.
[461] *Ibid.*

proposons donc de réunir l'approche de Jellinek et d'Alexy, en prenant pour point de départ la distinction entre effets « subjectifs » et « objectifs » des droits fondamentaux.

<table>
<tr><td colspan="8">Droits juridiques</td><td colspan="6">Droits moraux</td></tr>
<tr><td colspan="8">Contrôlable par un tribunal</td><td colspan="6">Non contrôlable par un tribunal</td></tr>
<tr><td colspan="4">subjectif</td><td colspan="4">objectif</td><td colspan="2">subjectif</td><td colspan="2">Objectif</td><td colspan="2">subjectif</td><td colspan="2">Objectif</td></tr>
<tr><td colspan="2">Action individuelle</td><td colspan="12">Aucune action individuelle</td></tr>
<tr><td>déf.</td><td>P.F.</td><td>déf.</td><td>P.F.</td><td>déf.</td><td>P.F.</td><td>déf.</td><td>P.F.</td><td>déf.</td><td>P.F.</td><td>déf.</td><td>P.F.</td><td>déf.</td><td>P.F.</td></tr>
<tr><td>1</td><td>2</td><td>3</td><td>4</td><td>5</td><td>6</td><td>7</td><td>8</td><td>9</td><td>10</td><td>11</td><td>12</td><td>13</td><td>14</td></tr>
</table>

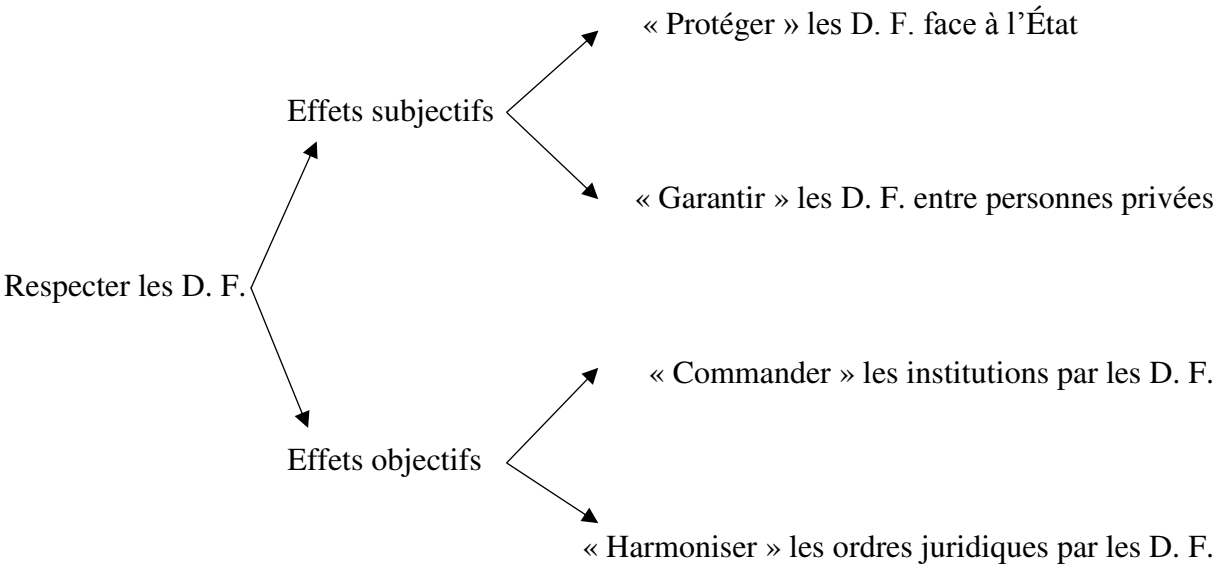
(Tableau 2. Effectivité des droits fondamentaux d'après J. Schmidt)

2. Revisiter la structure des droits fondamentaux sous l'angle relationnel

175. Au plan subjectif, c'est le sujet de droit qui est mis en relation avec d'autres sujets qui sont de deux types : publics et privés. Pour le dire de manière simple, il fait face à l'État et à d'autres personnes privées. Le respect des droits fondamentaux est donc concrétisé en deux exigences : leur « protection » face à l'État et leur « garantie » entre les personnes privées. La dernière exigence peut être exclue par le système juridique lui-même. Le droit de l'UE semble d'ailleurs aller dans ce sens, puisque l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux dispose que « [l]es dispositions de la présente Charte *s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union* dans le respect du principe de subsidiarité, *ainsi qu'aux États membres* uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, *ils* respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application (…) ». (Nous soulignons) Néanmoins, on ne saurait négliger structurellement une telle effectivité des droits fondamentaux dès le départ. Au sein de ces deux types de relation, les catégories de Hohfeld et de Jellinek pourront prendre le relais pour terminer la concrétisation programmatique. Par exemple, dans la « protection » du droit à la sécurité sociale, il y a bien l'ouverture du droit (le

« statut positif » chez Jellinek) et la défense du droit contre une modification injustifiée (le « statut négatif »).

176. Au plan objectif, c'est l'ordre juridique lui-même qui est mis en relation essentiellement dans deux domaines aussi. D'abord, il s'agit des relations internes, autrement dit, les activités des institutions d'un ordre juridique. Avec l'article 51 de la Charte cité plus haut, on voit bien cette exigence que l'ordre juridique de l'UE adresse à ses propres institutions. Le législateur, l'administration et le juge se doivent de « promouvoir l'application » des droits fondamentaux à l'égard du fondement de l'UE. Cette mise en relation contient ensuite un aspect externe, à savoir les relations avec d'autres ordres juridiques. Nous verrons qu'une exigence partagée en matière de respect des droits fondamentaux est en train de former un « droit commun », ou une « ressource dogmatique commune », comme le dit le P[r] Supiot[462].



(Schéma 2. Les catégories de concrétisation programmatique)

177. En somme, nous obtiendrons le schéma ci-dessus[463]. Ce dernier ne refuse pas l'idée de considérer un droit subjectif contraignant et précis comme la plus haute expression de l'effectivité des droits (sociaux) fondamentaux, mais il favorise plutôt une catégorisation

[462] A propos de l'utilisation de la notion de « droit commun » en matière sociale, v. aussi : BONNECHERE, Michèle, « Droits sociaux fondamentaux : vers un droit commun pour l'Europe (I) », *SSL*, 25 octobre 2004, n°1187 ; MÜCKENBERGER, Ulrich, « *Eine europäische Sozialverfassung ?* », *EuR* 2014, p. 369.
[463] dans lequel « D. F. » signifie « droits fondamentaux ».

globale de l'effectivité. La question d'échelle est alors un aspect interne de chaque catégorie, qui permet de respecter au mieux les droits sociaux fondamentaux. À ce stade, on peut dire que la concrétisation programmatique a déjà fait un pas important : les termes comme « respect », « subjectif », « objectif », « protection », « garantie », « commandement » et « harmonisation » ont désormais un sens ou un emploi spécifique dans notre travail. Mais le travail de concrétisation peut se poursuivre jusqu'à ce qu'il rejoigne le terrain des faits (concrétisation circonstancielle). Ce travail s'effectue surtout au sein des quatre dernières catégories (qui se situent à la fin du schéma) d'effectivité. Pour ne prendre qu'un exemple très significatif, la question de l'interprétation doit être étudiée dans le « commandement » des juges.

Avec ces précisions, il convient de passer à la limitation des droits fondamentaux par l'État qui conditionne déjà leur « protection ».

B. Les catégories relatives à la limitation des droits fondamentaux

178. Si, comme dans la plupart des ordres juridiques, la limitation des droits fondamentaux résulte de la nécessité de concilier des intérêts divers en jeu (2), le caractère supranational de la protection de ces droits dans l'UE nous rappelle que l'application de ces droits devient désormais la première limitation possible (1).

1. Le champ d'application des droits sociaux fondamentaux de l'UE

179. Cette question est aujourd'hui profondément liée à l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux. Elle dispose à son article 51 §1 que « [l]es dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. (…) » Nous avons déjà eu l'occasion d'étudier la suite de cet article qui pose la distinction entre « droits » et « principes » et la réserve en matière de compétence[464]. Nous pouvons donc dire que, même si ce n'est pas un article qui concerne directement la limitation des droits fondamentaux, il vise bien à éviter le « débordement » de la Charte.

180. D'un point de vue structurel, le champ d'application peut être classiquement divisé en champs temporel, matériel, personnel et territorial. Comme l'a écrit le P[r] Sébastien Platon, le premier aspect soulève peu de difficulté, alors que les trois derniers sont complexes et

[464] V. supra, n° 102 et s.

imbriqués[465]. En effet, l'acquisition de la valeur juridique par la Charte s'étant réalisée le 1er décembre 2009 avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'aspect temporel ne fait pas beaucoup de difficultés. Tout au plus, on peut avoir une discussion sur l'éventuelle valeur déclarative de la Charte à l'égard des droits qui ont été déjà proclamés comme principe général du droit de l'UE par la Cour de justice. Dans ce cas-là, il nous semble que la Charte n'a pas introduit de nouveaux droits, mais a simplement réaffirmé des droits existants. La protection doit donc commencer dès la reconnaissance du principe général du droit correspondant[466]. Les trois autres aspects sont plus complexes, car ils sont fortement liés au caractère supranational de cet ordre juridique et à la notion ambiguë qu'adopte la Charte, à savoir « la mise en œuvre » du droit de l'UE. Par exemple, pour savoir si la Charte s'applique aux États membres (*ratione personae*), il faut que l'acte de l'État membre (*ratione materiae*) mette en œuvre le droit de l'UE. Dès lors, il est clair que l'interprétation de ces champs d'application aurait avant tout une forte incidence sur les relations entre les différents ordres juridiques en Europe comme à l'extérieur de l'Europe. Nous traiterons donc de ces questions en détail dans le dernier titre de notre thèse[467]. À présent, nous voulons rester dans la concrétisation programmatique et faire deux remarques respectivement à propos des champs d'application matériel et personnel.

181. Concernant le champ matériel, l'importance centrale de la notion de « mise en œuvre »[468] a sans doute contribué à négliger un autre niveau de ce champ : s'il y a bien la question de l'applicabilité de la Charte dans son ensemble, chaque droit fondamental de la Charte a aussi son propre champ d'application matériel, que nous pouvons sûrement appeler le « domaine protégé » en suivant le droit allemand. Selon le Pr David Capitant, « [l]e domaine protégé (*Schutzbereich*) par un droit fondamental est le domaine matériel au sein duquel il est possible d'invoquer le droit fondamental comme norme de contrôle. C'est son champ

[465] PLATON, Sébastien, « Le périmètre de l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union européenne », *in* TINIERE, Romain, et Claire VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: entre évolution et permanence*, *op. cit.*, pp. 67-86.

[466] L'arrêt *Römer* donne un exemple intéressant (CJUE, 10 mai 2011, C-147/08) : en matière de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour de justice avait d'abord refusé de reconnaître une telle interdiction (CJCE, 17 février 1998, *Grant*, C-249/96). Sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour condamne dans l'arrêt Römer une telle discrimination qui affecte le niveau de la pension complémentaire de retraite. Mais la Cour n'a pas voulu motiver sa décision par un principe général de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui pourrait remettre en cause l'effet de son arrêt *Grant*.

[467] Il est consacré précisément aux relations entre ordres juridiques sous l'influence des droits sociaux fondamentaux. V. infra, n° 601 et s.

[468] SAFJAN, Marek, Dominik DÜSTERHAUS, et Antoine GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de *la mise en œuvre* à *la mise en balance* », *RTD eur.* 2016, pp. 219-247.

d'application. »[469] Ce domaine peut être plus ou moins grand, tout comme le champ d'application de la Charte en général. On peut prendre un exemple intéressant issu du fameux arrêt *Laval*[470]. Outre son raisonnement général qui soulève déjà beaucoup de critiques, on peut remarquer que la Cour a donné un domaine protégé très réduit au droit d'action collective. En effet, bien que ce droit soit reconnu comme un droit fondamental et un intérêt légitime[471] pouvant limiter la libre prestation de service, la Cour a déterminé son domaine protégé en fonction de la directive 96/71. Elle a estimé que, puisque les conventions collectives en cause ne faisaient pas partie du « noyau dur » de la législation de l'État d'accueil prévu par la directive, une action collective en faveur de la conclusion de telles conventions ne poursuivait alors pas un objectif d'intérêt général (§110). Dès lors, les actions collectives engagées par les syndicats suédois en l'espèce n'étaient pas protégées par ce droit qu'ils possédaient pourtant bien. En conséquence, il nous semble important de noter que, quand on parle du champ d'application matériel de la Charte, il faut avoir en vue ces deux types de « domaine ». Leur combinaison est en effet déterminante pour l'effectivité de la Charte, car on voit bien qu'une conception large du champ d'application de la Charte, telle qu'elle résulte de l'arrêt *Åkerberg Fransson*[472], ne signifie pas nécessairement une interprétation extensive des droits fondamentaux, si elle est combinée avec des domaines protégés très réduits des droits.

182. À propos du champ d'application personnel qui peut poser la question de droits des personnes publiques[473], nous pensons que, pour notre étude des droits sociaux fondamentaux, il est aussi important de considérer une catégorie particulière de sujets : les ressortissants d'État tiers. Sauf le titre V consacré à la « citoyenneté », la Charte ne fait normalement pas de distinction entre citoyens européens et ressortissants d'État tiers. On a même souligné que certains droits (le droit d'asile, art. 18 ; la protection contre l'expulsion, art. 19) leur sont

---

[469] CAPITANT, David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, avec une préface de Michel Fromont, LGDJ, 2001, p. 110.
[470] CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, *AJDA* 2008, p. 242, chron. E. Broussy et al. ; *Dr. soc.* 2008, p. 210, obs. P. Chaumette; SSL 7 janvier 2008, n° 1335, p. 8, obs. S. Laumon ; *RDT* 2008, p. 80, S. Robin-Olivier et E. Pataut ; *Le Monde*, 25 janvier 2008, tribune d'A. Supiot (« Voilà l' "économie communiste de marché" ») ; *JCP S* 5 février 2008, 1075, obs. B. Teyssié.
[471] Ou une raison impérieuse d'intérêt général ; la Cour emploi les deux termes dans cet arrêt. V. §93 et §103. V. aussi infra, n° 560 dans le contexte de l'application du principe de proportionnalité.
[472] CJUE, 26 février 2013, C-617/10, *AJDA* 2013, p. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *RTD eur.* 2013, p. 267, comm. D. Ritleng; *CML Rev.* 2013, pp. 1411-1432, comm. E. Hancox, « Meaning of Implementing EU Law under Article 51(1) of the Charter: Akerberg Fransson ». Pour plus de développements sur cet arrêt, v. infra n° 547.
[473] V. PLATON, Sébastien, « Le périmètre de l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, spéc., p. 72 et s.

spécifiquement dédiés[474]. Il faudrait néanmoins que leurs prétentions relèvent des dispositions « mettant en œuvre » le droit de l'UE[475]. Le droit de séjour et l'égalité de traitement constitue alors un bon exemple. Dans l'arrêt *Iida*[476], le père japonais d'une citoyenne allemande demanda un titre de séjour aux autorités allemandes en vertu de son statut de membre de la famille d'une citoyenne européenne (sa fille ou bien son épouse également ressortissante allemande) et de son droit au respect de la vie familiale consacrée à l'article 7 de la Charte. La Cour de justice, saisie sur renvoi préjudiciel, considéra qu'il ne possédait pas le statut de membre de la famille, car il n'était ni à la charge de sa fille, ni accompagnait son épouse qui vivaient toutes les deux à Vienne. Dès lors, comme le requérant japonais n'avait pas invoqué la directive 2003/109 relative aux ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, son cas ne pouvait donc relever de l'application du droit de l'UE. En conséquence, la Charte ne lui était pas applicable. Dans une situation inverse, nous avons vu que même en matière d'aides au logement, l'article 34 de la Charte semble pouvoir produire des droits subjectifs en faveur des ressortissants d'État tiers[477]. Une fois l'applicabilité reconnue, il peut encore y avoir une limitation au sens propre de l'effectivité des droits fondamentaux.

2. La réserve générale d'ingérence législative

183. Résumant la jurisprudence de la Cour, l'article 52 §1 de la Charte des droits fondamentaux dispose que « [t]oute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. » Si l'on emprunte au droit constitutionnel national (en particulier allemand), c'est ce qu'on peut appeler une « réserve générale d'ingérence législative »[478].

---

[474] SLAMA, Serge, « Prendre au sérieux la Charte des droits fondamentaux en droit des étrangers », *La Revue des droits de l'homme*, 2014, disponible à : http://revdh.revues.org/785.

[475] À la différence de l'article de S. Slama précité, nous n'étudions pas les droits dérivés de ceux d'un citoyen européen. Les arrêts tels que *Dereci et al.* (CJUE, 15 novembre 2011, C-256/11) qui abordent plutôt les droits des citoyens européens ne sont donc pas utiles pour notre propos. Il faut donc que la situation personnelle du ressortissant d'état tiers relève du droit de l'UE.

[476] CJUE, 8 novembre 2012, C-40/11, *D*. 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

[477] CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10.

[478] Il faut dire qu'en droit allemand, une telle réserve fut seulement proposée (art. 21, al. 3 et 4 du projet de Herrenchiemsee), mais pas retenue en droit positif. La Loi fondamentale de Bonn ne connaît que des réserves

Une telle réserve, qui n'existe pas toujours dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme[479], pose d'abord la question du sens de la « loi » évoquée ici. La réponse n'est pas encore très claire à cet égard. Au niveau des État membres, il semble que c'est le sens matériel de la loi, à savoir des actes de portée générale qui est retenu[480]. Quant aux actes de l'UE, un auteur a pu écrire que « *there is no doubt that the generally formulated Community regulations and directives are laws in the material sense that create rights and impose obligations (...)* »[481]. Désormais, la procédure législative établie par les traités devrait fournir le critère formel pour définir la « loi ». En tout cas, nous voyons qu'un comité de pilotage ne peut prendre des mesures excluant le droit de recours des intéressés[482]. En matière de droits sociaux fondamentaux, l'acception de la « loi » ne devrait pas varier, que ce soit au niveau des États membres ou au niveau de l'UE. La construction normative des modèles sociaux nationaux est en effet plus dépendante de leurs propres traditions. Une approche formelle de la « loi » risque de bouleverser profondément ces équilibres nationaux. Pour la même raison, si l'UE s'oriente vers une exigence plus rigoureuse de limitation par « la loi » au sens formel, il n'y a pas lieu non plus de réserver un autre traitement aux droits sociaux. Si les conventions collectives veulent limiter les droits sociaux fondamentaux, il leur faudrait alors toujours trouver une assise législative. Enfin, on peut ajouter que le droit primaire, bien que n'étant pas du domaine de la loi, peut aussi poser des limites aux droits fondamentaux, conformément à l'article 52 §2 de la Charte[483].

184. Le caractère « législatif » n'est cependant pas la seule condition d'une limitation. Il existe encore deux « limites aux limites ».

185. Voyons d'abord l'exigence de protéger le « contenu essentiel » d'un droit. Pour saisir l'enjeu de cette condition, nous pouvons d'abord poser autrement la question : y a-t-il des droits absolus ou intangibles en droit de l'UE qui ne seraient donc soumis à aucune limitation ?

---

particulières d'ingérence législative. Pour éviter certains inconvénients d'une telle situation (notamment dans le traitement de conflits entre droits fondamentaux), la doctrine allemande considère qu'il y a des limites immanentes pour les droits qui n'ont pas de réserve d'ingérence textuelle. Sur la doctrine allemande et la référence au projet Herrenchiemsee, v. CAPITANT, David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 144 et s.

[479] Par exemple, la Convention européenne des droits de l'homme ne contient pas de telle réserve. En revanche, la Déclaration universelle des droits de l'homme la prévoit à son article 29, §2.

[480] CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, C-528/13, *D.* 2016, p. 752, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat.

[481] TRIANTAFYLLOU, Dimitris, « The European Charter of Fundamental Rights and the 'Rule of Law': Restricting Fundamental Rights by Reference », *CML Rev.* 2002, pp. 53-64, spéc., p. 60.

[482] CJUE, 17 septembre 2014, *Liivimaa Lihaveis MTÜ*, C-562/12, *RTD eur.* 2016, p. 347, chron. F. Benoît-Roemer.

[483] « Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci. »

Une lecture littérale et mécanique de l'article 52 de la Charte nous conduirait à une réponse négative. Il nous semble toutefois que deux arguments plaident pour la reconnaissance de tels droits ou de telles normes juridiques en droit de l'UE. Tout d'abord, la jurisprudence de la Cour, la Charte et les Traités reconnaissent une place particulière à la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 52 §3 de la Charte prévoit que « [d] ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. » Or, nous savons que la Cour européenne des droits de l'homme considère que certains droits n'admettent aucune limitation, comme le droit à la vie (l'art. 2 de la Conv. EDH) ou l'interdiction de la torture (art. 3) et de l'esclavage (art. 4)[484]. Dans la mesure où ces droits sont aussi proclamés par la Charte de l'UE (art. 1 et art. 5), on devrait considérer que ces droits n'admettent pas de limitation non plus. Ensuite, le respect du contenu essentiel d'un droit peut justement constituer « un noyau dur » intangible. Autrement dit, même si un droit en soi n'est pas absolu, il pourrait exister un noyau dur inviolable de ce droit fondamental.

À cet égard, R. Alexy remarque qu'il peut y avoir deux théories sur le contenu essentiel des droits fondamentaux[485], l'une relative et l'autre absolue : « *According to the relative theory, the essential core is what is left over after the balancing test has been carried out. Limitations which correspond to the principle of proportionality do not infringe the essential core, even if they leave nothing left of the constitutional right in an individual case. (...) According to the absolute theory, there is, by contrast, a core to each right which cannot be limited under any circumstances.*[486] » Malgré certains arrêts de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe en faveur de la théorie absolue, R. Alexy soutient la théorie relative, en raison de l'application de sa méthode de l'utilité marginale : selon lui, la théorie relative arrive aussi à expliquer que certains contenus sont presque inviolables, car plus un droit est limité, plus le contenu restant devient

[484] V. Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A, n°25, où il était question des « traitements inhumains et dégradants » pratiqués par le Royaume-Uni en Irlande du Nord. Sur les « droits intangibles », v. SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016, p. 198 et s.

[485] Il a en vue l'article 19 (2) de la Loi fondamental allemande qui prévoit qu' « [i]l ne doit en aucun cas être porté atteinte à la *substance* d'un droit fondamental. » (Nous soulignons) Le terme allemand traduit par « substance » est « *Wesensgehalt* » qui est aussi utilisé dans la version allemande de l'article 52 §1 de la Charte des droits fondamentaux.

[486] ALEXY, Robert, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 193.

résistant[487]. De notre point de vue qui s'appuie sur le droit de l'UE, bien que nous comprenions la plausibilité d'une telle explication, nous ne pensons pas que cela corresponde à la norme énoncée à l'article 51 §1 de la Charte qui distingue la protection du contenu essentiel et le principe de proportionnalité, ni à la pratique judiciaire qui refuse de voir précisément l'anéantissement concret de certains droits. Cette dernière remarque nous permet par ailleurs de revenir sur le terrain des droits sociaux fondamentaux qui peuvent difficilement faire valoir une protection absolue du côté de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous voyons que la Cour de justice exclut par exemple qu'une législation nationale puisse « empêcher la constitution même » du droit à des congés annuels payés[488]. La théorie absolue nous semble aussi plus en phase avec leur aspect fondationnel qui relève avant tout d'une valeur absolue et de l'impératif catégorique au sens kantien et non pas d'un impératif hypothétique et, encore moins, d'un calcul d'utilité[489].

186. L'autre « limite aux limites » est précisément le contrôle de proportionnalité. L'application de ce principe demande une concrétisation circonstancielle, puisque le caractère adéquat et nécessaire d'une mesure ne s'apprécie qu'à travers les faits. Nous aurons l'occasion d'en parler en détail lorsque nous étudierons les effets des droits sociaux fondamentaux sur le juge qui doit appliquer ce contrôle[490]. Il convient de remarquer que ce contrôle pose une condition préalable à toute ingérence législative, à savoir l'existence d'un objectif d'intérêt général. Deux questions générales peuvent se poser à son égard.

Tout d'abord, un tel objectif doit-il être défini au niveau européen ? À travers l'exemple de la protection de l'ordre public, nous pouvons penser que la Cour de justice a tendance à considérer que de telles catégories relèvent de la « notion autonome » de l'UE. En matière de détachement par exemple, le Luxembourg avait voulu utiliser l'exception d'ordre public prévue à l'art. 3 §10 de la directive 96/71 pour faire respecter certaines de ses lois en matière de travail

---

[487] *Ibid.*, p. 195.

[488] La solution date d'avant l'entrée en vigueur de la Charte et le droit en cause, nous le savons, était qualifié de « principe du droit sociale communautaire revêtant une importance particulière ». Notons aussi que certes la directive 93/104 imposait déjà de manière précise un congé annuel de quatre semaines, mais cela ne devrait pas affecter le fait qu'en l'occurrence, le « noyau dur » qu'est l'existence du droit ne pouvait être mis en balance avec un autre intérêt quel qu'il soit. v. CJCE, 26 juin 2001, *BECTU*, C-173/99, §§47-48.

[489] Nous n'avons pas la possibilité de reprendre ici une discussion approfondie sur la nature même des droits fondamentaux. Remarquons simplement que nous ne sommes pas en train de dire que toute théorie utilisant le raisonnement par utilité marginale est un calcul d'utilité. La théorie de justice de Rawls a suscité de très nombreuses controverses à cet égard, mais on se souviendra que Rawls lui-même voulait donner « une analyse systématique de la justice supérieure (…) à la tradition utilitariste, pourtant dominante ». v. RAWLS, John, *Théorie de la justice*, trad. par C. Audard, Paris, Ed. Points, 2009, p. 20.

[490] V. infra n° 553.

(notamment les exigences sur la forme écrite du contrat de travail, sur l'adaptation automatique du salaire, sur les contrats de travail atypiques et sur les conventions collectives). La Cour de justice répondit que « si les États membres restent, pour l'essentiel, libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public, cependant, dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre prestation des services, cette notion doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté européenne »[491]. Les droits fondamentaux, qui ont aussi une importance fondamentale dans l'UE, devraient connaître le même traitement. Par conséquent, leur limitation par un objectif d'intérêt général doit être encadrée au niveau européen. Enfin, il convient de remarquer que, à la place d'objectif d'intérêt général, la Cour emploie aussi « objectif légitime » justifié par « des raisons impérieuses d'intérêt général »[492], « intérêts » tout cout[493], ou encore « intérêts légitimes »[494]. D'un point de vue fonctionnel, leur différence ne paraît pas significative, car il s'agit toujours de justifier la limitation d'un principe fondamental en droit de l'UE. On peut remarquer au plus certaines habitudes : la Cour utilise plus volontiers l'« objectif » lorsqu'il s'agit d'une limitation venant d'une législation nationale, alors qu'elle parle plus couramment de l'« intérêt » quand il s'agit de limitation visant à préserver d'autres droits et libertés fondamentaux[495].

La deuxième question est liée au procédé pour identifier ou confirmer l'existence d'un tel objectif. On rejoint alors la méthode de concrétisation, dans la mesure où il n'y a pas de définition générale et *a priori* ou de liste exhaustive de tels objectifs[496]. C'est donc la continuation de la concrétisation qui nous fournira la réponse. En matière de non-discrimination par exemple, nous savons que pour le motif du sexe, la directive 2006/54 prévoit des moyens de justification tels que la grossesse et la maternité (art. 2, §2), l'action positive (art. 3) et

---

[491] CJCE, 19 juin 2008, *Commission c. Luxembourg*, C-319/06, §50, *RJS* 2008, n°10, p. 765, obs. J.-Ph. Lhernould.
[492] CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, §104, *RTD eur.* 1996, p. 101, n. G. Auneau ; *JDI* 1996, p. 488, n. D. Simon.
[493] CJUE, 24 mai 2011, *Commission c. France*, C-50/08, §74.
[494] CJCE, 19 septembre 2002, *Baumbast*, C-413/99, §90 ; CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos*, C-482/01, §95, *Europe* 2004, n°6, p. 21, n. D. Simon.
[495] CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, §93.
[496] Partant des libertés économiques, certains auteurs identifient empiriquement quatre catégories d'objectif : 1) la protection du tiers ; 2) la protection des droits fondamentaux ; 3) la lutte contre la distorsion du marché et 4) la préservation de l'ordre public. V. CHALMERS, D., et al., *EU Law*, CUP, 2006, p. 833, cité par BARNARD, Catherine, « Derogations, justifications and the four freedoms: Is State interest really protected? », *in* BARNARD, Catherine, et Okeoghene ODUDU (éd.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 273-306, spéc., p. 277.

l'exigence professionnelle véritable et déterminante (art. 14§2), alors que pour le motif de l'âge, la directive 2000/78 prévoit « notamment » des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle (art. 6). Le juge lui-même peut aussi relever des objectifs légitimes. En dernier lieu, nous savons aussi que la Cour refuse de simples allégations générales[497] ou des mécanismes automatiques[498]. La concrétisation circonstancielle prend alors le relais en suivant des règles probatoires[499].

187. Avec ces précisions sur les catégories de la limitation des droits fondamentaux, nous voyons déjà qu'elles entretiennent un lien très fort avec les éléments factuels. La légitimité d'un objectif ne peut s'apprécier que concrètement dans une situation donnée, de même que la proportionnalité. Il est donc temps de tourner notre regard vers un droit social fondamental particulier : la non-discrimination en raison de l'âge.

Section 2 : L'application concrétiste à l'œuvre : l'exemple de la non-discrimination fondée sur l'âge

188. L'âge et le travail, c'est d'abord un sujet sociétal lourd de sens. Au plan économique, l'UE et de nombreux États membres sont en proie au chômage de masse chez les « jeunes » et, dans une moindre mesure, chez les « seniors »[500]. Au plan politique, il est au cœur de l'action des autorités publiques tant européennes[501] que nationales[502].

---

[497] CJCE, 25 octobre 1988, *Commission c. France*, aff. 312/86, §14 (à propos de droits particuliers donnés aux femmes) ; CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13, §59 (à propos de la prise en compte du congé parental dans la retraite anticipée).

[498] CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02, §45, *Europe* 2004, n°11, p. 10, n. D. Simon.

[499] V. SHUIBHNE, Niamh Nic, et Marsela MACI, « Proving Public Interest : The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law », *CML Rev.* 2013, pp. 965-1006. Les auteurs synthétisent quatre exigences à propos de la justification de la limitation et des règles probatoires (p. 978) : « (1) *the scope of the dispute is framed by the arguments submitted; (2) mere assertions and generalizations are insufficient; (3) the evidence submitted must be "precise"; and (4) for the necessity element of proportionality review, it must be established that less restrictive measures vis-6-vis free movement could not sufficiently protect the public interest objective being asserted.* »

[500] Selon l'Eurostat, le taux de chômage des moins de 25 ans dans l'UE s'est élevé à un niveau record de 23,4 % en août 2012, avec des taux de 55,4 % en Grèce et de 52,9 % en Espagne. (V. Eurostat, communiqué de presse, n°138/2012 du 1er octobre 2012.) En octobre 2016, la situation s'est améliorée, mais le taux reste très élevé. Toujours selon l'Eurostat, le taux s'est établi à 18,4 % dans l'UE et les taux les plus élevés sont 46,5 % en Grèce (chiffres d'août 2016), 43,6 % en Espagne et 36,4 % en Italie. (V. Eurostat, communiqué de presse, n°239/2016 du 1er décembre 2016.)

[501] V. Le train de mesures sur l'emploi des jeunes dont notamment la « garantie pour la jeunesse », issue de la recommandation du Conseil du 22 avril 2013 (n°2013/C 120/1).

[502] V. La loi portant création du contrat de génération : Loi n°2013-185 du 1er mars 2013, JO 3 mars 2013. V. DAUXERRE, Lydie, « Le contrat de génération : l'alliance des âges », *JCP S*, 2013, n°11, 1119 ; WILLMAN,

La perplexité peut néanmoins s'installer d'abord à propos de « l'âge » comme motif discriminatoire. Est-il raisonnable de vouloir affirmer une égalité entre les « jeunes » et les « seniors » ? En France, la discrimination fondée sur l'âge, « quoique légalement proscrite par le Code du travail [depuis 1987], reste monnaie courante parce que sans doute acceptée, voire désirée par l'opinion commune »[503]. Toutefois, comme tous les principes spécifiques de non-discrimination ou de l'égalité de traitement, l'émergence de la non-discrimination fondée sur l'âge vise à combattre des stéréotypes qui défavorisent injustement une classe sociale. Au travail, les « jeunes » sont souvent considérés comme oisifs, inexpérimentés, difficiles à encadrer, tandis que les « seniors » sont perçus comme résistants au changement, ingérables, en manque de dynamisme et d'adaptabilité, etc.[504]. D'un point de vue social, « *detrimental treatment on grounds of age is widespread. Older people in particular, are subject to stigma, prejudice and social exclusion. The very old are too often also the poorest in society, and some are vulnerable to abuse* »[505]. Dans la non-discrimination fondée sur l'âge, il y a donc une exigence pratique de l'économie de l'emploi ainsi qu'un impératif juridique de l'idéal égalitaire. Dès lors, on voit à nouveau à l'œuvre une exigence de la raison pratique transformée en principe juridique et droit fondamental, qui reste par ailleurs au contact de la réalité sociale la plus concrète du marché du travail. On se doute donc d'une grande place faite aux circonstances factuelles dans l'application de ce principe. La confusion peut survenir ensuite à propos du sens de « l'âge » lui-même. Il semble devenir alors polysémique : s'agit-il uniquement de la durée d'une vie humaine ou bien d'autres durées calculables ? D'ailleurs, faudrait-il parler plutôt de la non-discrimination, ou de l'égalité de traitement ? Pense-t-on à l'égalité formelle/réelle ou l'égalité des chances[506] ? Le contexte sociologique dans lequel est née « la question de l'âge » reste aussi une source de complexité : la société serait en train de passer de celle de transmission, de la culture de travail, de l'âge d'espérance, de la graphosphère à celle de la communication immédiate, de la culture de loisir, de l'âge d'impatience, de la vidéosphère[507].

Christophe, « Le "partage générationnel du travail". À propos du contrat de génération, loi numéro 2013-185 du 1 er mars 2013 », *Dr. soc.*, 2013, n°6, pp. 529-541.

[503] LYON-CAEN, Gérard, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Dr. soc.* 2003, n°12, pp. 1047-1050, spéc., p. 1047.

[504] TIN, Louis-Georges (dir.), *Le Pacte pour en finir avec les discriminations*, Paris, Autrement, 2012, p. 101.

[505] FREDMAN, Sandra, « The age of equality », in FREDMAN, Sandra, et Sarah SPENCER (éd.), *Age as an Equality Issue*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 21-70, spéc., p. 21.

[506] V. aussi HAQUET, Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTD eur.* 2001, pp. 305-333.

[507] DEBRAY, Régis, *Le plan vermeil, modeste proposition*, Paris, Gallimard, 2004, p. 21 et s.

189. En droit de l'UE, il est intéressant de remarquer que la Cour de justice emploie la formule suivante pour qualifier le droit en question : « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré à l'article 21 de la Charte et concrétisé par la directive 2000/78 »[508]. Pour nous, il faudra suivre la méthode de concrétisation que l'on vient d'établir, tout en l'approfondissant. Nous partons donc de la concrétisation programmatique (§1) vers la concrétisation circonstancielle (§2), pour analyser dans quelle mesure l'État doit protéger le droit à ne pas être discriminé en raison de l'âge.

§1. La concrétisation programmatique de la non-discrimination fondée sur l'âge

190. Le travail de concrétisation est loin d'être linéaire. C'est plutôt par commodité de présentation que l'on « l'analyse » en différentes étapes qui semblent étanches les unes aux autres. Dans la concrétisation programmatique de la non-discrimination fondée sur l'âge, nous présentons donc d'abord l'analyse des données liées aux sources juridiques (qui se rapprochent des données linguistiques) (A) et ensuite celle de sa structure (B).

A. La non-discrimination fondée sur l'âge vue à travers les sources

191. Le principe, bien que jeune, connaît une très grande diversité, ou hétérogénéité[509], de sources. Partant d'elles, nous pouvons d'abord constater que la non-discrimination fondée sur l'âge, qui est reconnue comme un droit fondamental et un principe général du droit de l'UE, est bien présentée comme un droit subjectif (1). Le législateur européen a d'ailleurs contribué à sa concrétisation par l'adoption de la directive 2000/78 (2).

[508] CJUE, 11 novembre 2014, *Schmitzer*, C-530/13, §22, *RTD eur.* 2016, p. 361, n. Fl. Benoît-Roemer.
[509] HOUSER, Mathieu, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA*, 2010, pp. 323-332, spéc., p. 325.

1. La non-discrimination fondée sur l'âge en tant que droit subjectif

192. Si la non-discrimination fondée sur l'âge peut, par le truchement de l'interdiction de toutes formes de discrimination, être rattachée aux instruments proclamant les droits de l'homme les plus anciens, son énonciation explicite n'est que très récente[510] et assez limitée, ce qui montre que sa prise en compte ne vient pas vraiment de soi.

193. Sans remonter aux premières déclarations des droits de l'homme, on voit que les instruments de protection des droits de l'homme élaborés dans la période d'après-guerre du 20e siècle restent tous muets sur l'âge comme motif discriminatoire[511]. On notera plus particulièrement que les textes proclamant des droits sociaux n'envisagent pas davantage ni la non-discrimination à la lumière de l'âge, ni l'inverse. Pour la non-discrimination ou l'égalité de traitement, le motif omniprésent et unanimement prohibé est le sexe des travailleurs[512], mais pas leur âge. À l'inverse, des mesures de protection sont prévues pour des groupes particuliers d'un certain âge, telles que la protection des enfants et des adolescents[513] et le droit des personnes âgées à une protection sociale ou à des ressources suffisantes qui constituent bel et bien des différences de traitement[514]. Il faut d'ailleurs préciser que la Charte sociale européenne ignorait totalement la question des personnes âgées. L'actuel article 23 n'existe que depuis le protocole additionnel de 1988.

Le changement par rapport à cette indifférence initiale est alors advenu par l'action des juges. Du côté de la Cour EDH, il était demandé au juge si un aménagement de la procédure pénale pour les mineurs pouvait être compatible avec l'article 5§4 de la Conv. EDH, l'article 14 étant invoqué conjointement[515]. La Cour a admis la recevabilité du moyen, mais a déclaré que la mesure nationale était justifiée et ne constituait pas une discrimination, car elle visait à protéger les mineurs. L'âge peut donc constituer un motif discriminatoire, mais sa justification paraît plutôt facile (caractérisée dans l'arrêt par sa brièveté). Quant à la Cour de justice, l'âge n'apparaissait pas en soi comme un motif discriminatoire reconnu. Il était souvent lié à la

---

[510] On a relevé la particularité du droit américain qui s'est attaqué à ce sujet dès 1967 avec la loi *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA), v. MERCAT-BRUNS, Marie, « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *RDT,* 2007, pp. 360-368.

[511] Concernant l'Europe, on peut citer les listes, certes non exhaustives, des motifs discriminatoires prohibés inscrites à l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à l'article 14 de la Conv. EDH.

[512] V. les articles 4 §3 (égalité de traitement en matière de rémunération), 20 (égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession) et 27 (charges familiales) de la Charte sociale européenne (CSE); §16 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux.

[513] V. l'art. 17, CSE; §§20-23, Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux.

[514] l'art. 23, CSE; §§24 et 25, Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux.

[515] Cour EDH, 29 février 1988, *Bouamar c. Belgique*, n°9106/80, série A, n°129, §54 et §§66-67.

discrimination fondée sur le sexe. Diverses situations ont été présentées à la Cour dès les années 1970 : la rupture du contrat de travail automatique à partir d'un certain âge[516] ; la possibilité pour un salarié de choisir le départ volontaire[517] ; l'octroi conventionnel d'une pension de retraite anticipée conditionné par l'âge[518] ; la possibilité de licenciement ouverte en fonction de l'âge[519] ; l'octroi des avantages versés liés à l'ancienneté[520] ; la durée légale de cotisation pour obtenir la pension de retraite[521] ; etc. Il est intéressant de constater que des questions litigieuses restent sensiblement les mêmes après l'autonomisation du critère d'âge. En substance, on a toujours affaire à la régulation du marché du travail et à des mesures d'indemnisation d'individus qui sont souvent victimes de cette régulation. De même, la différence de traitement ayant trait à l'âge était déjà appréciée avec une indulgence relativement grande par la CJCE[522]. Toutefois, il ne s'agissait point d'une non-discrimination fondée sur l'âge avant la lettre. Car dans ces affaires, il y avait deux seuils d'âge différents fondés sur la différence des deux sexes (par ex., les âges légaux de la retraite pour les *femmes* et pour les *hommes*), alors qu'aujourd'hui, c'est un seul seuil d'âge qui institue deux traitements différents. Dans le premier cas, la différence en raison de l'âge apparaît comme la conséquence de la discrimination en raison du sexe, tandis que dans le second, elle est à l'origine de la discrimination.

194. C'est finalement par le Traité d'Amsterdam que la non-discrimination fondée sur l'âge a été introduite en droit de l'UE et inscrit à l'article 13 du TCE (art. 19, TFUE[523]) qui a procédé à l'élargissement des motifs discriminatoires prohibés. Toutefois, il s'agit d'une simple habilitation du Conseil à prendre des mesures pertinentes. Mais cette prise en compte explicite

---

[516] CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne (III)*, aff. 149/77.
[517] CJCE, 16 février 1982, *Burton*, aff. 19/81.
[518] CJCE, 26 février 1986, *Roberts*, aff. 151/84.
[519] CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84.
[520] CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, C-109/88.
[521] CJCE, 7 juillet 1992, *Equal Opportunities Commission*, C-9/91.
[522] Par exemple, dans l'arrêt *Roberts* précité, la retraite conventionnelle anticipée était permise à partir de 55 ans pour les hommes comme pour les femmes. La requérante s'estimait alors discriminée puisque les âges légaux de la retraite des deux sexes n'étaient pas les mêmes : 60 ans pour les femmes et 65 ans pour les hommes. La Cour rejeta cette argumentation et ne retint que l'aspect relatif à la rupture du contrat de travail, interprété comme un licenciement et jugea donc qu'il n'y avait pas de discrimination fondée sur le sexe. V. aussi, MILLETT, Timothy, « European Community law : sex equality and retirement age », *International & Comparative Law Quarterly* 1987, 36(3), pp. 616-633 ; BATES, Jane, « Sex equality and retirement : two recent decisions of the European Court of Justice », *Public Law* 1986, pp. 537-546.
[523] §1 : « Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

du critère d'âge marque la prise de conscience de certains problèmes sociaux dans la société européenne, caractérisée par le vieillissement de la population[524]. Il fallait attendre la Charte des droits fondamentaux pour voir sa reconnaissance en tant que droit fondamental. L'article 21 de la Charte énonce que, « [e]st interdite toute discrimination fondée notamment sur (…) l'âge (…) ». Les Explications indiquent que les deux sources d'inspiration de cet article sont l'article 13 du TCE et l'article 14 de la Conv. EDH. Une autre disposition relative à l'âge est l'article 25 de la Charte[525], mais elle n'est pas liée à la discrimination. La formule est très générale et contient potentiellement un droit subjectif.

Cette consécration par la Charte a sans doute facilité la reconnaissance par la Cour de justice du principe général de non-discrimination fondée sur l'âge. Néanmoins, c'est de manière relativement inattendue que l'on découvre l'existence de ce principe dans le fameux arrêt *Mangold*[526] (§72). On remarque que, tandis que la Cour voulait « inventer » en réalité un principe général par elle-même[527], elle feint d'avoir trouvé « sa source (…) dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux États membres » (§73). Or, comme nous l'avons vu, il n'y a précisément pas de telles affirmations ni dans les instruments internationaux, ni dans les droits constitutionnels des États membres[528]. On a vu que « l'emprunt » et « l'invention interne » constituent l'un comme l'autre les méthodes pour consacrer les principes généraux du droit utilisées par la Cour (le caractère commun n'étant pas toujours requis). Mais comme la Charte n'était pas encore contraignante, il était difficile pour la Cour de s'y référer. C'est sans doute pourquoi la Cour a choisi « l'emprunt », quitte à être critiquée par la doctrine comme par ses propres avocats généraux. En tout cas, avec la Charte des droits fondamentaux et la reconnaissance jurisprudentielle, le principe de non-discrimination en raison de l'âge atteint le niveau maximal de reconnaissance. On ne peut donc mettre en doute le caractère fondamental de cette interdiction, qui, bien que ne s'exprimant pas avec le mode de « droit à », peut être parfaitement reformulée dans ce sens. Il existe alors une exigence de rendre ce principe le plus effectif dans la mesure du possible. En outre de la

---

[524] DUBOUT, Edouard, *L'article 13 du traité CE, la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, avec une préface de Laurence Burgorgue-Larsen, Bruylant, 2006, p. 77.
[525] « L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle. »
[526] CJCE, 22 nov. 2005, *Mangold*, C-144/04, *Europe*, 2006, n°1, p.19, comm. 18, L. Idot; *RDT*, 2006, p. 133, comm. S. Robin-Olivier.
[527] RODIERE, Pierre, « Âge et discriminations dans l'accès à l'emploi L'actualité législative française confrontée au droit communautaire », *SSL*, 2006, n°1266.
[528] Des exceptions sont rares, par exemple, le cas de la Constitution finlandaise évoqué par l'avocat général Mazak dans ses conclusions dans l'affaire *Palacios de la Villa* (C-411/05, §88).

consécration par le droit primaire et le juge, ce principe a reçu une concrétisation par le droit dérivé.

2. La non-discrimination fondée sur l'âge concrétisée par la directive 2000/78

195. À la suite de l'habilitation dans le Traité d'Amsterdam, le Conseil a adopté 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. Ses articles 1er, 2§2 et 6 concernent directement la non-discrimination fondée sur l'âge. Cette « concrétisation » de la non-discrimination fondée sur l'âge par le législateur de l'UE est riche de renseignements :

196. Tout d'abord, le préambule nous éclaire sur la légitimité ou la rationalité politique de cette mesure juridique. La nécessité d'un cadre général de l'égalité de traitement est rattachée au « droit universel reconnu » de toute personne à l'égalité devant la loi en général et la protection contre la discrimination. Le législateur européen cite un ensemble de sources internationales et européennes pour étayer ce droit universel (considérant 4 de la directive)[529]. Il tente ainsi d'établir le lien entre le droit subjectif et le droit objectif : les deux étant complémentaires et reconnus en droit de l'UE. Il était toutefois malaisé pour le législateur de trouver un fondement pour la non-discrimination en raison de l'âge. Il y est parvenu par un détour vers les actions positives : la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux déclare dans son préambule qu' « il convient de lutter contre les discriminations sous toutes leurs formes » et encourage des mesures particulières en faveur des personnes âgées en vue de leur insertion sociale et économique (points 24 et 25). La non-discrimination fondée sur l'âge serait donc une expression particulière de ces exigences (considérant 6 de la directive).

Dans la suite du préambule, toutefois, le législateur donne une analyse « économique » de la fonction de non-discrimination fondée sur l'âge. Les considérants 7 et 8 rappellent l'objectif et la stratégie de l'emploi dans l'UE, alors que « [l]'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi. (…) » (considérant 25). Ainsi voit-on une nouvelle fois la tension entre les éléments idéels et factuels de la non-discrimination fondée sur l'âge. Une certaine hiérarchie semble pourtant avoir été anticipée par le législateur,

[529] Dont la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, les pactes des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et par la Conv. EDH.

car selon lui, « [l]'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent dans une large mesure à la pleine participation des citoyens à la vie économique, culturelle et sociale, ainsi qu'à l'épanouissement personnel » (considérant 9). Autrement dit, l'emploi et le travail, ainsi que l'insertion sociale ne sont que des moyens pour favoriser le développement personnel, « le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes. » (considérant 11). Malgré ces considérations, il reste que la raison spécifique pour prohiber la discrimination fondée sur l'âge reste peu élaborée[530].

197. Ensuite, la directive précise de nombreuses notions impliquées dans ce principe, en particulier la discrimination (art. 2). À propos de la limitation de ce principe, l'article 6 prévoit clairement que parmi les objectifs légitimes pouvant justifier une telle discrimination se trouvent notamment des objectifs de « politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle » (art. 6 §1). De même, une exception est prévue pour les régimes professionnels de sécurité sociale. L'interprétation du principe se trouve donc conditionnée par ces précisions « législatives ».

198. Enfin, le champ d'application du principe devient une question intéressante. Est-il affecté par le champ d'application de la directive ou plutôt est-ce l'inverse ? Nous voyons que l'application *ratione temporis* de la directive a déjà été influencée par ce principe dans l'arrêt *Mangold*[531]. La question de l'application *ratione materiae* et *ratione personae* se pose aussi. Mais c'est une question qui va au-delà des données linguistiques. Il faudra procéder à la concrétisation circonstancielle. Pour l'instant, nous devons encore examiner la structure de la non-discrimination.

[530] LANGLOIS, Philippe, « Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge », *Dr. soc.* 2006, n°2, pp. 155-157.
[531] On rappelle que dans cet arrêt, la CJCE a fait produire des effets à la directive même avant l'expiration du délai de transposition par le truchement du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge.

B. La non-discrimination fondée sur l'âge vue à travers sa structure

199. La structure du principe de non-discrimination fondée sur l'âge peut être analysée selon ses trois composantes : l'âge comme le critère (1), la non-discrimination comme action prescrite (2) et le principe comme le mode pour exprimer la prescription (3).

1. L'âge comme critère prohibé

200. L'âge est à l'évidence une durée de temps. Or, c'est le mode de calcul de cette durée qui cause une polysémie. Il peut tout d'abord être calculé à partir de la naissance d'une personne: c'est l'âge qu'elle a, la durée de son existence, « de la vie épuisée par chacun »[532]. Mais il peut aussi être calculé à partir de l'entrée d'un salarié dans la profession : c'est son expérience professionnelle, ou son entrée dans une entreprise: c'est son ancienneté. Dans le droit de l'UE, quel âge doit-on prendre en compte[533] ?

Ni le droit primaire ni la directive 2000/78 ne fournissent de véritable réponse. Néanmoins, une interprétation systémique pourrait conduire à penser qu'il s'agit plutôt de l'âge de la vie humaine. Car la directive fait expressément des réserves en matière d'âge de la retraite et d'âge pour entrer dans les forces armées (considérants 14 et 18). Mais le raisonnement n'est pas rigoureux, car il s'agit des *réserves* (c'est-à-dire des exclusions) qui concernent par nature « des âges particuliers ». Rien n'empêche de penser que l'âge englobe toujours l'expérience et l'ancienneté. L'article 6§1, b) de la directive mentionne d'ailleurs l'expérience et l'ancienneté en parallèle avec l'âge. Ces trois notions ne sont pas étanches l'une à l'autre. Il est facile de constater que « [t]rouver un travail peut parfois être plus difficile pour les jeunes qui ont peu ou pas d'expérience »[534]. Autrement dit, il convient de penser que l'article 6§1, b) souligne ce lien et précise la directive au lieu d'opposer ces trois notions. C'est ainsi que dans un rapport rédigé par M. O'Cinneide pour la Commission européenne en la matière, il est indiqué que « [l]es distinctions fondées sur l'ancienneté et l'expérience devront pareillement répondre à l'exigence du test de la justification objective. Comme pour la législation européenne relative à la discrimination fondée sur le sexe, l'utilisation de telles distinctions ne sera justifiable que

[532] DUPEYROUX, Jean-Jacques, « L'âge en droit social », *Dr. soc.* 2003, n°12, pp. 1041-1046.
[533] Nous n'évoquerons pas spécialement ici la question des « prête-noms » de l'âge, c'est-à-dire des facteurs qui sont « indissociablement liés » à l'âge, car elle ne pose pas difficultés particulières jusqu'à présent. Un exemple souvent rencontré est la prise en compte de la possibilité de bénéficier d'une pension de retraite. La CJUE n'a pas eu de peine pour la considérer comme un critère indissociablement lié à l'âge qui pourrait donner lieu à une discrimination directe. V. CJUE, 12 oct. 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)*, C-499/08, § 23.
[534] Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Discrimination fondée sur l'âge,* 2011., disponible à http://www.diversite.be/?action=publicatie_detail&id=127&thema=3.

si ces distinctions ont un objectif légitime, sont véritablement liées aux besoins du poste en question et proportionnées en nature »[535].

201. La jurisprudence de la Cour de justice semble assez nuancée sur ce sujet. M. O'Cinneide rappelle que, dans les affaires liées à la discrimination en raison du sexe, la Cour a d'abord admis des augmentations de salaire uniquement en fonction de la durée du service[536], mais a ensuite considéré qu'un tel traitement pouvait constituer une discrimination indirecte fondée sur le sexe car les femmes sont objectivement défavorisées par les emplois qu'elles occupaient[537]. Dans un arrêt plus récent, la Cour maintient sa position initiale en considérant que « l'employeur ne doit pas spécialement établir que le recours à ce critère est apte à atteindre ledit but en ce qui concerne un emploi donné, à moins que le travailleur fournisse des éléments susceptibles de faire naître des doutes sérieux à cet égard »[538]. Cette attitude qui n'est pas entièrement en harmonie avec l'évolution du régime probatoire[539] témoigne de la confiance constante (mais de plus en plus injustifiée) de la Cour dans le critère d'ancienneté. Sur le terrain propre de l'âge, la Cour a rigoureusement séparé l'âge et l'ancienneté. Dans l'affaire *Tyrolean Airways*[540], il était question d'un mode de classement prenant en compte uniquement l'expérience professionnelle acquise au sein de la seule société en cause et à l'exclusion de l'expérience matériellement identique acquise au sein d'une autre société du même groupe. Alors que les juges nationaux (en première instance et en appel) ont constaté l'existence d'une discrimination en raison de l'âge, la Cour a répliqué que, « une différence de traitement en fonction de la date de recrutement par l'employeur concerné (…) n'est pas, directement ou indirectement, fondée sur l'âge ni sur un événement lié à l'âge » (§29). Par conséquent, le droit de l'Union ne s'oppose pas à la disposition en cause. L'argument de la Cour semble prendre parti de la séparation analytique de ces notions et reprend la thèse du P[r] Bob Hepple[541]. Ce dernier considère que « *although [age-related factors] may have a greater impact on older*

---

[535] O'CINNEIDE, Colm, *La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen*, 2005, Commission européenne, p. 7.
[536] CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, C-109/88.
[537] CJCE, 7 février 1991, *Nimz*, C-184/89.
[538] CJCE, 3 octobre 2006, *Cadman*, C-17/05, *RJS* 2/07, p. 121, §40.
[539] La directive 97/80/CE de 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe consacra la solution dans l'arrêt *Danfoss* précité qui date de 1989 : « l'employeur a la charge de prouver que sa pratique n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit par rapport à un nombre relativement important de salariés que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins. » (§16)
[540] CJUE, 7 juin 2012, *Tyrolean Airways*, C-132/11, *RJS* 8-9/12, p. 580, obs. H. Tissandier. Notons que c'est également la solution de la Cour de cassation française : Soc. 30 avril 2009, n°07-43945.
[541] HEPPLE, Bob, « Age Discrimination in Employment: Implementing the Framework Directive 2000/78/EC », *in* FREDMAN, Sandra, et Sarah SPENCER (éd.)*, Age as an Equality Issue, op. cit.*, pp. 71-115.

workers they are said to be analytically distinct from age, because a younger worker may have worked longer for the employer than an older but recently joined employee ». Toutefois, cette analyse ne semble pas satisfaire l'exigence de l'article 6§1, b) de la directive[542] qui soumet précisément ces exceptions à la justification objective et raisonnable. Elle implique que l'ancienneté ou l'expérience ne puissent constituer une justification automatique. Si l'on peut accepter que l'objectif de fidéliser le personnel expérimenté constitue un objectif légitime, la disposition litigieuse dans cette affaire semble en revanche entachée d'arbitraire. Les salariés appartenaient bien à des compagnies aériennes formant un même groupe, de sorte que l'on ne voit pas bien le but recherché de la prise en compte de l'ancienneté acquise uniquement au sein d'une compagnie. Cette formalité supplémentaire constitue donc une discrimination injustifiée. La solution de la Cour manque encore de finesse en ce qu'elle refuse d'y voir non seulement une discrimination directe, mais aussi une discrimination indirecte dont les structures doivent être examinées à présent.

2. La discrimination comme objet d'interdiction

202. Il convient de souligner que, à ce stade, on étudie de manière structurelle l'identification d'une discrimination et non pas sa justification. Les modalités de discrimination en raison de l'âge ne diffèrent pas de celles fondées sur d'autres motifs, à savoir, les discriminations directe et indirecte, définies à l'article 2§2 de la directive 2000/78. Le critère d'âge ne rajoute que certaines particularités à la structure générale de (non-)discrimination.

203. Avec une inspiration étymologique, on peut dire que la discrimination est une différence injustifiée et inacceptable infligée à des sujets qui se trouvent dans des situations comparables, qu'il s'agisse de la discrimination directe ou indirecte. D'apparence simple, nous savons pourtant que la non-discrimination comporte de nombreuses incertitudes, notamment parce qu'elle est tiraillée entre le droit (l'égalité formelle) et le fait (l'égalité réelle)[543]. Cette ambiguïté résulte précisément de la différence entre discriminations directe et indirecte : la première part d'un traitement inégal et par définition formel, alors que la seconde s'intéresse à un résultat inégal et par conséquent réel. Nous détaillerons ci-après ce point, mais notons encore

[542] « Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre : (…) b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'*ancienneté dans l'emploi*, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi. » (Nous soulignons.)

[543] V. par ex., BIOY, Xavier, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *in* SUDRE, Frédéric, et Hélène SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant - Nemesis, 2008, p. 51.

une fois que les éléments idéels et factuels sont structurellement nécessaires dans la concrétisation de la norme de non-discrimination. Au demeurant, Le Pr S. Fredman les désigne comme la conception traditionnelle de la discrimination et leur adresse les critiques suivantes[544] :

Tout d'abord, l'interdiction de la discrimination directe est fondée sur le principe aristotélicien de cohérence, c'est-à-dire, traiter le semblable de manière semblable. Cette interdiction ne serait donc concernée par aucune considération substantielle (*substantive standard*), présente des difficultés dans l'identification d'une référence de comparaison et demande une qualification tranchée (il y a ou non discrimination). En matière d'âge, son défaut semble particulièrement flagrant en raison du caractère fluctuant de l'âge. Comment faudrait-il trouver les sujets de comparaison ? Pour un travailleur de 60 ans, il est certain que la comparaison s'avèrera très différente selon qu'on le rapporte à un travailleur de 55 ans, de 35 ans ou de 20 ans. La simple différence d'âge ne paraît donc pas pertinente dans la constatation d'une discrimination directe.

Ensuite, la discrimination indirecte ne serait pas moins problématique. Doit-on penser que, comme l'énonce littéralement la directive, le désavantage subi par quelques personnes et non pas par un groupe de personnes constitue une discrimination indirecte ? Le Pr Hepple considère que cette interprétation effacerait la distinction entre discrimination directe et indirecte puisque leur définition deviendrait en substance identique, à savoir un traitement moins favorable pour des personnes d'un certain âge. Il faut donc que la discrimination concerne plutôt un groupe. Mais comment constituer ce groupe ? Et avec qui le comparer ? Autant de questions difficiles.

Ces auteurs sont donc amenés à considérer qu'il faudrait dépasser la conception « comparatiste » des discriminations directe et indirecte. En matière de discrimination directe, « *legislation should provide simply that it is discriminatory to subject a person to a detriment because of her or his age* ». S'agissant de la discrimination indirecte, il semble que la définition donnée à l'art. 2 §2 b) de la directive aille déjà dans ce sens-là en s'intéressant plutôt au désavantage qu'au traitement *moins* favorable.

---

[544] FREDMAN, Sandra, «The Age of Equality», *in* FREDMAN, Sandra, et Sarah SPENCER, *Age as an Equality Issue*, *op. cit.*, pp. 21-70, spéc. p. 56 et s. Le Pr Hepple déclare également sans hésitation que « *[u]nfortunately the Framework Directive is rooted in an out-dated approach to anti-discrimination law.* », v. « Age Discrimination in Employment (…) », *op. cit.*

204. Ces critiques, pour vraies qu'elles soient, ne dissipent pas notre doute sur cette dernière proposition. Est-ce possible de se passer de la comparaison ? Est-ce d'ailleurs nécessaire ? La comparaison ne fait-elle pas partie de la structure même de la non-discrimination ? Nous reconnaissons bien que la notion de « situations comparables » reste l'une des plus difficiles à saisir dans ce domaine. Toutefois, il semble bien que c'est moins la comparaison que les sujets de la comparaison qui créent des difficultés. Car la discrimination est par nature relative. Une dégradation de traitement subie par tout le monde est une régression, ou un mauvais traitement, mais pas une discrimination. De plus, il serait trop simple d'affirmer que l'interdiction de la discrimination directe ignore l'égalité de résultat et que celle de la discrimination indirecte ignore l'égalité de traitement, car la structure de la non-discrimination, lorsque nous la regardons de près, nous dit le contraire.

Structurellement parlant, toute (non-)discrimination doit être prise en compte dans ses trois dimensions : la situation initiale qui conditionne l'existence de la discrimination ou l'application de la non-discrimination ; le traitement qui constitue l'action produite par la (non-)discrimination ; et le résultat comme effet produit par l'action susmentionnée. Pour qu'il y ait discrimination, il faut d'abord qu'il y ait des « situations comparables ». Ensuite, il convient d'observer que l'égalité formelle (demandée surtout par la non-discrimination directe) peut bien conduire à l'égalité de résultat au moins en ce qui concerne ce motif. Par exemple, une augmentation de salaire pour les travailleurs de tous les âges conduit bien à une égalité dans l'augmentation au regard de l'âge (il n'y a pas de différence d'augmentation pour les âges différents). Si le revenu des jeunes se trouve encore globalement inférieur à celui des anciens, la différence vient d'autres facteurs (par exemple, le poste occupé), et non pas de cette mesure égale à tous du point de vue de l'âge. De même, si la non-discrimination indirecte vise à corriger un résultat qui s'avère inégal, elle ne modifie en rien l'égalité de traitement en ce qui concerne le motif prohibé.

205. Pour expliciter notre propos (et pour examiner la critique relative à l'absence de considération substantielle dans le concept actuel de non-discrimination), on peut se référer au tableau ci-dessous :

	Discrimination		Non-discrimination	
	Directe	indirecte	directe	indirecte
Situation	$s(a) \approx^{m} s(b)$	$s(A) \approx^{m} s(B)$	$s(a) \approx^{m\ s(b)}$	$s(A) \approx^{m} s(B)$
Traitement	$t(a) \neq^{m} t(b)$	$t(A) =^{m} t(B)$	$t(a) =^{m} t(b)$	$t(A) =^{m} t(B)$
Résultat	$s'(a) \neq s'(b)$	$s'(A) \neq s'(B)$	$s'(a) = s'(b)$	$s'(A) = s'(B)$

(Tableau 3. Les structures des discriminations directe et indirecte)

Dans ce tableau, les trois éléments structurels de la discrimination sont présentés successivement : la situation initiale, le traitement et le résultat (ou la situation finale). Les lettres « a, b, A, B » désignent des sujets de comparaison (des entités), « a, b » sont des personnes prises individuellement, « A, B » sont des groupes de personnes[545]. Dans la discrimination directe par exemple, les situations initiales des sujets « a » et « b » sont comparables[546]. Mais le traitement est inégal, ce qui conduit à un résultat inégal. On observe que selon les définitions de la directive (ainsi que de nombreuses analyses doctrinales), on a uniquement insisté sur une partie de la structure des discriminations - le traitement pour la discrimination directe et le résultat pour la discrimination indirecte. Toutefois, ce tableau montre qu'en passant de la discrimination à la non-discrimination, les résultats ainsi que les traitements sont tous transformés en rapport d'égalité.

Plus précisément, le *résultat* dans la non-discrimination directe et indirecte est structurellement un rapport d'égalité (l'égale augmentation du salaire pour tous les âges que l'on a mentionnée). De même, la non-discrimination indirecte exige structurellement un *traitement* égal fondé sur le motif concerné. On ne peut donc pas considérer qu'il n'y a pas de

---

[545] Notons que nous avons choisi les situations les plus courantes. À la différence du P[r] Hepple, nous ne pensons pas que les deux discriminations puissent être distinguées en fonction de l'objet – un individu ou un groupe – de la discrimination.

[546] Pour noter cela dans le tableau, on retient que :
- « ≈ » remplace « comparable », « = » remplace « égal », « ≠ » remplace « différent ».
- La puissance « ^{m} » se lit « en ce qui concerne le motif discriminatoire »;
- « s » renvoie à la situation, « t » le traitement, et « r » le résultat.

Par conséquent, « $s(a) \approx^{m} s(b)$ » doit être lu comme « la situation de 'a' est comparable à celle de 'b' en ce qui concerne le motif 'm' ».

considération substantielle. Si l'insuffisance du traitement est aussi un problème, on ne peut toutefois pas le résoudre en recourant à la non-discrimination.

206. Avec cette analyse structurelle, la différence entre la non-discrimination et l'action positive est également mise en évidence. La première vise toujours à assurer une égalité de résultat à travers l'égalité de traitement, alors que la dernière parvient au même résultat avec précisément une inégalité de traitement, et reste bel et bien une discrimination. Dans le premier cas, l'État est soumis à une obligation négative (ne pas créer un traitement inégal), alors que dans le second, il lui incombe une obligation positive (adopter un traitement inégal). On serait alors tombé dans la confusion si l'on voulait intégrer la notion d'action positive dans la non-discrimination. C'est pourquoi la rédaction de la directive mérite d'être saluée, en tant qu'elle envisage clairement l'action positive comme une exception au principe (l'art. 7). L'exception est admise précisément parce que ces mesures sont « destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs », ou parce que, disons-le autrement, les situations comportent de différences tellement sensibles qu'une action positive devient nécessaire. Le rapport « ≈ » est devenu plus faible, et laisse place même au rapport « ≠ », comme le montre le tableau ci-dessous :

	Inaction juridique	Action positive
Situation	$s(a) \neq^m s(b)$	$s(A) \neq^m s(B)$ (qui fait concurrence au rapport « $s(A) \approx^m s(B)$ »)
Traitement	$t(a) \neq^m t(b)$	**$t(A) \neq^m t(B)$**
Résultat	$s'(a) \neq s'(b)$	$s'(A) = s'(B)$

(Tableau 4. La structure de la discrimination ou action positive)

C'est ainsi que l'on peut comprendre l'attitude prudente de la Cour de justice face aux actions positives[547], car l'exception est d'interprétation stricte. La cohérence du principe d'égalité pourrait ainsi être restituée par la différenciation entre deux composantes complémentaires: une composante générale et négative de non-discrimination et l'autre plus

[547] LAURENT, Sylvain, « Discrimination: le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Dr. soc.* 2008, n°5, pp. 586-598.

spécifique et positive d'action de promotion en cas de besoin. La comparaison reste toujours essentielle dans ces démarches. Comment identifier alors les sujets de comparaisons ?

207. En matière de discrimination directe, la jurisprudence ne révèle pas encore de difficultés particulières. La Cour de justice n'a connu que des cas où le critère d'âge apparaît clairement. Il sépare donc facilement les travailleurs en deux catégories. Par exemple, les travailleurs susceptibles d'être mis à la retraite sont comparés à ceux qui ne le sont pas[548]. Parfois, ce raisonnement semble tellement évident que la Cour évoque la différence de traitement sans même indiquer une référence de comparaison[549]. Autrement dit, la Cour ne ressent pas le besoin d'identifier une référence concrète pour réaliser la comparaison. Il suffit de concevoir un travailleur qui n'appartient pas au groupe d'âge défavorisé. C'est en réalité une démarche bien classique en matière de la non-discrimination, les femmes sont comparées aux hommes, les personnes handicapées aux personnes non handicapées, etc. C'est la négation du motif prohibé qui donne le critère pour identifier le comparateur. La possibilité d'un comparateur hypothétique est évoquée[550]. Mais nous verrons que son utilité, tout comme celle d'une référence concrète de comparaison, réside dans l'étape de la justification.

Quant à la discrimination indirecte, la difficulté pour identifier un groupe défavorisé ne paraît pas non plus insurmontable. Il convient de distinguer deux situations, l'une relevant bien des groupes de personnes, l'autre concernant des situations davantage individuelles. Dans le premier cas, un critère d'apparence neutre est systématiquement impliqué. Le juge peut constituer deux groupes de travailleurs en fonction de ce critère, puis essaie de les faire correspondre à une différenciation en fonction de l'âge. Par exemple, le critère de type d'emploi peut être rattaché à l'âge, lorsqu'une proportion plus importante de jeunes est engagée par des CDDs ou contrats à temps partiel. Dans le second cas où parfois l'on n'est en face d'aucun critère évoqué et où les statistiques sont moins probantes, la situation est en effet plus complexe. La Cour de justice nous a donné un exemple intéressant pour le motif du sexe. Dans l'arrêt *Seymour-Smith*[551], une législation anglaise imposait une durée d'emploi d'au moins 2 ans pour pouvoir invoquer le « *unfair dismissal* ». La règle pouvait constituer une discrimination

[548] CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, §51, « travailleurs ayant atteint cet âge par rapport à l'ensemble des autres personnes en activité »; CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07, §34, « travailleurs ayant atteint cet âge de départ à la retraite par rapport à l'ensemble des autres personnes en activité ».
[549] CJUE, 12 oct. 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)*, C-499/08, §§22-24.
[550] MICHEA, Frédérique, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Dr. soc.*, 2010, n°11, pp. 1060-1069, spéc. p. 1064; O'CINNEIDE, Colm, *La discrimination fondée sur l'âge (...)*, *op. cit.*, pp. 21-23.
[551] CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97.

indirecte à l'égard des femmes. Mais les statistiques « ne semblent pas révéler qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par la règle litigieuse » (§64). Néanmoins, la Cour précise qu' « il pourrait en être de même si les données statistiques révélaient un écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui remplissent la condition de deux années d'emploi » (§61). Autrement dit, le cœur de la comparaison n'est pas la constitution des groupes, mais la différence persistante à travers le temps. À notre connaissance, la CJUE n'est pas encore confrontée à de telles questions dans le domaine de l'âge. La question était évoquée, mais vite écartée dans l'affaire *Tyrolean Airways*. Mais on peut raisonnablement penser que la comparaison en cas de discrimination indirecte fondée sur l'âge reste tout à fait réalisable.

Après avoir vu l'identification de la discrimination, on peut maintenant s'intéresser au caractère « principiel » de la non-discrimination fondée sur l'âge.

3. Le principe comme mode d'expression normatif de l'interdiction

208. Comme nous l'avons vu, la non-discrimination fondée sur l'âge est bien proclamée par la Charte et reconnue comme un principe général du droit de l'UE. La conception du « principe » telle que nous l'avons étudiée dans le premier chapitre est-elle pertinente ici ? Nous pensons que oui. Le caractère dual de ce droit, à savoir à la fois « règle » et « principe », est relativement bien établi.

209. Les énoncés qui sous-tendent ce « principe général » paraissent sous forme de « règle ». L'article 21 de la Charte énonce de manière générale l'interdiction de la discrimination fondée sur, *inter alia*, l'âge sans même ajouter la possibilité de justification. L'article 14 de la Conv. EDH ne prescrit pas moins catégoriquement la jouissance des droits « sans distinction aucune » fondée sur des motifs dont désormais l'âge fait partie. Néanmoins, la Cour EDH a assoupli le texte en considérant que « [m]algré le libellé très général de sa version française ("sans distinction aucune"), l'article 14 n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus »[552].

[552] Cour EDH, 23 juillet 1968, *« linguistique belge »*, Série A, n°6, §10, *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. Pelloux.

En droit de l'UE, comme nous l'avons vu, on retrouve dans la directive 2000/78 la possibilité de justifier la discrimination fondée sur l'âge, en particulier par des objectifs légitimes d'intérêt général de politique de l'emploi, qui peut être vue comme une concrétisation de la réserve générale d'ingérence législative. On voit donc mieux comment penser la non-discrimination fondée sur l'âge avec le modèle de « principe » chez R. Alexy[553]. En même temps, nous pouvons aussi confirmer le concept de droit fondamental utilisé dans notre thèse, à savoir une norme fondamentale et générale porteuse de droits subjectifs.

210. Avec l'étude des textes et de la structure de la non-discrimination fondée sur l'âge, nous espérons avoir montré que la concrétisation programmatique spécifique à chaque droit fondamental est un outil puissant pour guider leur application par le juge. Elle impose par ailleurs une exigence renforcée d'argumentation qui pourrait être discutée en doctrine. Avec de telles connaissances, on est aussi prêt à passer à l'étude de l'effectivité concrète du droit en cause. Pour le principe de non-discrimination fondée sur l'âge, il faut maintenant passer à l'examen de sa concrétisation circonstancielle.

§2. La concrétisation circonstancielle de la non-discrimination fondée sur l'âge

211. On ne dira jamais assez que les concrétisations programmatique et circonstancielle ne sont pas des catégories étanches. Mais il existe aussi une différence majeure entre les deux concrétisations : si le travail programmatique clarifie la « potentialité » normative d'un droit social fondamental, l'étape circonstancielle consiste précisément à évaluer la réalité de cette potentialité. En d'autres termes, si un droit fondamental possède bien un aspect principiel, il y a dès lors une exigence de rendre sa protection toujours meilleure. Cette exigence ne se réalise qu'à travers l'utilisation des faits. Toutefois, la non-discrimination fondée sur l'âge nous montre que, s'il existe des occasions où ils sont employés dans le sens de la promotion des droits fondamentaux (B), les faits ont avant tout constitué une source importante de limitation (A).

A. Les faits limitant l'exigence de non-discrimination

[553] ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 80-86.

212. La Cour de justice, s'appuyant sur les limitations prévues par les textes, utilise les éléments factuels pour justifier une large marge d'appréciation des États membres, tant pour l'identification des objectifs légitimes (1), que pour le contrôle de proportionnalité (2).

1. Les objectifs légitimes admis à la justification

213. Outre la réserve générale d'ingérence prévue par l'article 52 §1 de la Charte des droits fondamentaux, l'exigence d'un objectif légitime est aussi posée par la directive 2000/78 (art. 2§2, b) i. ; art. 4§1; art. 6§1). Certains motifs sont d'ailleurs qualifiés tels quels, auxquels sont ajoutés les objectifs reconnus par le juge. Un rapide examen dresse le bilan suivant:

Dans la directive figurent deux types d'objectif légitime : il y a d'abord ceux qui sont communs avec d'autres types de discrimination, par exemple, la sécurité publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui dans une société démocratique (art. 2§5). Parallèlement, il existe un objectif spécifique concernant la politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle (art. 6§1). L'article 6§1 donne également quelques illustrations.

Parmi les objectifs identifiés par le juge, on trouve de manière assez sporadique les objectifs suivants : « favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage »[554] ; « la promotion de l'embauche »[555] ; « réguler le marché national de l'emploi, notamment aux fins d'enrayer le chômage »[556] ; « ne pas défavoriser les personnes ayant suivi une scolarité secondaire d'enseignement général par rapport à celles issues de l'enseignement professionnel »[557] ; « favoriser l'échange d'expériences et l'innovation, et donc le développement de la qualité de l'enseignement et de la recherche au sein des universités »[558]; etc.

214. Sans aller plus loin dans le recensement des objectifs admis, on peut entreprendre d'examiner les qualités ainsi exigées par la Cour de justice pour qu'un objectif soit légitime. De manière liminaire, on doit souligner la grande souplesse du juge dans sa démarche[559]. Non

[554] CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, §59.
[555] CJCE, 11 janvier 2007, *ITC*, C-208/05, §39; CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, §65.
[556] CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, §62.
[557] CJCE, 18 juin 2009, *Hütter*, C-88/08, §40.
[558] CJUE, 18 novembre 2010, *Georgiev*, C-250 et 268/09, §46.
[559] BAILLY, Pierre et Jean-Philippe LHERNOULD, « Discrimination en raison de l'âge(…) », *op. cit.*, spéc. p. 230.

seulement elle laisse entièrement la compétence d'appréciation au juge national et se contente ainsi de donner quelques précisions à ce dernier[560], mais elle considère encore que l'absence d'indication sur les objectifs légitimes par les autorités nationales ne fait pas constater automatiquement le défaut d'objectif légitime[561].

215. Avec cette grande ouverture, la Cour précise que les objectifs liés à la politique sociale, de par leur caractère d'*intérêt général*, peuvent être considérés comme légitimes[562]. La finalité définie par rapport au fonctionnement du marché du travail peut d'ailleurs rendre légitime la recherche par les employeurs de davantage de flexibilité qui paraît *a priori* comme une mesure d'intérêt privé[563]. Quand bien même « de simples affirmations générales concernant l'aptitude d'une mesure déterminée à participer à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle ne suffisent pas » pour faire apparaître la légitimité de l'objectif[564], on ne se trouve pas moins dans une exigence minimale. C'est pourquoi les clauses de cessation automatique du contrat de travail (clause couperet) semblent constituer par nature un objectif légitime, reposant sur un consensus « depuis de nombreuses années » et dans « de nombreux États membres »[565]. Comme le dit le P[r] Marie-Ange Moreau, « [l]a justification économique se trouve systématiquement acceptée, puisque, par hypothèse, le développement économique dans l'Union européenne est un objectif premier et donc légitime »[566]. Au regard de notre concrétisation programmatique, cette tendance d'interprétation de la Cour n'est toutefois pas véritablement justifiée. Nous avons vu que la non-discrimination fondée sur l'âge est d'abord considérée comme une expression particulière de l'égalité devant la loi. Son caractère fondamental ne laisse pas supposer non plus un infléchissement facile devant des objectifs économiques. Au demeurant, cette facilité d'admission des objectifs économiques nous montre une ambivalence des éléments factuels. Si nous retrouvons d'abord leur fonction de concrétiser et de déterminer finalement les « objectifs légitimes », on voit aussi clairement

---

[560] CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07, §§47-48.
[561] CJCE, 16 oct. 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, §§56-57.
[562] CJCE, 22 nov. 2005, *Mangold*, C-144/04, §60.
[563] Un niveau plus élevé de contrôle devrait exercé par le juge concernant l'encadrement global de ces mesures de flexibilité par un objectif lié au marché du travail. V. CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07, §46 et §65, où le juge exige « un seuil probatoire élevé ». Mais cette exigence semble s'estomper dans l'arrêt *Kücükdeveci*. V. BRIBOSIA, Emmanuelle, et Thomas BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *RTD eur.* 2011, pp. 41-84, spéc., p. 56.
[564] CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07, §51.
[565] CJUE, 12 octobre 2010, *Rosenbladt*, C-45/09, §§43-44; BAILLY, Pierre et Jean-Philippe LHERNOULD, « Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne », *Dr. soc.* 2012, n°3, pp. 223-237, spéc. pp. 230-231.
[566] MOREAU, Marie-Ange, « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 2002, pp. 1112-1124, spéc. p. 1115.

que ces éléments peuvent devenir une barrière qui résiste même à l'examen du juge de l'UE. Plus le rôle des faits est (considéré comme) grand, moins la Cour limitera les motifs de la limitation. La réalité rattrape alors l'idéal juridique et forme les rapports entre l'UE et les États membres. Cette tendance à donner une large marge de manœuvre aux États membres est perceptible aussi à travers le contrôle de proportionnalité.

2. les tests mis en place pour le contrôle de proportionnalité

216. Nous savons qu'il existe trois fondements pour justifier la discrimination directe fondée sur l'âge et un fondement pour celle indirecte[567]. Or, les termes employés ne sont pas tout à fait identiques. Si le législateur européen parle de l'exigence de proportionnalité à l'article 4 §1, il évoque plutôt le contrôle du caractère nécessaire et approprié aux articles 2 §2, b) et l'article 6 §1. Quant à l'article 2 §5, il exige de « ne pas porter atteinte » aux principes énoncés. À la lecture – quelque peu superficielle – des arrêts, on peut avoir l'impression que la Cour distingue plusieurs types de contrôles conformément à la directive. Lorsque l'article 4 §1 est invoqué, la Cour exerce plus volontiers un contrôle de « proportionnalité », alors que si c'est l'article 6 §1 qui se trouve en question, la Cour ne parle plus que des moyens « appropriés et nécessaires » pour la réalisation des objectifs[568]. En pratique, toutefois, le raisonnement de la Cour ne distingue guère ces deux exigences. Elle a pu considérer que « [u]ne telle législation (...) doit être considérée comme allant au-delà de *ce qui est approprié et nécessaire* pour atteindre l'objectif poursuivi », car « *[l]e respect du principe de proportionnalité* implique en effet que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles du but recherché »[569]. À l'inverse, pour « savoir si une réglementation nationale (…) est proportionnée, il y a lieu de rechercher si cette limite est appropriée pour atteindre l'objectif poursuivi et si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. »[570] Il y aurait donc « unification du contrôle de la justification applicable »[571].

217. Cette unification reste plutôt une simple fusion des deux types d'exigence au lieu d'une rationalisation, pourtant bien exploitée par la doctrine. Selon la Cour, la proportionnalité

---

[567] V. supra, n° 213.
[568] La Cour l'exprime avec une formule presque figée: v. *Age concern England*, préc., §50; *Kücükdeveci*, préc., §37 ; *Petersen*, préc., §69 ; *Ingeniørforeningen i Danmark*, préc., §32; *Georgiev*, préc., §49.
[569] *Mangold*, préc., §65, nous soulignons.
[570] *Wolf*, préc., §42, nous soulignons.
[571] BRIBOSIA, Emmanuelle, et Thomas BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination (…) », *op. cit.*, p. 56.

consiste en le caractère approprié et nécessaire pour poursuivre l'objectif. Or, ainsi analysée, la proportionnalité se réduit à la comparaison entre des moyens pour poursuivre l'objectif: d'une part, il faut que ce soit une mesure pouvant effectivement atteindre l'objectif (« approprié »), et non pas une mesure inefficace; de l'autre, il faut qu'elle soit la mesure qui porte le moins atteinte au principe de non-discrimination parmi toutes les mesures appropriées. Cela donne alors l'impression que l'objectif doit être atteint dans son intégralité. Or, l'objectif lui-même doit subir des limitations compte tenu de l'exigence du principe de non-discrimination. Autrement dit, il faudrait encore réaliser une mise en balance, ou une limitation réciproque, entre le principe et l'objectif. L'examen de cette proportionnalité au sens strict constitue avec les deux premières exigences le triptyque du contrôle de proportionnalité[572].

218. D'aucuns analysent le contrôle de la Cour en termes de « test de proportionnalité » et « test de cohérence ». Le « test de proportionnalité » examinerait l'adéquation des moyens pour atteindre l'objectif (moyens « appropriés et nécessaires »), tandis que le « test de cohérence » qui est un « démembrement du test de proportionnalité », évaluerait par exemple « les éventuelles exceptions admises par la réglementation posant la limite d'âge ou sur le traitement réservé à des catégories voisines de celles qui font l'objet de la limite d'âge »[573]. Il nous semble pourtant que la différence entre le « test de cohérence » et l'exigence du caractère approprié des mesures n'est pas si grande. L'origine de ce test de « cohérence » se trouve encore dans les arrêts de la CJUE. Or, comme l'affirme la Cour elle-même, « une législation n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique »[574]. Cette explication confirme donc l'analyse précédente : la cohérence fait partie du caractère approprié de la mesure[575].

219. Si l'on retient la composition tripartite du contrôle de proportionnalité, son application en matière de non-discrimination fondée sur l'âge nous inspire trois remarques :

220. Tout d'abord, les objectifs économiques doivent susciter davantage de rigueur dans le contrôle. Aujourd'hui, la Cour a pris l'habitude d'admettre facilement les moyens mis au service d'un objectif économique de la politique sociale. D'une part, elle considère que « les

---

[572] Pour plus de développements sur ces trois éléments de la proportionnalité, v. infra, n° 560.
[573] BAILLY, Pierre et Jean-Philippe LHERNOULD, « Discrimination en raison de l'âge (…) », *op. cit.*, p. 231
[574] CJUE, 21 juillet 2011, *Fuchs*, C-159, 160/10, §85.
[575] Pour une autre utilisation du test de cohérence, v. CJUE, 6 novembre 2012, *Commission européenne c. Hongrie*, C-286/12 ; MOIZARD, Nicolas, « Discrimination en raison de l'âge et mise à la retraite d'office de magistrats hongrois », *RDT*, 2013, n°2, pp. 111-113.

États membres ainsi que, le cas échéant, les partenaires sociaux au niveau national disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale et de l'emploi, mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser »[576]. D'autre part, le contrôle est quelque peu transformé en l'appréciation du caractère « manifestement irraisonnable » des mesures. Par exemple, c'est seulement lorsque la mesure permet le renouvellement sans limite de CDD (comme dans l'arrêt *Mangold*) ou quand la non prise en compte du travail effectué est arbitrairement conditionnée par un seuil d'âge (dans les arrêts *Hütter, Kücükdeveci*) que la Cour décide de faire échouer son test. Pour éviter le risque des « discriminations illimitées »[577] et sans empiéter sur le pouvoir d'appréciation du juge interne, la Cour pourrait exiger une plus grande exactitude dans l'analyse de la conjoncture économique (la réalité) et des arguments d'ordre technique sur l'efficacité des mesures.

221. Ensuite, la Cour pourrait mieux motiver un traitement particulier à l'égard des conventions collectives. En effet, la Cour constate de manière pratique que « [l]a nature des mesures adoptées par voie de convention collective est différente de la nature de celles adoptées unilatéralement par voie législative ou réglementaire par les États membres en ce que les partenaires sociaux, en exerçant leur droit fondamental à la négociation collective reconnu à l'article 28 de la Charte, ont eu soin de définir un équilibre entre leurs intérêts respectifs »[578]. Certes, la Cour accorde aux partenaires sociaux une indulgence et non pas une « carte blanche »[579]. Mais l'équilibre entre les deux droits sociaux fondamentaux sont à apprécier aussi à l'aide du principe de proportionnalité, en particulier la proportionnalité au sens strict qui signifie une limitation réciproque proportionnée.

222. Enfin, on peut penser que d'autres droits fondamentaux peuvent entrer en interaction avec le principe de non-discrimination fondée sur l'âge. Dans l'affaire *Fuchs* par exemple, tout en admettant la large marge de manœuvre des États membres, la Cour rappelle que ces derniers ne sauraient vider de sa substance la non-discrimination fondée sur l'âge qui « doit être lue à la lumière du droit de travailler reconnu à l'article 15, paragraphe 1 » de la Charte, soit le droit de travailler[580]. Une application systémique des droits doit alors être

---

[576] *Mangold*, préc., §63; *Palacios de la Villa*, préc., §68; *Rosenbladt*, préc., §41.
[577] HOUSER, Mathieu, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA* 2010, pp. 323-332.
[578] CJUE, 8 septembre 2011, *Hennigs*, C-297, 298/10, §66.
[579] BAILLY, Pierre et Jean-Philippe LHERNOULD, « Discrimination en raison de l'âge (…) », *op. cit.*, p. 233.
[580] CJUE, 21 juillet 2011, *Fuchs*, C-159, 160/10, §62.

réalisée. Autrement dit, il y aurait une prise en compte plus large d'éléments factuels pertinents. Les objectifs économiques seraient par exemple à considérer en liaison avec la question de la reconnaissance sociale. Au demeurant, l'affaire *Fuchs* montre encore une fois le peu de poids que représente la non-discrimination fondée sur l'âge même combinée avec le l'art. 15 §1 de la Charte face à la large marge de manœuvre des États membres. En effet, la mise à la retraite d'office des procureurs était justifiée par la recherche d'une structure d'âge équilibrée des fonctionnaires, alors que le juge national a émis des doutes sérieux sur la réalité de cet objectif[581].

223. Pour nuancer un peu le constat ainsi formé, on peut dire que la Cour de justice n'exerce pas un contrôle laxiste des limitations non plus. À propos des objectifs légitimes, la Cour juge clairement que des considérations budgétaires qui peuvent certes motiver des politiques sociales ne constituent pas en soi des objectifs légitimes[582]. Quant au contrôle de proportionnalité, on voit aussi que la Cour nuance des exigences sur les « capacités professionnelles essentielles », en tenant bien compte de la différence factuelle entre les types de tâches[583]. La Cour va dans le même sens d'une concrétisation plus protectrice de la non-discrimination lorsqu'elle invoque le principe général du droit en la matière.

B. Les faits soumis à la protection de la non-discrimination fondée sur l'âge

224. Il faut reconnaître que l'utilisation des faits dans un sens favorable à la non-discrimination a lieu plutôt lorsque le principe général du droit de l'UE est clairement invoqué. La première conséquence, bien que pas encore très claire, pourrait être l'extension du champ d'application du droit par rapport à celui de la directive 2000/78 (1) ; l'autre conséquence, plus retentissante, concerne la multiplication des obligations de protection des États membres (2).

1. L'extension du champ d'application

225. Même si la directive 2000/78 prévoit déjà un champ d'application *a priori* assez large, en englobant les secteurs public comme privé (art. 3), il est toutefois circonscrit par

[581] Les doutes étaient fondés sur le caractère régional de la mesure et la présence déjà de nombreux jeunes au ministère public. V. *Fuchs*, préc., §25.
[582] CJUE, 11 novembre 2014, *Schmitzer*, C-530/13, §41, *RTD eur.* 2016, p. 361, n. Fl. Benoît-Rohmer.
[583] Comparer à cet égard les deux arrêts suivants : CJUE, 13 janvier 2014, *Pérez*, C-416/13, *Europe* 2015, p. 29, n. L. Driguez et CJUE, 12 janvier 2010, *Wolf*, C-229/08. Dans le dernier cas, la Cour a considéré que l'âge limite de recrutement des pompiers (30 ans) était proportionné aux exigences physiques, alors que dans le premier cas, le même âge limite était jugé disproportionné pour la fonction de la police locale.

plusieurs facteurs : 1) la limitation du champ d'application *ratione materiae* aux conditions d'emploi et de travail, de formation professionnelle et d'affiliation à des organisations professionnelles ; 2) l'exclusion des réglementations de sécurité sociale et de protection sociale (dont notamment la retraite) et la faculté des États membres d'exclure l'application aux forces armées ; 3) les limites des compétences de l'UE. La CJUE s'est déjà efforcée d'assouplir ces limites, en affirmant par exemple l'application de la directive face à une clause couperet liée à l'âge de la retraite[584]. En effet, ces « clauses », ou dispositions législatives, consistent notamment à prévoir les modalités de cessation du contrat de travail le plus souvent à partir de l'âge légal de la retraite. La Cour de justice reconnaît qu'une telle situation relève normalement de la compétence des États membres, mais elle mentionne en même temps d'autres conséquences, en particulier, la participation des travailleurs à la vie active, arrive à les considérer comme déterminant aussi les conditions d'emploi et de travail, dont notamment le licenciement.

226. Plus prospectivement, on peut penser que l'existence d'un principe général de non-discrimination fondée sur l'âge peut mobiliser des faits pour étendre le champ d'application matériel. On se souvient que dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, les faits concernaient *a priori* une situation purement interne qui est la fraude fiscale en matière de la TVA. Or la sanction infligée par l'autorité nationale semble violer le principe *non bis in idem*, aussi bien consacré par l'art. 4 du protocole n°7 de la Conv. EDH que par l'art. 50 de la Charte de l'UE. Sous l'apparence d'une continuité, la CJUE impose une exigence accrue de la protection des droits fondamentaux en affirmant que « il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte »[585]. La sanction fiscale nationale se trouve ensuite subsumée dans l'objectif général de lutte contre la fraude établie par la directive 2006/112/CE, bien que la première n'ait pas été adoptée pour la transposition de la directive. On peut aussi s'attendre à ce que la Cour calque le champ d'application de la non-discrimination fondée sur l'âge sur celui du champ d'application du droit de l'UE[586].

---

[584] *Palacios de la Villa*, préc., §44; *Age Concern England*, préc., §25.
[585] CJUE, 26 février 2013, C-617/10, v. supra n° 181.
[586] Dans un arrêt récent (CJUE, 10 novembre 2016, *De Lange*, C-548/15, *Europe* 2017, n°1, p. 21, n. L. Driguez), il était question d'un avantage fiscal consistant en la déduction des frais d'études pour les personnes âgées de moins de 30 ans. La juridiction de renvoi avait posé notamment la question de savoir, dans l'hypothèse de l'inapplicabilité de la directive 2000/78, si le principe général du droit pouvait s'appliquer à cette mesure. La Cour

2. Le renforcement des obligations de protection de l'État

227. Dans les arrêts *Mangold* et *Kükücdeveci*, nous savons que la Cour de justice est même allée jusqu'à reconnaître l'effet direct horizontal du droit fondamental à la non-discrimination fondé sur l'âge. Nous étudierons cette « garantie » des droits sociaux fondamentaux dans le titre suivant. Ces deux arrêts (en particulier le deuxième) restent néanmoins très intéressants pour ce chapitre consacré à la « protection » des droits sociaux fondamentaux par l'État, car ils nous montrent que le même principe peut se traduire par différents droits subjectifs à l'égard de l'État qui ne demandent pas uniquement une abstention.

228. La première obligation de l'État consiste naturellement à ne pas adopter de législation contenant une discrimination fondée sur l'âge non justifiée. Notre droit social montre alors son effet défensif face à l'ingérence de l'État. Mais la Cour de justice s'est appuyée sur l'effet utile du droit de l'UE et considère qu'il y a un devoir pour les États membres de « prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres »[587]. Autrement dit, d'autres obligations positives de l'État s'ajoutent à la première couche de protection qu'est l'abstention. Concrètement, la Cour exige que les autorités juridictionnelles de réaliser une « interprétation conforme » du droit national au regard du droit de l'UE. On voit donc une double concrétisation circonstancielle en vue de protéger le droit fondamental. D'une part, l'interprétation de l'État se trouve renouvelée. Il ne s'agit plus seulement de l'organe qui peut prendre des mesures portant atteinte aux droits des personnes, mais plus généralement de l'ensemble des organes étatiques. Nous aurons l'occasion de revenir un instant sur le problème que cela soulève en même temps dans le titre suivant. D'autre part, l'interprétation conforme elle-même pose une exigence de concrétisation qui va dans le sens de la protection du droit fondamental en cause. La seule limite est l'interdiction d'interprétation *contra legem*[588]. À noter que l'interprétation conforme n'est bien sûr pas la seule obligation positive imaginable. Si l'on sort un instant de la non-discrimination fondée sur l'âge, on peut voir qu'en matière de droit à l'information et à la consultation des travailleurs, la Cour peut imposer aussi aux États membres des obligations d'assister les représentants syndicaux à obtenir des informations nécessaires pour créer un

---

de justice a préféré y voir une mesure conditionnant l'accès à la formation professionnelle et ne s'est donc pas prononcée sur la question du champ d'application du principe général.

[587] CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, §47, *Dr. ouvr.* 2010, p. 745, n. M. Bonnechère; *RDT* 2010, p. 237, n. M. Schmitt; *RTD eur.* 2011, p. 41, n. E. Bribosia et Th. Bombois; *SSL*, 26 avril 2011, n°1489, p. 9, obs. S. Laulom.

[588] *Kücükdeveci*, préc., §49.

comité d'entreprise européen[589]. Il s'agit là encore de « prendre toutes les dispositions nécessaires afin d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats (...) en particulier, ils veillent à ce qu'il existe des procédures administratives ou judiciaires qui permettent d'obtenir l'exécution des obligations en résultant ».

L'ultime forme de ces obligations positives de l'État reste son action envers un tiers situé sur le même plan que le sujet du droit fondamental. On entre dès lors dans le champ de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux.

Conclusion du Chapitre Deux

229. Le présent chapitre a permis de fournir d'abord une acception plus précise de la « protection » dans notre thèse. Elle résulte de la méthodologie plus générale appelée ici la « concrétisation ». À partir de la « méthode juridique » de F. Müller et en la confrontant avec d'autres théories dont notamment celle de R. Alexy, nous avons dégagé dans le contexte du droit de l'UE notre propre cadre d'analyse qui étudie les droits sociaux fondamentaux à travers les concrétisations programmatique *et* circonstancielle. En d'autres termes, il s'agit de l'analyse de la structure des droits *et* de leur application dans un cas concret. Une telle approche nous a permis de créer un ensemble de catégories à propos de l'effectivité des droits fondamentaux, à savoir, la « protection » des droits dans les relations entre le sujet du droit et l'État, leur « garantie » dans les relations avec d'autres personnes privées, leur capacité de « commander » des institutions de l'UE et leur rôle dans l'« harmonisation » des relations entre ordres juridiques. De plus, cette concrétisation permet ensuite de déterminer les principaux concepts limitant l'effectivité des droits sociaux fondamentaux, tels que le « champ d'application » et la « réserve générale d'ingérence législative ». La suite de la concrétisation ne peut être effectuée qu'au regard d'un droit social fondamental en particulier.

Pour rendre notre propos plus tangible, nous avons pris l'exemple de la non-discrimination fondée sur l'âge, qui est déjà considérée par la Cour de justice comme un droit fondamental *et* un principe général du droit de l'UE, « concrétisé » d'ailleurs par la directive 2000/78. Par l'exploration de sa structure et de son application au regard de

[589] CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne et Nagel AG*, C-440/00, §§61-62, *Dr. ouvr.* 2004, p. 390, chron. M. Bonnechère.

l'économie d'un État membre, nous avons essayé de montrer la force argumentative de la concrétisation programmatique et le rôle ambivalent des faits dans la concrétisation circonstancielle. Au demeurant, même si nous avons constaté une indulgence de la Cour de justice relativement grande face à la limitation de ce droit par des politiques de l'emploi, nous avons pu voir aussi la constante promotion de l'effectivité ce droit au sein de la catégorie de « protection », qui impose de nombreuses obligations non seulement négatives, mais aussi positives à l'État. L'ultime expression de cette effectivité nous conduit vers le dépassement de la « protection » et à rejoindre la « garantie » des droits sociaux fondamentaux dans les relations privées.

Conclusion du Titre Un

230. A la fin de ce premier titre, nous souhaiterions revenir sur le chemin que nous avons emprunté et, en particulier, le passage de la fondation à l'application. Avec la fondation des droits sociaux fondamentaux dans le chapitre introductif, nous essayons de montrer que, si un système juridique veut prendre les droits fondamentaux de la personne au sérieux, il ne saurait alors choisir une version purement individualiste de ces droits en négligeant leur dimension sociale. Il reste que cette fondation ne nous enseigne pas *comment* cela est possible techniquement. Nous avons donc une exigence normative qui a encore besoin d'une méthode d'application.

En même temps, nous n'avons pas voulu partir de cette exigence normative pour fabriquer une nouvelle méthode de toute pièce. En revanche, il nous a paru important de partir des ressources juridiques existantes de l'UE, à savoir la protection des droits fondamentaux par les principes généraux du droit et par la Charte des droits fondamentaux. Nous pensons que l'exigence normative fondatrice, si elle est réellement objective, se traduit nécessairement déjà dans ces différentes tentatives de protéger les droits fondamentaux. En réalité, le constat semble être plutôt une confirmation de cette intuition : au début de son apparition, la protection prétorienne ne faisait pas de distinction *a priori* entre les différentes « générations » de droits ; l'élaboration de la Charte montre aussi combien les droits sociaux étaient au cœur des discussions. Toutefois, le caractère économique de l'UE fait qu'une tendance à reléguer les droits sociaux dans une seconde zone existe toujours. Ces orientations conflictuelles font qu'il existe inévitablement des contradictions dans le droit de l'UE. L'un des exemples fameux est

la distinction insaisissable entre « droit » et « principe » dans la Charte. Il s'agit donc pour nous de clarifier ces paradoxes en adoptant une méthode rigoureuse qui prendrait pleinement en compte les particularités de l'UE. C'est ainsi que nous avons tenté de mettre en avant la méthode concrétiste qui combine l'analyse structurelle et la prise en compte des faits. Ce faisant, nous avons aussi essayé de montrer à l'aide de Hohfeld et de Jellinek que, *structurellement*, les droits fondamentaux sont en effet indivisibles.

Titre Deux La garantie des droits sociaux fondamentaux

231. L'effectivité des droits fondamentaux entre personnes privées, bien que très fréquemment rencontrée dans la vie quotidienne, reste toutefois controversée. Même si la problématique se trouve en droit de l'UE comme en droit interne – il s'agit toujours de savoir si ces droits peuvent créer directement des droits subjectifs au sein des personnes privées qui sont normalement autonomes dans l'organisation de leurs relations –, il convient de prêter une attention particulière à la doctrine spécifique de l'effet horizontal en droit de l'UE. Faisant face au risque d'une application « à la carte » du droit de l'UE par les juridictions nationales au début de l'aventure communautaire, la Cour a dû en effet élaborer une doctrine *sui generis* de l'effectivité des normes de l'UE. Avec la diversification des sources en droit de l'UE (la Charte des droits fondamentaux étant un exemple récent particulièrement significatif), la Cour de justice s'est toutefois engagée sur une voie de sur-complexification de sa doctrine de base, créant ainsi une très grande incertitude quant à l'effet direct des normes de l'UE en général et des droits fondamentaux en particulier (Chapitre 1). Après avoir analysé cette incertitude, nous proposons d'appliquer la méthode concrétiste pour déterminer si une autre solution plus intelligible et cohérente pourrait être adoptée. Ce point de vue nous entraînera de la simple question de l'effectivité vers la question de la garantie des droits sociaux fondamentaux dans les relations privées, source de solidarité pour la construction européenne (Chapitre 2).

Chapitre Un Les incertitudes dans l'actuelle doctrine de l'effet direct

Nous souhaitons la vérité et ne trouvons en nous qu'incertitude.

Pascal, *Pensées* (n° 20, éd. Sellier)

232. Sans aucun doute, l'effet horizontal des normes du droit (social) de l'UE est une question fortement débattue[590] et essentielle[591] pour la réalisation du droit de l'UE[592]. Cette question est avant tout juridique, car elle concerne directement la détermination des droits et obligations des citoyens européens ; elle recèle également de nombreuses considérations politiques qui mettent en jeu le niveau d'intégration communautaire. Dans son volet juridique, la complexité de la question se manifeste avant tout dans deux domaines :

233. Elle est tout d'abord terminologique. A la lecture de la littérature extrêmement abondante sur ce sujet, on pourrait croire que, des expressions comme « effectivité », « invocabilité », « justiciabilité », « applicabilité » sont toutes prêtes à s'associer avec des termes comme « direct », « immédiat », « indirect », « oblique », « horizontal », « vertical », etc., à tel point que « l'effet direct oblique » n'est pas à prendre comme un oxymore[593]. Dans le contexte des relations entre personnes privées, nous pouvons considérer qu'une norme a un « effet », lorsqu'elle crée, directement ou indirectement, des droits ou obligations pour un individu. Avec cette définition, si l'« effet » d'une norme est de créer un(ou des) droit(s) au profit d'un individu « A », les obligations qui correspondent à ces droits sont simultanément créées par ce même effet à la charge de « B ». Cet effet produit entre A et B, puisqu'il correspond à un rapport direct entre A et B, peut être qualifié de « direct ». « B » peut être soit une personne privée, soit une personne publique. Lorsqu'elle est une personne privée, l'effet est donc un « effet direct horizontal »; sinon, il est un « effet direct vertical ». Une grande partie

[590] EMMERT, Frank et Monique PEREIRA DE AZEVEDO, « L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre? », *RTD eur.* 1993, pp. 503-524, spéc., p. 503.
[591] L'avocat général V. Trstenjak, *Dominguez*, aff. C-282/10, conclusions présentées le 8 septembre 2011, §90.
[592] PORTA, Jérôme, *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, tome 1, p. 102 et s.
[593] L'expression est employée par le P[r] D. Simon, v. *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 3[e] éd., p. 400.

de la complexité du sujet vient du fait que, si B est une personne publique, elle peut imposer à une personne privée « C » des obligations qui favorisent la protection des droits de A. Par conséquent, A peut avoir « indirectement » (par l'entremise de B) des droits contre C. Ce dernier effet est donc appelé l'effet horizontal indirect. Nous employons donc seulement l'effet vertical direct, l'effet horizontal indirect et l'effet horizontal direct dans la suite de notre étude, même s'ils peuvent aussi avoir des variantes, notamment dans le cas de l'effet horizontal indirect.

234. La complexité est ensuite substantielle. Elle tient d'une part à la diversité des normes juridiques de l'UE et d'autre part à la longue histoire du sujet étudié. La *summa divisio* entre droit primaire et droit dérivé couvre en réalité des normes variées comme dispositions des Traités (aujourd'hui, le TUE et le TFUE), principes généraux du droit de l'UE, droits fondamentaux, règlements, directives, décisions, etc. La question de l'effet direct horizontal des droits sociaux fondamentaux reste naturellement le sujet qui nous intéresse le plus. Comme nous le verrons, elle présente certaines particularités par rapport à la même question en droit interne : si les droits internes des Etats membres sont souvent préoccupés par une trop grande effectivité des droits fondamentaux qui minerait l'autonomie de la volonté privée, le droit de l'UE est surtout inquiet de sa trop faible effectivité face aux Etats membres, quelle que soit la norme en cause. En d'autres termes, l'étude de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux n'est pas séparable de celle d'autres normes.

L'on rencontre à cet égard une complexité historique. Car, après l'examen de l'effet direct horizontal de certaines dispositions du Traité de Rome dans les années 1960, la directive est devenue « la source la plus importante du droit dérivé communautaire »[594] dans les années 1970 et 1980 et la Cour de justice a donc mis en place un régime qui lui est propre. La logique de l'effet horizontal des normes était donc influencée par des facteurs parfois contradictoires. Le raisonnement devient alors hétéroclite au fur et à mesure. Avec l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, l'ancienne logique composite pour la question de l'effet horizontal est donc à nouveau perturbée par ce nouvel « OVNI ».

235. Dès lors, il serait sans doute permis de comparer la doctrine de l'effet horizontal de la CJUE à un enfant difficile, ou plus exactement à un adolescent rebelle. Car, s'enracinant

[594] MANIN, Philippe, « L'invocabilité des directives: quelques interrogations », *RTD eur.* 1990, pp. 669-692, spéc., p.669.

dans la doctrine de l'effet direct construite par la Cour, elle parut dans ses premières années compréhensible et docile, offrant une base tout à fait cohérente pour la détermination de l'effet direct horizontal (Section 1). En revanche, dans une époque plus récente, troublée par une oscillation de la Cour entre une interprétation littérale des textes juridiques et son souci d'assurer la plus grande effectivité du droit de l'UE[595], elle est devenue plus facétieuse, voire capricieuse, en donnant des surprises difficiles à déchiffrer (Section 2).

Section 1 : Une doctrine cohérente de base sur l'effet direct

236. La cohérence de cette base se manifeste dans deux aspects: d'une part, l'identification des fondements de l'effet direct (horizontal) (§1); d'autre part, la reconnaissance effective de, ou la construction de sa jurisprudence sur, cet effet direct horizontal. De manière spontanée, la Cour a employé une méthode concrétiste (§2) pour servir les finalités déjà comprises dans les fondements : garantir l'effectivité des dispositions fondamentales du droit de l'UE.

§1. Les fondements de l'effet direct horizontal

237. A l'analyse, le double fondement de l'effet direct horizontal des normes apparaît clairement dans les premiers arrêts de la CJCE. Il s'agit, d'un côté, d'un fondement commun partagé avec l'effet direct (A) et, de l'autre, d'un fondement spécifique de l'effet direct horizontal (B).

A. L'effet direct horizontal provenant de l'impérativité générale du droit de l'UE

238. L'expression d'« impérativité générale » est peu utilisée dans les débats sur l'effectivité du droit de l'UE. Toutefois, on verra qu'elle aura l'avantage d'éviter d'entrer dans la confusion terminologique tout en rendant compte de la quintessence de la doctrine de l'effet direct. En effet, il serait plus facile de comprendre l'expression d'« impérativité générale » dans un contexte de droit national: une norme juridique nationale, *en tant qu'elle est valide* dans

[595] PORTA, Jérôme, *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, tome 1, p. 174 et s.

l'ordre juridique national, est impérative *normalement* à l'égard de tous, sauf si elle est limitée à des destinataires particuliers. C'est cette impérativité, conséquence directe de la validité d'une norme, que l'on nomme désormais « l'impérativité générale ». Il est important de noter que cette « impérativité générale » est la qualité de toute norme juridique[596]. Par conséquent, cette qualité ne peut qu'être circonscrite dans son domaine d'existence, c'est-à-dire, le champ d'application de la norme (champs d'application matériel, personnel, temporel), et ne saurait varier dans son intensité (une norme est-elle plus impérative qu'une autre ?)[597]. En droit de l'UE, par exemple, le règlement a un champ d'application *ratione personae* beaucoup plus large qu'une décision individuelle. Mais ils ont tous les deux l'impérativité générale en tant que deux normes valides dans l'ordre de l'UE. L'effet direct (1), et *a fortiori* l'effet direct horizontal (2), se fondent avant tout sur cette « impérativité générale ».

1. De la consécration de « l'effet direct »…

239. La CJUE, en comparant le droit de l'UE à un ordre juridique interne, attribue cette impérativité générale à l'ensemble du droit communautaire à l'égard non seulement des Etats membres, mais aussi les ressortissants des Etats membres. Autrement dit, le droit de l'UE peut créer des droits et des obligations pour les individus. C'est là le fondement de l'effet direct (horizontal).

Ce fondement est identifié dans le célébrissime arrêt *Van Gend en Loos*[598] que nous revoyons brièvement. Selon la CJCE, « l'objectif du traité C.E.E. qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne *directement* les justiciables de la Communauté, implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants; (…) la Communauté constitue un *nouvel ordre juridique* de droit

[596] Naturellement, on peut rattacher cette affirmation à la conception « impérativiste » systématisée par le juriste philosophe anglais John Austin (1790-1859) dans son célèbre ouvrage *The Province of jurisprudence determined*. Nous n'ignorons donc pas des critiques déjà adressées à cette conception, dont notamment celle de Herbert L. A. Hart dans *Le concept de droit* (*op. cit.*, v. supra, n° 22, p. 37 et s.). Néanmoins, il n'est pas nécessaire ici d'entrer dans une discussion qui vise l'exhaustivité dans l'explication des normes juridiques. Nous nous contentons de considérer les normes de conduites dans la question de l'effet direct. Ces normes de conduites ont un caractère impératif. H. L. A. Hart, en les qualifiant de *primary rules*, s'accorde sur ce point avec J. Austin.

[597] On voit par conséquent que cette « impérativité générale » ne fait pas obstacle à la traditionnelle distinction entre règle impérative et règle supplétive. Une règle supplétive a également l'impérativité générale tirée de sa validité.

[598] CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62, *Rec.* p. 1. Cet arrêt a suscité de très nombreuses analyses. V. récemment, le colloque organisé par la Cour de justice à l'occasion du 50e anniversaire de l'arrêt : CJUE, *50e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos*, Luxembourg, Publications de l'UE, 2013 ; RUIZ FABRI, Hélène, Guy F. SINCLAIR, et Arie ROSEN (éd.), *Revisiting Van Gend En Loos*, Paris, Société de législation comparée, 2014.

international (…) dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants; le droit communautaire, *indépendant de la législation des États membres*, de même qu'*il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique*; (…) ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi *en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers* qu'aux États membres et aux institutions communautaires. » (*Rec.*, p. 23, nous soulignons) Nous pouvons dégager un triple renseignement à partir de cet extrait :

240. Tout d'abord, il s'agit de l'identification d'un caractère objectif de l'ordre juridique communautaire: il est créé pour permettre la participation directe des citoyens des Etats membres (qui sont, depuis le Traité de Maastricht, devenus les citoyens européens) aux activités des Communautés. Autrement dit, le droit communautaire a pour destinataire les citoyens des Etats membres. On peut comparer cette justification objectiviste à une justification subjectiviste qui partirait alors des droits d'un citoyen et exigerait l'effet direct d'une norme (communautaire) en vue de la protection adéquate de ces droits, notamment celle des droits fondamentaux. On se souvient que lorsque la protection des droits fondamentaux devint nécessaire en raison de la pression exercée par certaines juridictions nationales, la Cour a qualifié les droits de la personne de principes généraux du droit dont elle assure le respect. Il est vrai que les deux aspects ne sont pas séparables : sans l'ordre juridique de l'UE, on ne pourrait même pas parler des droits fondamentaux dans l'UE. Mais le fait de prendre l'ordre juridique de l'UE comme point de départ du raisonnement nous montre encore une fois que la doctrine de base sur l'effet direct n'est pas une doctrine propre aux droits fondamentaux.

241. Ensuite, précisément, l'implication de cette démarche objectiviste est le fait qu'elle donne *a priori* à toute disposition communautaire un effet direct, ou mieux, un effet direct horizontal. Car, étant « indépendant » de l'ordre juridique national, l'ordre juridique de l'UE régit ses sujets (dont les individus) de la même manière qu'un droit national régit les siens. Aux termes de l'arrêt, le droit communautaire peut créer des charges et des droits dans le patrimoine d'un individu. Il s'ensuit naturellement, à l'opposé d'une impression largement partagée, la profonde union entre l'effet direct et l'effet direct horizontal. Car l'effet direct signifie *tout* effet direct, qu'il soit vertical ou horizontal; ce n'est qu'en vertu d'une disposition spécifique que l'on peut exclure un effet direct horizontal. Cette compréhension est la base de notre enquête sur l'effet horizontal, surtout en ce qui concerne les droits fondamentaux, les principes généraux

du droit et les directives. En revanche, si l'on raisonnait selon une approche subjectiviste, il serait alors plus cohérent d'identifier d'abord les droits d'un individu et ensuite ceux qui sont obligés par ces droits. L'effet direct d'une norme doit donc s'apprécier au regard de la situation de l'individu et ne comporte pas nécessairement la dimension horizontale. C'est uniquement en identifiant les interlocuteurs de la personne concernée que l'on peut dire si une norme a ou non l'effet direct horizontal. Autrement dit, il faut entrer dans le processus de concrétisation.

242. Enfin, l'existence de l'effet direct est limitée par certaines conditions que nous examinerons plus tard[599].

2. … à la reconnaissance de « l'effet direct horizontal »

243. Compte tenu de cette union entre l'effet direct et l'effet direct horizontal, il n'est donc pas surprenant de voir la Cour déduire l'effet direct horizontal du même fondement. Dans l'affaire *Walrave et Koch*[600] de 1974, le juge communautaire devait déterminer les effets des articles 7, 48 et 59 du Traité de Rome portant sur l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité (notamment pour le travail salarié et la prestation de service) face à des réglementations qui ne relevaient pas du droit public (en l'occurrence, des réglementations collectives de l'Union cycliste internationale). Le raisonnement de la Cour est devenu classique, sans doute grâce à sa limpidité. Il se fonde toujours sur l'impérativité générale du droit communautaire. C'est pourquoi la Cour s'employa à examiner si ces articles avaient limité leur application à des destinataires particuliers. Elle explique que contrairement à ce que laissent penser les articles 60, 62 et 64 du Traité (qui visent plus particulièrement les mesures étatiques), ces articles ont un caractère général dans leur propre domaine et que, par conséquent, « la prohibition de ces discriminations s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services » (§17 et §20). La Cour doit alors passer à l'étape technique qui consiste à vérifier si les conditions de l'effet direct sont satisfaites. Ayant confirmé que les conditions sont remplies, elle reconnaît donc l'effet direct horizontal des articles en cause. La nouveauté dans cet arrêt serait l'ajout de deux nouvelles justifications à l'effet direct horizontal.

---

[599] V. infra, n° 245 et s.
[600] CJCE, 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Rec.* p. 1405, *Dr. soc.* 1975, p. 346, n. G. Lyon-Caen.

En effet, la Cour considère que « l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services, objectifs fondamentaux de la Communauté, (…) serait compromise si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public » (§18) et que, « en outre, les conditions de travail étant dans les différents États membres régies tantôt par la voie de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions et autres actes conclus ou adoptés par des personnes privées, une limitation des interdictions en cause aux actes de l'autorité publique risquerait de créer des inégalités quant à leur application » (§19). Le premier ajout est quelque peu redondant. Car, si l'on pense effectivement l'ordre juridique de l'UE comme un Droit qui régit directement les rapports entre individus, il est évident que les comportements de ces individus doivent être en conformité avec le droit communautaire. On peut penser alors que le mérite de cet ajout serait d'avoir explicité la possibilité pour une personne privée de violer *directement* le droit communautaire. En revanche, le deuxième ajout est plus intéressant et annonce un autre aspect du droit communautaire qui est la primauté. Le droit communautaire ne saurait souffrir de division en raison des particularités de chaque système national. Cette donnée objective du droit communautaire exige l'effet direct horizontal *a priori* de ses dispositions. Autrement dit, l'unité du droit communautaire demande à transcender la distinction variable entre public et privé dans les Etats membres.

244. Maintenant que le sens de l'impérativité générale est explicité, il nous est possible de revenir un moment sur la terminologie. Comme nous l'avons dit, l'impérativité générale est une qualité objective du droit de l'UE et de toute norme de l'UE valide au sein de ce droit. Elle justifie l'effet direct (horizontal) mais ne s'identifie pas à ce dernier. En réalité, la définition de l'effet direct est assez claire à travers les arrêts précités. Une norme d'effet direct « produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder » (*Van Gend en Loos*, préc*., Rec.*, p. 25). L'effet direct est lié à la capacité d'une norme à créer des droits individuels, alors que l'impérativité générale est un caractère partagé par toute norme communautaire. En doctrine, on a très vite senti la nécessité de distinguer cet effet direct « communautaire » d'un autre « effet direct » qui serait synonyme du monisme au sens de droit international pouvant fonder « l'impérativité générale ». Dit autrement, ce dernier « effet direct » concerne non pas la capacité substantielle d'une norme à produire les droits individuels, mais la modalité de son incorporation formelle dans l'ordre juridique interne. Malheureusement, cette dualité a été tour à tour nommée « applicabilité

directe »/« immédiateté »[601], « effet direct »/« applicabilité directe »[602], « effet direct »/« immédiateté »[603]; parfois, « l'effet direct » est même tenu comme synonyme de « l'immédiateté »[604] par la Cour… Cette confusion terminologique n'a donc pas permis de distinguer clairement les deux aspects mentionnés (la capacité substantielle de production de droits individuels et l'articulation entre les ordres juridiques). Une telle confusion nous empêche alors de saisir la particularité de l'ordre juridique de l'UE, à savoir la création simultanée de l'ordre juridique de l'UE et de ses sujets. A notre avis, cette approche quelque peu confuse et hésitante relève de l'utilisation de la perspective de droit international en droit de l'UE : il s'agit avant tout de comprendre les rapports entre systèmes juridiques et non pas les droits individuels[605]. L'utilisation de « l'impérativité générale » évite simplement de causer éventuellement une confusion au regard de la pluralité des binômes employés. Cette expression peut d'ailleurs être mise en parallèle avec « l'impérativité particulière » qui serait l'autre fondement de l'effet direct horizontal.

B. L'effet direct horizontal provenant de l'impérativité particulière de certaines normes de l'UE

245. Dans le cadre de l'impérativité générale, si une norme a pour destinataire les Etats membres, il ne saurait alors produire de l'effet direct horizontal. Tel aurait dû être le cas de l'article 119 du Traité de Rome qui institue le principe de l'égalité entre hommes et femmes en matière de rémunération à la charge de « chaque Etat »[606]. La CJCE lui a pourtant fait produire un effet direct horizontal dans son fameux arrêt *Defrenne II*[607]. Bien que cet arrêt soit souvent présenté comme une confirmation de la reconnaissance de l'effet direct horizontal de certaines dispositions des Traités, nous voyons clairement que la question de droit est différente (1), et pour reconnaître un tel effet à cet article, la Cour a mobilisé un autre fondement (2).

---

[601] CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Bruylant, 2006.
[602] EMMERT, Franck, et Monique PEREIRA DE AZEVEDO, « L'effet horizontal des directives (...) », *op. cit.*, p. 504.
[603] BLANQUET, Marc, « Effet direct de droit communautaire », *in* Répertoire Dalloz (Communautaire-II), 2008.
[604] *Ibid.*, §5.
[605] A propos de l'écart entre ces deux perspectives dans le domaine spécifique des directives, v. aussi PORTA, Jérôme, *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, tome 1, pp. 104-105 : « La définition des effets de la directive a été interprétée au moyen des concepts du droit international empruntés à la théorie dualiste. (…) Or, la pratique communautaire s'inscrit d'emblée en faux vis-à-vis de cette lecture internationaliste. »
[606] Art. 119, al. 1: « Chaque Etat membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail ».
[607] CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Rec.* p. 455.

1. Le cas spécifique de l'égalité de traitement entre hommes et femmes

246. Selon la Cour, l'existence de l'effet direct ne tient plus (seulement) au caractère général de l'ordre juridique communautaire, mais doit être considérée au regard de la « nature », de la « finalité poursuivie » et de la « place dans le système du Traité » de la disposition en cause (§7). La Cour affirme ensuite que, compte tenu de la double finalité économique et sociale de l'article 119, il est au fondement de la Communauté (§12). Cette importance particulière a commandé son « impérativité » absolue (§13, §32). Cette impérativité ne peut dès lors se traduire, selon la Cour, que par l'existence de l'effet direct qui permet de remédier à toute mauvaise application d'un Etat membre. Sans doute par précaution, la Cour complète cette argumentation *contra legem* en ajoutant à la fin que « le fait que certaines dispositions du traité sont formellement adressées aux États membres n'exclut pas que des droits puissent être conférés en même temps à tout particulier intéressé à l'observation des obligations ainsi définies » (§31). Contrairement au cas de l'impérativité générale, cette affirmation ne pouvait plus impliquer l'union entre l'effet direct et l'effet direct horizontal. La Cour aurait pu parfaitement s'en tenir à l'effet direct vertical: l'importance de la disposition implique que son efficacité ne doive pas être entièrement laissée à la discrétion de l'Etat; en cas de manquement de l'Etat à son obligation, les individus devraient pouvoir se prévaloir de cette disposition contre l'Etat, destinataire initial de la disposition. L'existence d'un effet direct horizontal ne vient pas de soi, et surtout, n'est pas facilement justifiable: pourquoi une personne privée tierce doit-elle subir des contraintes en raison d'un manquement de l'Etat sur lequel elle n'a aucune prise ? La Cour a tout de même voulu consacrer l'effet direct horizontal de l'article 119. Deux arguments furent alors employés: d'un côté, le sens de « l'Etat membre » ne renvoie pas uniquement au pouvoir législatif, mais aussi à l'autorité judiciaire dans son rôle d'appliquer directement le Traité (§37); de l'autre, l'autonomie privée ne saurait faire obstacle à l'impérativité de la disposition (§39).

2. L'appréciation des nouveaux arguments : le caractère fondamental de la norme

247. En effet, trois renseignements peuvent être retenus.

Tout d'abord, l'impérativité ne tient plus au caractère général du droit de l'UE, mais résulte de la particularité de la norme en question. Par conséquent, pour déterminer l'existence de l'effet direct, il faut procéder à l'examen de la nature et de l'importance de la norme. Plus la norme est considérée comme importante ou fondamentale en droit de l'UE, plus son

impérativité est grande. Naturellement, une telle argumentation intéresse tout particulièrement l'effectivité des droits fondamentaux. Elle s'éloigne des caractéristiques générales de l'ordre juridique de l'UE et s'interroge sur la particularité de chaque norme.

Ensuite, cette impérativité « plus ou moins grande » indique bien que désormais la question de l'effet direct ne se réduit plus à l'existence d'une impérativité générale (complétée par l'idée de primauté), mais concerne encore l'intensité de l'impérativité. L'effet direct est donc, à l'aune de l'intensité de l'impérativité de la norme, progressif. Dès lors, chaque niveau d'effet direct doit correspondre à un niveau d'importance qui lui soit proportionné. Cette gradation de l'importance et de l'effectivité d'une norme nous invite alors à entamer un processus de concrétisation qui pourrait révéler au plan structurel une échelle ou bien les catégories de l'effet direct[608].

Enfin, la Cour ouvre clairement la porte vers la reconnaissance de l'effet direct horizontal, même si son argumentation n'est pas encore sans équivoque. On peut penser que c'est le caractère fondamental de la norme qui justifie son effet direct horizontal. Car, l'effet direct horizontal étant le plus haut niveau de l'effectivité, l'importance correspondante doit justement être « fondamentale ». L'arrêt *Defrenne II* s'affranchit donc de l'interprétation simplement littérale d'un texte pour définir les destinataires de la norme et étend donc l'effet de l'égalité de traitement entre hommes et femmes aux « contrats entre particuliers ».

248. En résumé, on peut dire qu'au fondement de la théorie de l'effet direct (horizontal), deux raisons sont dégagées par la Cour: l'une relative au caractère général de l'ordre juridique de l'UE qui établit un lien direct avec ses normes et les ressortissants nationaux considérés comme ses sujets; et l'autre liée au caractère particulièrement important propre à certaines dispositions. La conséquence pratique est que la première approche permet de conférer *a priori* l'effet direct horizontal à toutes les normes communautaires, ou en d'autres termes, il y a présomption d'effet direct horizontal de ces normes, tandis que selon la seconde approche, il y a plutôt une présomption d'inexistence d'effet direct horizontal, car le caractère particulièrement important doit être démontré. Il est clair que ces deux approches sont concurrentielles lorsqu'elles sont juxtaposées: une norme ne peut pas être présumée à la fois d'avoir et de ne pas avoir l'effet direct horizontal. En revanche, ces approches deviennent

[608] V. infra, chapitre 2 du présent titre, n° 316 et s.

complémentaires lorsqu'elles sont employées successivement dans le raisonnement suivant en deux étapes pour examiner s'il y a l'effet direct :

Etape 1: il faut savoir si une norme communautaire est destinée spécifiquement à certains sujets de droit. Si la réponse est négative, la norme possède une applicabilité directe. Si la réponse est positive, son applicabilité est alors limitée seulement à ces sujets. Par conséquent, si ces destinataires sont des individus (par exemple, une décision individuelle), la norme produit un effet direct; si ces destinataires ne sont pas des individus (Etat, collectivité locale, etc.), il n'y a pas d'effet direct. Toutefois, cette absence d'effet direct n'est affirmée qu'*a priori*, il faut donc passer à l'étape 2.

Etape 2: Si une norme dépourvue *a priori* d'effet direct est reconnue comme particulièrement importante, ce caractère commandera une impérativité accrue qui permet donc à la norme de s'imposer à des sujets au-delà de ses destinataires initiaux.

249. Avec cette clarification de deux types d'impérativité, il nous est possible aussi de préciser clairement le lien et la différence entre l'effet direct et la primauté. Tout d'abord, la primauté du droit de l'UE résulte aussi de son impérativité générale. Le fameux arrêt *Costa c. Enel* qui fonde le principe de primauté adopte en effet le même type d'argumentation que l'arrêt *Van Gend et Loos*. Face au gouvernement italien qui refusait « absolument » le contrôle d'une loi italienne par le juge italien au regard du droit communautaire, la Cour de justice rappela que :

« A la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions ; (...) [que les Etats membres ont institué] une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté. »[609]

[609] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141, spéc., pp. 1158-1159. Pour des réflexions entamées à l'époque, v. DEHOUSSE, Fernand, *Rapport fait au nom de la Commission juridique au Parlement européen*, suivi de l'intervention de Walter Hallstein, président de la Commission, *RTD eur.* 1965, pp. 212-254.

C'est toujours cette autonomie du droit de l'UE, synonyme de son impérativité générale, qui lui confère la primauté. Toutefois, la fonction du principe de primauté n'est pas tout à fait la même que celle de l'effet direct. La Cour de justice est tout à fait explicite dans les deux arrêts de principe précités : pour l'effet direct, il s'agit de « créer des charges dans le chef des particuliers »[610], alors que la primauté vise à ce que « la force exécutive du droit communautaire [ne varie] d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures »[611]. Cela étant, on voit clairement aussi qu'il n'y a donc pas lieu de distinguer de manière absolue les deux principes[612], car on se souviendra de l'ambiguïté de l'« effet direct » qui a un sens de capacité de créer des droits et un autre sens d'applicabilité dans l'ordre juridique national. L'effet direct n'aurait aucune conséquence réelle s'il n'était pas capable de s'imposer au droit national qui fait échec à son application, en d'autres termes, s'il n'avait pas la primauté. Ces deux principes sont donc étroitement liés et concernent simplement différents aspects de l'effectivité des normes de l'UE. Dans notre étude des droits sociaux fondamentaux par exemple, la perspective de l'effet direct permet de souligner les incidences subjectives de ces droits, tandis que la thématique de la primauté engage une discussion sur l'articulation de ces droits dans les ordres juridiques en Europe[613].

Maintenant que l'on a identifié le fondement de l'effet direct et sa fonction, il convient encore de se demander quelles sont les conditions pour qu'une norme particulière ait cet effet direct.

§2. L'emploi spontané d'une méthode concrétiste pour construire l'effet direct horizontal

250. On se souvient que la méthode concrétiste demande d'aller au-delà de l'énoncé juridique (ou du texte juridique) à l'aide d'une construction structurelle de la norme et de la prise en compte des réalités factuelles. La jurisprudence de la Cour, qui s'appuie sur les fondements susmentionnés de l'effet direct horizontal, semble appliquer spontanément une telle méthode, car elle a fixé des conditions souples pour la reconnaissance effective de l'effet direct horizontal (A) qui sont aussi bien visibles en matière sociale (B).

---

[610] CJCE, 5 février 1963, *Van Gend et Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 23.
[611] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1159.
[612] Par ex., COUTRON, Laurent, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTD eur.* 2015, pp. 39-62.
[613] V. infra, l'introduction du titre 2 de la deuxième partie, n° 605 et s.

A. Les conditions assouplies de l'effet direct (horizontal)

251. Si l'on pouvait dire que les fondements susmentionnés expliquent pourquoi une norme juridique est susceptible d'avoir un effet direct horizontal, il y a aussi des conditions techniques qui déterminent « la capacité » réelle d'une norme à produire cet effet. L'énonciation abstraite de ces conditions semble se concentrer parfaitement sur une analyse textuelle (1). Mais cette analyse est rapidement dépassée dans la pratique par des assouplissements allant dans le sens d'une méthode concrétiste (2).

1. L'énonciation abstraite des conditions de l'effet direct (horizontal)

252. On relève généralement les prémices de ces conditions dans l'arrêt *Van Gend et Loos* précité, où la Cour affirme que « [les droits individuels] naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose *d'une manière bien définie* tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires ». (*Rec.*, p. 23, nous soulignons) La formule s'est stabilisée progressivement et est devenue figée avec l'arrêt *Becker*[614]. Désormais, pour avoir un effet direct, les dispositions doivent normalement être, « du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises » (*Becker*, §25). D'après la jurisprudence de la Cour, une disposition est inconditionnelle lorsqu'elle « n'est assortie d'aucune réserve ou condition » et « ne nécessite l'intervention d'aucun acte, soit des institutions de la Communauté, soit des États membres »[615]. Une disposition est suffisamment précise lorsqu'elle énonce une obligation « d'une manière générale et dans des termes non équivoques »[616]. L'exemple le plus souvent évoqué est le principe de non-discrimination. La non-discrimination fondée sur le sexe concernant les conditions de travail est considérée comme non équivoque, de même que sa mise en œuvre est considérée comme inconditionnelle compte tenu des dérogations prévues par la directive correspondante[617].

253. Deux points sont remarquables. Tout d'abord, ces conditions ne varient pas selon la forme de la disposition. Qu'elle soit une disposition des Traités[618], ou une directive[619], voire

[614] CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, aff. 8/81, *Rec.* p. 53.
[615] CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn* aff. 41/74, *Rec.* p. 1337, §13, *RTD eur.* 1975, p. 128, obs. G. Lyon-Caen.
[616] CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Rec.* p. 737, §52.
[617] *Ibid.*, §52-§56.
[618] CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, aff. 36/74, §33 ; CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43/75, §32.
[619] V. les arrêts *Becker*, *Van Duyn*, *Marshall*, précités.

un principe général du droit très certainement[620], elle doit toujours remplir ces mêmes conditions. Ensuite, elles ne varient pas non plus selon le type de l'effet direct (l'effet direct vertical[621] ou l'effet direct horizontal[622] etc.) Ces deux invariances montrent que, « du point de vue de leur contenu », le droit créé au profit d'un individu par le droit de l'UE devrait rester toujours le même, peu importe la nature de la norme et l'effectivité en cause. En pratique, la CJUE a largement assoupli ces conditions.

2. L'application assouplie des conditions de l'effet direct (horizontal) par la Cour

254. La Cour a assoupli ces conditions de deux manières.

En premier lieu, l'inconditionnalité n'exige pas que la norme soit juridiquement parfaite. Autrement dit, il suffit qu'une norme ne laisse aucune marge d'appréciation aux institutions de l'UE ou aux Etats membres. Dans l'arrêt *Reyners* par exemple[623], la Cour a reconnu l'effet direct de l'article 52 du Traité de Rome relatif à la liberté d'établissement, alors que des directives restaient à adopter pour son application[624]. Partant de l'état plus récent de la jurisprudence, le P[r] Laurent Coutron a pu écrire que « l'inconditionnalité peut, dans une certaine mesure, être graduée ce qui, spontanément, n'allait pas de soi »[625].

En second lieu, la condition de précision est réputée être remplie lorsque la norme peut être précisée ou clarifiée par la Cour. C'est l'affaire *Defenne II* qui a donné lieu à cet assouplissement. Face à l'objection de certains Etats membres à l'effet direct horizontal du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, la Cour répond que, bien que la mise en œuvre de ce principe nécessite certaines précisions communautaires ou nationales, de nombreuses discriminations sont pourtant déjà décelables à l'aide des sources de nature législative ou des conventions collectives de travail. De plus, comme nous l'avons vu, le mot « principe » n'implique pas l'imprécision, mais renvoie plutôt à l'importance de la norme. Cet

---

[620] Ce point n'est pas encore confirmé par la Cour, mais l'avocat général Trstenjak considère dans ses conclusions dans l'affaire *Dominguez* (C-282/10) que « le principe général du droit devrait, du point de vue de son contenu, être inconditionnel et suffisamment précis pour pouvoir être invoqué à l'encontre de [une] personne privée » (§135).
[621] L'arrêt *Becker* précité.
[622] CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, aff. 36/74.
[623] CJCE 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.* p. 631.
[624] V. l'art. 54 du Traité de Rome qui donnait les modalités concrètes d'application.
[625] COUTRON, Laurent, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTD eur.*, 2015, p. 39. L'auteur cite l'arrêt *Telefónica* (19 décembre 2013, C-274/12) de la CJUE qui ne concerne pas directement notre sujet, mais la recevabilité des recours en annulation.

assouplissement est important pour notre propos. Car nous allons voir que les difficultés actuelles concernent surtout l'effet direct horizontal des principes généraux de droit et des droits fondamentaux. Le premier titre nous a montré que le contenu de ces normes est pourtant par nature imprécis, ou plutôt variable selon les circonstances de chaque cas. L'approche de *Defrenne II* assure précisément que cette absence de contenu figé ne constitue pas un obstacle au niveau des conditions pour l'effet direct horizontal.

255. On voit donc qu'une telle approche est très similaire à la méthode concrétiste : commençant l'analyse avec les données textuelles, la construction de la norme finale va toutefois au-delà de ce texte. Ce n'est pas le texte qui doit être inconditionnel et suffisamment précis, mais la norme. Par conséquent, si le juge arrive à préciser ce contenu à l'aide des « sources de nature législative ou des conventions collectives de travail », il peut déjà donner un effet direct horizontal à des normes relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Une telle approche a aussi permis de dégager l'effet direct horizontal des droits sociaux fondamentaux.

B. La reconnaissance logique de l'effet direct horizontal des droits sociaux fondamentaux

256. Une fois l'obstacle textuel surmonté, la Cour de justice n'a pas eu de difficulté particulière pour reconnaître l'effet direct horizontal des droits sociaux fondamentaux (1). Mais il faut malgré tout préciser que, ce faisant, la Cour est bien restée dans sa propre doctrine de base qui est très différente du fonds dogmatique en droit interne (2).

1. L'application des droits sociaux fondamentaux dans les relations privées

257. L'arrêt *Defrenne II* précité nous a déjà fourni un exemple en matière de non-discrimination. Nous évoquons ici deux autres droits sociaux qui font respectivement peser sur l'employeur des obligations négatives et positives.

258. En ce qui concerne l'obligation négative, ou l'abstention de porter atteinte au droit fondamental, on peut citer le droit de négociation collective et d'action collective. Dans le fameux arrêt *Viking*[626], un syndicat finlandais de marins avait mené des grèves contre le

[626] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, C-438/05, *AJDA* 2008, p. 240, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *D.* 2008, p. 2560, obs. L. d' Avout et S. Bollée ; *ibid.*, p. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; *ibid.* 2009, p. 1547, chron. B. Edelman ; *RDT*

pavillon de complaisance organisé par une société finlandaise de transport maritime qui voulait établir son siège en Estonie. La Cour de justice, interrogée sur le respect dans le cas de la liberté d'établissement, reconnut d'abord l'effet direct horizontal de cette liberté fondamentale (§33 et s.). Mais elle reconnut dans le même arrêt le droit fondamental de mener une action collective. Comme la Charte des droits fondamentaux n'avait pas encore de valeur juridique, la Cour a dû donc citer un ensemble d'instruments internationaux[627] pour qualifier ensuite ce droit comme un « droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect ». Le « caractère fondamental » du droit de grève est donc reconnu par la Cour de justice et il est donc capable de limiter l'exercice de la liberté d'établissement dans une relation purement privée. Autrement dit, son effet direct horizontal est implicitement reconnu par la Cour de justice. Naturellement, nous aurions souhaité que la Cour dise au moins de manière claire que le respect de ce droit fondamental impose une obligation à l'employeur de s'abstenir d'y porter atteinte. Or nous savons que la Cour a plutôt choisi d'affirmer que « la protection des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité ». (§45) Nous aurons l'occasion d'aborder ce déséquilibre entre droits économiques et sociaux[628]. Il nous suffit à présent de constater, même s'il faut quelques déductions, qu'un droit social fondamental, qui n'était pas prévu textuellement par le droit de l'UE et dont le contenu est loin d'être inconditionnel et précis, peut en vertu de son importance acquérir un effet direct horizontal et donner un statut négatif (*status libertatis*) au sens de Jellinek[629] à son bénéficiaire (le travailleur) face à une autre personne privée (son employeur).

259. En ce qui concerne les obligations positives engendrées par les droits sociaux fondamentaux, il est possible de songer au droit à repos et à congé, même si cet exemple devient

---

2008, p. 80, étude S. Robin-Olivier et E. Pataut ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 356, n. H. Muir Watt ; *ibid.*, p. 781, étude M. Fallon ; *RTD eur.* 2008, p. 47, n. P. Rodière.

[627] « [I]l convient de relever que le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, est reconnu tant par différents instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, tels que la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, d'ailleurs expressément mentionnée à l'article 136 CE, et la convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée le 9 juillet 1948 par l'Organisation internationale du travail, que par des instruments élaborés par lesdits États membres au niveau communautaire ou dans le cadre de l'Union, tels que la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989, également mentionnée à l'article 136 CE, et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice. » (§43)

[628] V. infra, n° 586 et s. et n° 641 et s.

[629] V. supra, n° 142.

déjà plus ambigu pour deux raisons. En premier lieu, le fait d'organiser le temps de travail dans l'entreprise peut être vu comme une action positive de l'employeur, mais le respect des prescriptions minimales peut aussi demeurer une obligation négative de l'employeur. En tout état de cause, dans l'arrêt *Fuß*[630] où il est question d'une mutation forcée d'un salarié qui avait demandé le respect du temps de travail maximal hebdomadaire, nous voyons que le droit à un repos hebdomadaire, tel qu'il est concrétisé par l'article 6 de la directive 2003/88 est qualifié par la Cour comme « une règle du droit social de l'Union revêtant une importance particulière » (§33). Partant toujours de cette importance, et après avoir constaté le caractère inconditionnel et suffisamment précis de la directive (§56), la Cour a reconnu son effet direct, même si la question d'un droit fondamental n'est pas directement mentionnée. En second lieu, la jurisprudence en cette matière étant plus tardive, le raisonnement classique n'est déjà plus très clair. Dans l'arrêt *Fuß* précité, la question de l'effet direct s'est davantage située dans le domaine des directives. La Cour a dû donc préciser que le salarié en cause était employé par la municipalité comme sapeur-pompier et il s'agissait donc d'une autorité publique. Il y avait par conséquent seulement l'effet direct vertical de la directive 2003/88. Malgré tout, nous pensons qu'il est plausible de voir l'effet direct horizontal du droit au repos minimal hebdomadaire dans le cadre d'un emploi privé, puisque ce droit a une importance « fondamentale » et qu'il est suffisamment concrétisable et concrétisé. Dès lors, la doctrine classique de la Cour ne devrait pas s'y opposer. La même question se pose à l'égard du droit à des congés payés. En l'occurrence, nous pouvons dire que c'est une obligation réellement positive de l'employeur qui doit organiser ces congés pour les bénéficiaires. Mais la Cour hésite à y reconnaître un droit fondamental et mélange la question avec l'effectivité des directives. C'est ce qu'il convient d'examiner par la suite. Mais avant d'arriver à cette « superstructure » complexifiée de la doctrine de la Cour, il nous faut justement insister encore une fois sur la particularité de sa doctrine de base, en la contrastant avec les débats nationaux.

2. La différence dogmatique (initiale) entre l'UE et ses Etats membres en matière d'effet direct horizontal des droits fondamentaux

260. Si l'on reste dans cette période qui correspond à la doctrine de base de la Cour de justice, à savoir les années 1960 à 1980, le droit allemand connaissait à cette époque le même problème du fondement de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux de la Loi

[630] CJUE, 14 octobre 2010, *Fuß*, C-243/09, *AJDA* 2010, p. 2310, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RTD eur.* 2012, p. 490, chron. S. Robin-Olivier.

fondamentale. Une brève comparaison nous semble intéressante pour souligner la particularité de la question en droit de l'UE, qui est la nécessité de garantir l'effectivité du droit de l'UE face aux droits nationaux.

261. En droit allemand, le point de départ de la doctrine de l'effet horizontal (*Drittwirkung*) est l'article 1 §3 de la Loi fondamentale qui dispose que « [l]es droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaire à titre de droit directement applicable ». Il n'était donc pas clair si les droits fondamentaux pouvaient lier aussi les personnes privées, étant donné qu'elles ne sont pas mentionnées explicitement comme les destinataires de ces obligations. Selon le P[r] Alexy, il est dès lors possible d'envisager trois sortes d'effet horizontal : l'effet horizontal indirect, qui est le devoir pour le juge de prendre en compte les droits fondamentaux dans l'interprétation de la loi ; l'effet horizontal direct, qui permet de créer des droits subjectifs privés ; et l'effet horizontal médiat, qui est le « droit réflexe » du droit subjectif public que le bénéficiaire détient contre l'Etat[631] (*durch Rechte gegenüber dem Staat vermittelten Drittwirkung*). Une controverse doctrinale s'engagea autour de ces différentes théories[632]. Ici, on ne s'intéresse qu'à la question du fondement et non à celle des effets, sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir au chapitre suivant. (D'ailleurs, on peut noter avec R. Alexy que ces trois théories pourraient aboutir aux mêmes résultats factuels[633].) Si l'on schématise cette controverse, on peut dire que le cœur du débat est l'atteinte ou non à l'autonomie privée (a). On voit alors que c'est un souci très éloigné de la doctrine de base de la Cour de justice dans ce même domaine (b).

a. L'effet direct horizontal des droits fondamentaux face à l'autonomie privée

262. La négation de tout effet direct horizontal est la mieux représentée par Günter Dürig. Selon lui, les relations privées sont caractérisées par la liberté générale des acteurs qui se comprend comme la possibilité de s'écarter de l'empire des droits fondamentaux[634]. Il écrit

---

631 ALEXY, Robert, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 354 et s.

632 Pour une présentation générale de cette controverse en français, v. CAPITANT, David, *Les effets des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 244 et s. ; pour une présentation plus personnelle et critique, v. RIBES, Didier, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse à l'Université d'Aix-en-Provence, sous la direction de Louis Favoreu, Richard Ghévontin et André Roux, 2005, p. 180 et s.

633 ALEXY, Robert, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 355.

634 DÜRIG, Günter, « Grundrechte und Privatrechtsprechung », *in* MAUNZ, Theodor (éd.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Munich, Isar Verlag, 1956, pp. 157-190, spéc., p. 158 ; V. aussi CAPITANT, David, *Les effets des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 249.

que « [l]a décision primaire de la Loi fondamentale pour un droit général de liberté érigé contre l'Etat (art. 2 §1), qui prime aussi l'article 3, inclut conceptuellement aussi la *liberté face à l'Etat de s'écarter, dans la justice du commerce et de l'échange du droit civil entre personnes privées d'un rang égal, sans empêchement de la part de l'Etat, des dispositions relatives aux droits fondamentaux qui sont indispensables pour l'agir étatique* »[635] . L'admission de l'effet direct horizontal détruirait alors l'autonomie de la volonté privée et porterait atteinte aux valeurs individuelles. Il prit pour exemple, entre autres, la liberté générale qui serait devenue une contrainte à être libre et la détermination du salaire qui ne serait plus soumise au droit des obligations[636]. Le contrat de mariage est aussi un exemple souvent employé car il est possible de mettre à l'écart l'égalité entre hommes et femmes[637]. Il serait donc préférable de ne donner qu'un rôle interprétatif aux droits fondamentaux, à travers les principes généraux du droit privé[638], tels que la bonne foi, les bonnes mœurs, l'ordre public, etc. (En droit allemand, ce serait à travers les « clauses générales » du Code civil – telles que l'art. 138 et l'art. 826 – que les droits fondamentaux exerceraient leurs effets.) Autrement dit, il n'y a qu'un effet horizontal indirect des droits fondamentaux.

263. Outre l'atteinte à l'autonomie de la volonté, Horst Ehmke renforce cette critique avec deux arguments : d'une part, l'acceptation de l'effet direct horizontal transférerait le pouvoir du législateur au juge et changerait les structures du pouvoir politique. Il y aurait un « Etat judiciaire » (*Justizstaat*)[639]. D'autre part, cette acceptation modifierait aussi les fondements du droit civil et son caractère apolitique. Selon Ehmke, la solution en droit civil doit résulter de l'utilisation de ses propres principes. Au cas où une telle solution n'est pas possible à dégager, le juge ne peut non plus de son propre chef effectuer de changements fondamentaux[640]. Dès lors, on voit que la préservation des principes propres au droit privé rejoint le souci de maintenir la séparation des pouvoirs.

---

[635] DÜRIG, Günter, *op. cit.*, pp. 158-159 : « Die primäre Entscheidung des Grundgesetzes für ein gegen den Staat gerichtetes generelles Freiheitsrecht (Art. 2 I), das auch Vorrang gegenüber Art. 3 hat, umschließt begrifflich auch die *Freiheit dem Staat gegenüber, von ihm ungehindert in der unter gleichgeordneten Privaten bestehenden Verkehrs- und Tauschgerechtigkeit des Zivilrechts von Grundrechtssätzen, die für staatliches Handeln unabdingbar sind, abweichen zu können*. »

[636] *Ibid.*, pp. 168-169.

[637] *Ibid.*, p. 171.

[638] *Ibid.*, p. 176.

[639] EHMKE, Horst, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1961, pp. 79-80. Cette étude de droit comparé est citée aussi dans RIBES, Didier, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 188, sans que l'argument de l'auteur soit véritablement présenté.

[640] *Ibid.*, p. 81.

264. A l'opposé de ces auteurs, on trouve la défense de l'effet direct horizontal par Hans Carl Nipperdey, professeur de droit civil et surtout de droit du travail. Dans le manuel de droit civil de Ludwig Ennececus, retravaillé par Nipperdey[641], la partie consacrée à la place du droit civil dans l'ordre juridique étatique affirme d'emblée la dépendance de l'ordre privé à l'égard de la dignité et de la liberté constitutionnellement garanties. Il écrivit que « [s]ans la culture occidentale des droits fondamentaux et de liberté, il n'y aurait aucun droit privé viable »[642]. Le fondement du droit civil, tout comme celui de l'ordre juridique tout court, est la dignité humaine. Mais l'auteur insista sur le fait que cette dignité n'était pas seulement celle d'un Etat libéral, mais aussi social (comme l'article 20 de la Loi fondamentale le prévoit). Les personnes « faibles » doivent donc être protégées aussi bien par une volonté privée libre mais socialement responsable et par l'Etat, lorsque la première protection n'est pas suffisante. En ce qui concerne les droits fondamentaux, comme ils « ordonnent » l'ordre juridique tout entier, ils lient aussi les personnes privées et il s'agit alors de l'« effet absolu » (*absolute Wirkung*) des droits fondamentaux[643].

b. La CJCE ignorant la distinction entre public et privé pour sauvegarder l'effectivité du droit communautaire

265. Sans entrer davantage dans cette controverse nationale, nous pouvons remarquer que le cœur du fondement de l'effet direct horizontal dans l'ordre juridique national allemand concerne la distinction entre droit public et droit privé, ainsi que la préservation de la liberté privée. Tel n'était pas le souci de la CJCE qui devait faire respecter le droit communautaire naissant à l'égard de tout pouvoir capable de le mettre en échec. C'est pourquoi nous voyons par exemple que, en matière de libre circulation des travailleurs, la Cour ne s'est pas arrêtée à l'arrêt *Walrave et Koch* précité qui laisse encore penser que le pouvoir normatif de l'association internationale des cyclistes était un élément permettant son assimilation à un pouvoir public. La distinction entre public et privé n'a en réalité pas de pertinence pour l'effet direct dans le raisonnement de la Cour. C'est l'importance de cette liberté fondamentale qui demande son effectivité maximale.

[641] *Allgemeiner Teil des Bürgelichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1959 (15e Édition).
[642] *Ibid.*, pp. 75-76.
[643] *Ibid.*, p. 93-94.

266. Dans l'arrêt *Angonese*[644], la Cour retient précisément que « le principe de non-discrimination énoncé à l'article 48 du traité [l'art. 45 TFUE] est formulé en termes généraux et qu'il n'est pas spécialement adressé aux États membres » (§30). A propos de la distinction entre pouvoirs public et privé, la Cour confirme que « les conditions de travail dans les différents États membres étant régies tantôt par la voie des dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions et *autres actes conclus ou adoptés par des personnes privées*, une limitation de l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité aux actes de l'autorité publique risquerait de créer des inégalités quant à son application » (§33, nous soulignons). Autrement dit, tout pouvoir doit se soumettre aux dispositions fondamentales du droit de l'UE, car c'est la condition *sine qua non* de la réalisation de ses objectifs dans un espace supranational, la distinction entre public et privé pouvant varier d'un Etat à l'autre. Une telle approche nous paraît posséder un double avantage. Tout d'abord, elle est cohérente avec la prétention de l'UE d'être un ordre juridique autonome qui doit donc pouvoir voir au final ses exigences fondamentales respectées. Ensuite, elle est adaptée au développement fonctionnaliste du droit de l'UE. Sans être ancré dans une réalité historique et sociale, le droit de l'UE a un champ d'application spécifique et devrait pouvoir chercher à réaliser ses objectifs par tout moyen utile dans cet espace limité.

En tout cas, avec une telle particularité, nous ne serons pas étonnés de voir que, face à la question de l'effectivité des directives, la Cour commence à brouiller les contours de cette « doctrine de base » pour obtenir un effet maximal du droit de l'UE.

Section 2 : Une « superstructure » complexifiée

267. Cette complexification est entraînée par les débats sur l'effet direct (horizontal) des directives. Depuis l'apparition de la question au début des années 1980, elle n'a cessé de faire couler de l'encre jusqu'à nos jours. La longévité et la complexité extraordinaires de ces débats sont provoquées par plusieurs facteurs. D'une part, traitant de la question isolée de l'effet direct des directives, la CJCE a voulu d'emblée franchir les limites de la doctrine de base (1); d'autre part, plus récemment, la question s'est mélangée avec l'effectivité des principes généraux de droit et des droits fondamentaux (2). Cette nouvelle construction de plus en plus complexe

[644] CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, *CML Rev.* 2000, p. 1237, comm. R. Lane et N. Nic Schuibhne.

menace de ruiner la cohérence de la solution, voire la sécurité juridique qui s'y attache. Une des manifestations de cette nouvelle incohérence pourrait être la différence de traitement entre droits économiques et sociaux (3).

§1. L'introduction des facteurs d'incohérences : « L'effet utile » des directives

268. Pour bien s'apercevoir de la nouveauté dans cette jurisprudence sur les effets des directives, on peut d'abord faire une analyse virtuelle de l'effet des directives selon la doctrine de base. Selon la rédaction constante de l'actuel article 288, al. 3 du TFUE, « [l]a directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Selon une interprétation littérale, son impérativité générale est donc circonscrite aux seuls Etats membres destinataires. Pour déterminer si elles ont un effet direct horizontal, il faudrait alors vérifier l'importance particulière de chaque directive en cause. Cette importance pourrait être appréciée à partir du sujet traité, du lien entre la directive et l'application du droit primaire, voire de la conjoncture. En tout cas, il ne pourrait y avoir d'effet direct horizontal de manière générale pour les directives.

Toutefois, la solution choisie par la Cour de justice paraît beaucoup moins tranchée. Elle a voulu reconnaître abstraitement un certain effet direct - une plus grande effectivité que celle de l'analyse virtuelle - à toute directive. C'est donc « l'effet utile » qui est invoqué (A). En même temps, elle se sent fortement limitée par le texte de l'article 288 du TFUE, car l'importance des directives paraît beaucoup moins grande que celle des Traités. Elle est donc tiraillée entre une volonté d'accroître l'effectivité des directives et le respect des Traités et elle invente des remèdes (B), à tel point que le chemin qu'elle a suivi fut déjà qualifié de « particulièrement sinueux et tortueux »[645] en 1993.

A. « L'effet utile » des directives

269. Ce chemin commence en effet avec un nouveau raisonnement pour fonder l'effet direct des directives. L'arrêt *Van Duyn*[646], de nouveau dans le domaine social, donna une première occasion à la CJCE de reconnaître l'effet direct à une directive considérée isolément

[645] EMMERT, Franck, et Monique PEREIRA DE AZEVEDO, « L'effet horizontal des directives (...) », *op. cit.*, p. 504

[646] CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, *Rec.* p. 1337, *RTD eur.* 1975, p. 128, obs. G. Lyon-Caen. V. aussi SECHE, Jean-Claude, « Free Movement of Workers under Community Law », *CML Rev.* 1977, pp. 385-410.

(1). A bien des égards, cette décision peut donner l'impression d'un emploi radical de la méthode concrétiste (2).

1. L'effet utile commun à toutes les directives

270. Dans l'affaire *Van Duyn*, il s'agissait d'un refus par l'administration britannique de l'entrée dans son territoire d'une ressortissante néerlandaise qui voulait y occuper un emploi offert par l'Eglise de scientologie. Après avoir confirmé l'effet direct de l'article 48 du Traité de Rome (relative à l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité à l'égard des travailleurs salariés) selon le raisonnement tout à fait classique, la Cour s'efforce de montrer l'existence d'un effet direct de l'article 3, paragraphe 1er de la directive du Conseil n°64/211, qui concerne la dérogation à la liberté de circulation des travailleurs fondée sur l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique. Son raisonnement se résume en deux points: tout d'abord, la distinction entre règlement et les autres instruments de droit dérivé n'exclut pas que ces derniers puissent avoir un effet direct; ensuite, étant donné que la directive a commandé un comportement déterminé de l'Etat, l'absence d'effet direct affaiblirait *l'effet utile* de la directive qui est bel et bien contraignante (§12)[647].

271. On y a vu une transposition du raisonnement dans le cas de l'effet direct des dispositions du Traité[648]. Toutefois, il nous semble que l'effet utile ne se fonde ni sur l'impérativité générale du droit communautaire, ni sur l'impérativité particulière de la norme en cause. Car comme nous l'avons montré, l'impérativité générale n'a pas d'intensité et l'impérativité particulière se fonde sur la nature de la norme en cause. L'effet utile se traduit bel et bien par un surcroît d'impérativité qui pourrait, par exemple, porter l'application d'une directive au-delà de ses destinataires initiaux. Plus tard, la Cour utilisera l'expression de « pleine efficacité » comme synonyme de l'effet utile, ce qui révèlera parfaitement sa fonction de renforcer l'intensité des effets. Or, ce renforcement ne puise sa source dans aucune considération substantielle de la norme. Il est général, commun à toutes les directives. L'effet utile reste alors l'expression de la volonté pure et simple de la Cour d'assurer la plus grande

[647] Ce raisonnement se trouve déjà dans l'arrêt *Franz Grad* (CJCE, 6 octobre 1970, aff. 9/70, *Rec.* p. 825) qui est souvent présenté comme le premier arrêt reconnaissant l'effet direct d'une directive dans une combinaison avec une décision. A vrai dire, cet arrêt concerne plutôt l'effet direct d'une décision adressée à des Etats membres. Le raisonnement reste toutefois tout à fait identique à celui dans l'arrêt *Van Duyn*. Voir aussi, l'arrêt *SASE* concernant la combinaison entre directive et dispositions du Traité (CJCE, 17 décembre 1970, aff. 33/70, *Rec.* p. 1213).

[648] EMMERT, Franck, et Monique PEREIRA DE AZEVEDO, « L'effet horizontal des directives (…) », *op. cit.*, p. 508.

efficacité possible des normes communautaires. D'un point de vue politique, elle demeure certainement une « bonne volonté » de la Cour suscitée par la nécessité d'affirmer l'autonomie du droit communautaire face au droit national.

D'un point de vue juridique, toutefois, cette nouvelle construction introduit un facteur de déstabilisation de la doctrine de base. Car toute norme qui bénéficie déjà de l'impérativité générale est susceptible de recevoir un effet utile, de sorte que la détermination de leurs effets par l'impérativité générale est dorénavant incomplète, sinon inutile, car il faut toujours attendre que la Cour se prononce sur la manière de garantir l'effet utile de la disposition. De même, l'effet direct fondé sur l'impérativité particulière peut perdre sa fonction de compléter le raisonnement fondé sur l'impérativité générale. Car toutes ses fonctions peuvent être désormais exercées par l'effet utile. Le seul élément de la doctrine de base qui demeure encore est donc les conditions techniques. Cette transformation est particulièrement claire au regard des termes de l'arrêt *Van Duyn* : selon la Cour, « il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les États membres et les particuliers » (§12). Seule la « capacité » de la norme pour produire l'effet direct reste en jeu.

2. Un emploi radical de la méthode concrétiste

272. Présentée de cette façon, la méthode qu'emploie la Cour est éminemment concrétiste, car elle refuse de dénier *a priori* l'effet direct horizontal aux directives et exige un examen concret de chaque directive. A notre sens, cette méthode concrétiste devrait cependant être qualifiée de radicale et, partant, critiquée pour cette radicalité. En effet, elle ignore les données textuelles sans donner d'autres explications que la nécessité de garantir l'effet utile du droit de l'UE. On se souvient que quand la Cour dépasse la limite textuelle dans l'arrêt *Defrenne II* pour reconnaître l'effet direct horizontal de l'article 119 du Traité de Rome, la Cour était très soucieuse de préciser le caractère fondamental de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. En l'absence d'un tel caractère fondamental, la limitation textuelle des destinataires aux Etats membres devrait constituer une présomption à l'encontre de l'effet direct horizontal des directives. La méthode concrétiste, qui vise à clarifier la structure de la norme, y compris sa capacité à produire un effet direct horizontal, ne devrait pas simplement ignorer les données linguistiques initiales.

Une telle application radicale de la méthode concrétiste revient aussi à niveler la différence entre les normes juridiques d'une importance inégale. C'est ce que le Pr Dieter Grimm a très justement qualifié d'« hyper-constitutionnalisation » (*Über-Konstitutionalisierung*)[649]. Au sein des ressortissants des Etats membres, les prescriptions d'une directive de l'UE seraient à observer de la même manière que les normes issues des droits fondamentaux. Privée d'une considération sur l'importance matérielle des dispositions à respecter, cette recherche concrétiste de l'effectivité devient une défense un peu aveugle de l'effectivité du droit de l'UE. Ultimement, elle pourrait même menacer la légitimité de la Cour. En effet, dans la solution de la Cour, la méthode concrétiste est mise au service de la reconnaissance de l'effet direct horizontal en tant que l'étape ultime de la pleine efficacité du droit de l'UE. La Cour a certainement senti elle-même la fragilité de cette construction et a par conséquent rajouté de nouvelles justifications pour cantonner l'effet des directives à l'effet direct vertical.

273. Elle a d'abord ajouté au raisonnement de l'arrêt *Van Duyn* une interdiction à l'Etat d'opposer « aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations [que la directive] comporte »[650]. Cet ajout est perçu comme le principe d'*estoppel* ou de *venire contra factum proprium* ou encore de *nemo auditur*[651]. Toutefois, cette justification se démarque clairement de celle fondée sur l'effet utile[652]. Car non seulement en théorie l'*estoppel* est un principe procédural tandis que l'effet utile crée de vrais droits, mais en pratique aussi, l'effet utile peut parfaitement dépasser les limites de l'*estoppel*. Par exemple, l'effet utile peut justifier une interprétation extensive de la notion de l'Etat qui englobe toutes les autorités constituant une partie de l'administration, alors que l'*estoppel* n'aurait de sens qu'à l'égard de celle en mesure de mettre en œuvre la directive, c'est-à-dire le plus souvent le parlement et le gouvernement. Contrainte par le texte, la CJCE a finalement nié formellement l'effet direct horizontal des directives. Elle considère dans son arrêt *Marshall* que « une directive ne peut pas

[649] GRIMM, Dieter, *Europa ja – aber welches?*, Munich, C. H. Beck, 2016, p. 112.
[650] CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.* p. 1629, §22.
[651] PESCATORE, Pierre, « L'effet des directives communautaires, une tentative de démythification », *D.* 1980, chron. XXV, pp. 171-176.
[652] L'hétérogénéité de ces fondements est montrée par EMMERT Franck, et Monique PEREIRA DE AZEVEDO, « L'effet horizontal des directives. (… », *op. cit.*; les auteurs considère que pendant la période qui va de l'arrêt *Ratti* (1979) à l'arrêt *Francovich* (1991), l'*estoppel* a éclipsé l'effet utile.

par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne »[653].

Néanmoins, la Cour n'a cessé de travailler pour étendre l'effectivité des directives, ceci par deux procédés. D'un côté, la Cour développe « la théorie de l'effet indirect »[654] comme remède à l'absence de l'effet direct horizontal des directives; de l'autre, comme l'écrit le P[r] Paul Craig, « *[the textual limit in* Marshall*] contained the seeds of its own later circumvention through inclusion of the qualifying pronoun "itself"* »[655]. Ce dernier procédé qui vise la combinaison entre directive et d'autres normes communautaires sera traité dans le paragraphe suivant. Pour l'instant, on doit simplement noter que ce procédé combinatoire a pour point de départ l'invention du triple effet direct vertical des directives.

B. Le triple remède à l'absence de l'effet direct horizontal des directives

274. Les manifestations du développement de la théorie de l'effet indirect sont au nombre de trois : l'obligation d'interprétation conforme (1), la conception large de l'Etat (2) et la responsabilité de l'Etat pour non-respect du droit de l'UE (3).

1. L'obligation d'interprétation conforme

275. Il s'agit d'abord d'imposer au juge national une obligation d'interprétation conforme. En effet la Cour a très tôt considéré que les « Etats membres » incluent aussi les autorités judiciaires[656]. Par conséquent, « la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, paragraphe 3 [actuel l'article 288, § 3 du TFUE] »[657]. A travers les arrêts *Von Colson*[658] et *Harz*[659], la CJCE précise que cette obligation existe aussi bien dans les rapports impliquant une personne publique que dans les rapports purement privés. Les circonstances de fait dans ces deux arrêts sont sensiblement les mêmes: des candidates féminines à un emploi considèrent qu'elles ont subi une discrimination par rapport aux candidats masculins. Or dans

---

653 CJCE, 26 février 1986, aff. 152/84, *Rec.* p. 723, §48, nous soulignons.
654 RODIERE, Pierre, « Sur les effets directifs du droit (social) communautaire », *RTD eur.* 1991, pp. 565-586, spéc., p. 574.
655 CRAIG, Paul, « The legal effect of Directives: Policy, rules and exceptions », *E. L. Rev.* 2009, 34(3), pp. 349-377, spéc., p. 358.
656 CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43/75, *Rec.* p. 455, §37.
657 CJCE, 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*, aff. 14/83, *Rec.* p. 1908, §26.
658 *Ibid.*
659 CJCE, 10 avril 1984, *Harz*, aff. 79/83, *Rec.*, p. 1921.

l'arrêt *Von Colson*, l'employeur fut une autorité publique (un Land en Allemagne), tandis que l'employeur en cause dans l'arrêt *Harz* fut une SARL. Cette différence ne modifie pas l'obligation d'interprétation conforme du juge. Conceptuellement, c'est toujours la norme nationale qui est applicable entre personnes privées. Toutefois, une fois que cet habit hautement rhétorique est enlevé, il serait difficile de concilier l'arrêt *Harz* et l'arrêt *Marshall*. Car le droit national interprété conformément à une directive doit « atteindre le résultat » fixé par cette dernière. Au final, c'est donc la directive qui est réellement appliquée entre personnes privées. Si l'argument textuel dans l'arrêt *Marshall*, soutenu en même temps par l'exigence de la sécurité juridique, était à prendre au sérieux, cette application *de facto* de la directive entre personnes privées ne devrait certainement pas avoir lieu.

Une solution modérée serait de faire de l'obligation d'interprétation conforme un remède uniquement à l'absence d'effet direct vertical. Car l'obligation d'interprétation conforme n'est pas concernée par les conditions techniques en matière d'effet direct[660]. Cette incohérence est d'ailleurs aggravée par la présence des cas où une interprétation conforme est impossible en raison de la précision du droit national. Serait-il admissible que l'effet des directives soit dépendant non pas du droit communautaire mais d'une donnée contingente relevant du droit national? La Cour a pourtant confirmé cette solution dans l'arrêt *Marleasing*[661], en maintenant la cohérence rhétorique.

2. La conception large de « l'Etat »

276. Ensuite, la Cour étend la notion de l'Etat pour reconnaître l'existence de l'effet direct vertical aussi largement que possible. Dans l'arrêt *Marshall* même, la question sur l'existence de l'effet direct horizontal est transformée en une interrogation sur la possibilité de qualifier un employeur comme Etat. L'affaire concerne une différence de traitement entre travailleurs masculins et féminins et oppose ainsi une salariée à son employeur. Etant donné que cet employeur fut un établissement d'enseignement réputé en droit interne comme une autorité publique, la Cour conclut à l'existence de l'effet direct vertical. Ce remède provoque une nouvelle série de questions difficiles à résoudre. Premièrement, il introduit la difficile distinction entre le public et le privé. Or, à travers des exercices de droit comparé, on a remarqué

[660] C'est le cas des arrêts *von Colson et Kamann* et *Harz*, où la directive 76/207/CEE n'a pas donné d'exigence précise en matière de sanction pour la discrimination. La CJCE a toutefois rejeté la sanction prévue par le droit national en tant qu'elle n'était pas suffisamment efficace et dissuasive au regard de la directive.
[661] CJCE, 13 novembre 1990, C-106/89, *Rec.* p. 4156.

que cette distinction est « multifonctionnelle et dépendante du contexte »[662]. En effet, cette distinction se fonde parfois sur des valeurs politiques de l'Etat membre qui peut décider de nationaliser ou de privatiser certains secteurs. Par conséquent, un même rapport factuel peut recevoir différentes qualifications juridiques dans différents Etats, ce qui menacerait l'unité du droit communautaire et l'égalité entre les citoyens européens. De la même manière que la diversité de législations rend la possibilité d'interprétation conforme variable selon les Etats, les différentes conceptions du secteur public introduisent des distinctions arbitraires dans la détermination de l'effet direct. C'est d'ailleurs l'argument du gouvernement britannique dans l'arrêt *Marshall*. Il considère que le fait de retenir l'organisme d'enseignement public comme Etat « aurait pour conséquence une distinction arbitraire et injuste entre les droits des employés de l'État et ceux des employés privés » (*Marshall*, préc., §51). La réponse de la Cour, selon laquelle cette situation arbitraire aurait pu être évitée par le gouvernement britannique lui-même en transposant correctement la directive, est manifestement insuffisante, car elle renvoie la responsabilité d'une situation arbitraire et injuste aux autorités nationales sans tenter de corriger cette situation directement. D'ailleurs cette solution semble être en contradiction flagrante avec l'attitude de la Cour dans l'affaire *Walrave*. D'aucuns n'hésitent pas à affirmer que, « en admettant la conception large de l'Etat et en y incluant des établissements autonomes qui pratiquent la « gestion privée », la Cour se verra inévitablement reprocher de ne pas justifier suffisamment l'exclusion de l'invocabilité à l'encontre des particuliers »[663].

277. L'élargissement de la notion de l'Etat risque d'ailleurs de la rendre purement fonctionnelle et flottante. Dans l'arrêt *Comune di Carpaneto*[664], la question était de savoir si un organisme de droit public (une commune) pouvait invoquer directement une directive pour récuser une mesure fiscale nationale. La Cour suit son raisonnement habituel et énonce clairement que dans ce contexte, les organismes de droit public doivent être assimilés aux particuliers (§31). En rapportant cet arrêt à l'arrêt *Marshall* (préc.), on voit que les notions d' « autorité publique » et de « particulier » deviennent alors perméables. La variation des catégories fondamentales dans la doctrine de l'effet direct montre nécessairement la fragilité de la construction[665]. De plus, cette variation montre l'incompatibilité objective entre l'acception large de « l'Etat » et celle dans l'article 288 du TFUE qui sert de l'argument textuel au refus de

---

[662] JURGENS, Gerdy et Frank Van OMMEREN, « The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependant divide », *Cambridge Law Journal* 2012, 71(1), pp. 172-199.
[663] MANIN, Philippe, « L'invocabilité des directives (...) », *op. cit.*, p. 684.
[664] CJCE, 17 octobre 1989, C-231/87, *Rec.* p. 3269.
[665] MANIN, Philippe, « L'invocabilité des directives (...) », *op. cit.*, p. 685.

l'effet direct horizontal. En effet, l'article 288 ne vise que des autorités étatiques disposant d'un pouvoir pour transposer la directive[666]. Il est alors difficile de justifier l'application de l'effet direct à un employeur de droit public qui n'est pas responsable de la transposition de la directive, alors que l'on dénie en même temps l'effet direct horizontal.

3. La responsabilité étatique pour non-respect du droit de l'UE

278. Enfin, le dernier remède consacré dans l'arrêt *Francovich*[667] consiste à ouvrir la voie judiciaire pour engager la responsabilité de l'Etat. En l'espèce, il s'agissait de la défaillance de l'Etat italien dans la transposition de la directive 80/987 sur la protection des travailleurs contre l'insolvabilité des employeurs. La directive n'était pas assez précise quant à la désignation du débiteur. Elle ne pouvait donc pas produire un effet direct. Des travailleurs ont alors demandé une indemnité. Selon la Cour, « les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables » (§37). Dans la mesure où les directives qui ne satisfont pas au critère de l'effet direct créent tout de même des droits dans le patrimoine des individus (le droit à la réparation des dommages subis), ce mécanisme de responsabilité étatique semble s'appuyer sur l'impérativité générale du droit de l'UE et la protection du droit d'accès à la justice. Ceci est assez clair au regard du raisonnement de la Cour. Après avoir rappelé l'impérativité générale du droit communautaire (une donnée objective) et l'exigence de la garantie de l'effet utile (la volonté de la Cour), la CJCE déclare que « [i]l y a lieu de constater que la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un Etat membre » (§33).

279. Ces trois remèdes à l'absence d'effet direct horizontal des directives ne font qu'accentuer la tension entre les logiques respectives de l'arrêt *Van Duyn* et de l'arrêt *Marshall*, le premier visant à étendre de manière volontariste l'effectivité du droit communautaire, le dernier tentant de respecter littéralement le texte juridique. De plus, ces remèdes font qu'en pratique, il n'est pas rare de voir une directive s'appliquer dans le domaine privé, certes avec un habit rhétorique pour se concilier avec l'arrêt *Marshall*. D'ailleurs la Cour semble parfois postuler l'effet direct horizontal d'une directive et l'applique sans d'autres explications dans les

[666] CRAIG, Paul, « The legal effect of Directives (...) », *op. cit.*, p. 356.
[667] CJCE, 19 novembre 1991, C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. 5357, *Europe*, décembre 1991, chron. N°1, D. Simon.

relations privées[668]… Par conséquent, de nombreuses propositions ont été formulées pour que la Cour acceptât l'effet direct horizontal des directives[669]. Elles furent même relayées par certains avocats généraux[670]. Par exemple, dans l'affaire *Faccini Dori*[671], après avoir rappelé l'état d'achèvement du marché commun, l'avocat général Lenz s'appuie surtout sur la nécessité de garantir l'unité du droit communautaire et le principe de non-discrimination entre sujets de ce droit. Cette justification politique d'une plus grande volonté d'assurer l'effectivité du droit communautaire n'a pourtant pas trouvé la faveur de la Cour. Dans son arrêt, la CJCE se contente de rappeler la solution de l'arrêt *Marshall* et de reprendre les remèdes inventés. La tension des logiques différentes se trouve donc entérinée dans la jurisprudence de la Cour. Elle ne manquera pas d'éclater de nouveau.

§2. Des incertitudes renouvelées: l'effet direct (horizontal) des principes généraux de droit et des droits fondamentaux

280. Le problème est récent et les incertitudes sont nombreuses. S'il s'est présenté d'abord comme un prolongement de la question des effets des directives dans les arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci* (A), le centre des débats est en train de se déplacer vers l'application horizontale des principes généraux de droit et des droits fondamentaux (B).

A. L'approche *Mangold/Kücükdeveci*

281. L'arrêt *Mangold* constitue le point de départ de cette nouvelle construction. Cet arrêt relatif à la possibilité de renouveler sans limites les CDD avec les salariés de plus de 52 ans provoque des conséquences « difficilement mesurables »[672] et trouvera son approfondissement dans l'arrêt *Kücükdeveci*, de sorte que l'on peut nommer cette doctrine de

---

[668] CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, *Rec.* p. 3968. Il s'agit de la directive 76/207/CEE portant l'égalité de traitement entre hommes et femmes concernant l'accès à l'emploi, la formation professionnelle et les conditions de travail.

[669] Il est parfois proposé de voir le domaine social comme un domaine privilégié pour développer l'effet direct horizontal des directives. V. MANIN, Philippe, « L'invocabilité des directives (…) », *op. cit.*, p. 687; d'autres insistent sur l'utilisation par la Cour de l'effet utile, v. EMMERT, Franck, et Monique PEREIRA DE AZEVEDO, « L'effet horizontal des directives (…) », *op. cit.*, p. 522-523.

[670] Notamment l'avocat général Van Gerven, dans l'affaire *Marshall II* (C-271/91), l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Vaneetveld* (C-316/93), et l'avocat général Lenz dans l'affaire *Faccini Dori* (C-91/92).

[671] CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, *Rec.* p. 3325.

[672] TISSANDIER, Hélène, « Les "CDD seniors" sont-ils conformes au droit communautaire? », *RJS* 2006, n°4, pp. 257-261, spéc., p. 261.

la Cour « l'approche Mangold/Kücükdeveci »[673]. Il nous est nécessaire de rappeler clairement les nouveautés de cette approche qui, à notre sens, sont au nombre de trois et qui sont aussi porteuses d'incertitude : la capacité d'un principe général du droit de produire un effet direct horizontal (1), le rapport entre le principe général du droit et la directive dans le même domaine (2), et l'admission de l'effet direct horizontal *de facto* d'une directive (3).

1. Le principe général du droit comme source de l'effet direct horizontal

282. En premier lieu, ce que le juge affirme expressément dans l'arrêt *Mangold*, c'est uniquement l'effet horizontal du principe général de non-discrimination fondée sur l'âge. En effet, la Cour énonce qu' « il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige *mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge*, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, *la protection juridique découlant pour les justiciables du droit communautaire* et de garantir *le plein effet* de celui-ci en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale »[674]. Certes, l'ambiguïté est patente. Car « assurer la protection juridique découlant du droit communautaire » comporte-t-il l'application de la directive ? En tout cas, en termes conceptuels, c'est l'applicabilité horizontale du principe général qui est mise en avant. Cela semble d'autant plus nécessaire que la Cour fait produire l'effet horizontal avant l'expiration du délai de transposition de la directive. Ainsi, un commentaire de l'époque semble s'être trompé en critiquant notamment « l'abandon malheureux des jurisprudences *Ratti* et *Faccini Dori* »[675].

L'arrêt *Kücükdeveci* confirme la position de la Cour en renouvelant la jurisprudence *Marshall* (donc les jurisprudences *Ratti* et *Faccini Dori*) selon laquelle « 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 »[676]. L'attention des commentateurs étant attirée vers l'effet direct horizontal des directives, la Cour a pu subrepticement reconnaître l'effet direct horizontal des principes généraux du droit sans provoquer de grandes émotions. Pour la

---

[673] Pour un tel usage, v. DE MOL, Mirjam, « Dominguez: a deafening silence », *E. C. L. R.* 2012, 8(2), pp. 280-303.

[674] CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, §77, *Europe*, 2006, n°1, p.19, comm. 18, L. Idot ; *RDT*, 2006, p. 133, comm. S. Robin-Olivier. (Nous soulignons.)

[675] DUBOS, Olivier, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ? », *JCP G*, 2006, II-10107.

[676] CJUE, 19 janvier, 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, §46, *AJDA* 2010, p. 248, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RDT* 2010, p. 237, obs. M. Schmitt ; *RTD eur.* 2010, p. 113, chron. L. Coutron ; *ibid.* p. 673, chron. S. Robin-Olivier ; *ibid.* 2011, p. 41, étude E. Bribosia et T. Bombois ; *RMCUE* 2013, p. 313, chron. Ekaterini Sabatakakis.

justifier, la Cour invoque systématiquement la nécessité de garantir « le plein effet » du principe général de droit (*Mangold*, §77; *Kücükdeveci*, §51). Si l'on isole la question du principe général du droit de celle des droits fondamentaux, on ne peut qu'approuver la solution de la Cour, tout en remarquant son hésitation. Car, selon notre analyse déjà expliquée, l'impérativité générale de l'ordre juridique de l'UE devrait justifier l'application directe, verticale comme horizontale, d'une norme communautaire qui n'a pas de destinataire particulier, à la seule condition qu'elle remplisse les critères techniques d'une telle application. Il semble qu'il y a un consensus sur le fait que le principe de non-discrimination fondée sur l'âge remplisse ces conditions. Ces critères techniques jouent alors un rôle essentiel dans la détermination de l'applicabilité des principes généraux du droit.

2. Les relations entre principe général du droit et directive

283. En second lieu, dans l'approche *Mangold/Kücükdeveci*, la Cour effectue une assimilation du contenu du principe général du droit à celui de la directive correspondante. Car la violation du principe général ne se distingue pas de celle de la directive. L'explication de la Cour est désormais bien connue : la directive est une concrétisation du principe général du droit (*Kücükdeveci*, §27, §51). Cette assimilation comporte une conséquence pratique importante et un risque réel de confusion. En effet, elle implique d'abord que le contenu de la directive serve de base à l'appréciation des conditions techniques d'applicabilité directe et horizontale. La question n'est pas évoquée dans les arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci*. La Cour semble avoir postulé le caractère inconditionnel et précis du principe général du droit en cause. On peut sans doute se référer à l'explication de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez*. Selon elle, « [l]es principes de non-discrimination ont ceci de particulier que l'essentiel de leur contenu est substantiellement identique au niveau du droit primaire et dérivé. L'interprétation des principes de non-discrimination de droit primaire permet également de définir la notion de discrimination. À cet égard, les règles contenues dans les directives ne sont rien d'autre que l'expression plus détaillée des principes de droit primaire. »[677] L'assimilation entre les contenus du principe général du droit et de la directive risque ensuite de créer une confusion entre ces deux normes. M[me] Trstenjak formule clairement cette critique. Elle constate que « la coïncidence du contenu de la directive avec celui du droit primaire n'est non seulement absolument pas obligatoire, mais constitue en fait une exception, car le droit dérivé comporte

[677] Conclusions présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, §162.

la plupart du temps des règles plus spécifiques »[678]. Le domaine de protection du principe général du droit peut donc différer de celui de la directive. Par conséquent, elle propose de « procéder d'abord à une définition autonome de son contenu au lieu, à l'inverse, de tirer des conclusions sur le contenu du principe général du droit à partir des dispositions de la directive » (*Ibid.*). Aux yeux de l'avocat général, l'approche *Mangold/Kücükdeveci* conduirait à un enrichissement constant du contenu des principes généraux du droit par les directives. A long terme, ces deux sources distinctes dans la hiérarchie normative finiraient par se confondre « irréversiblement », à tel point que même le législateur européen ne saurait modifier les directives[679].

284. L'argument de l'avocat général est alarmant, malgré une faille. En effet, la Cour devrait être vigilante face à une assimilation automatique des contenus d'un principe général du droit et d'une directive. Non seulement elle effacerait la différence normative entre les deux types de sources de droit, mais la Cour serait également privée de la possibilité de contrôler une directive à l'aune du principe général du droit correspondant, sans même parler du législateur qui serait privé de son propre rôle. En revanche, si l'assimilation est un acte volontaire et raisonné de la Cour, l'opération d'assimilation peut être considérée comme une méthode pour déterminer le contenu du principe général du droit. Ce serait la concrétisation programmatique législative dans notre terminologie. La faille du raisonnement de l'avocat général consiste à présupposer qu'un principe général du droit demeure immuable et abstrait. En réalité, étant donné la structure d'un principe général qui ne vise qu'une réalisation optimale d'un objectif, son contenu est forcément circonstanciel et concret. Au demeurant, les arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci*, en ne donnant aucune considération explicite à ce sujet, laissent effectivement voir une certaine automaticité dans l'assimilation. La question des relations entre principes généraux du droit et directives en termes de contenu restait alors ouverte.

3. L'effet direct horizontal *de facto* d'une directive

285. En troisième lieu, et cela résulte des deux premières nouveautés, la Cour donne *de facto* un effet direct horizontal à des directives. La critique de l'effet direct horizontal des directives doit en effet se situer sur ce plan factuel. On peut se demander légitimement si la présence d'un principe général du droit est une raison suffisante pour justifier cette différence

[678] *Ibid.*, §156.
[679] *Ibid.*, §157.

de traitement de fait. Cette interrogation est d'autant plus nécessaire que le principe de non-discrimination fondée sur l'âge semble en quelque sorte inventé par le juge communautaire qui se fonde *vaguement* sur divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux États membres, comme nous l'avons vu dans le titre précédent.

Le début de cette approche Mangold/Kücükdeveci est donc marqué par plusieurs affirmations qui entraînent d'autres interrogations : Comment déterminer l'existence même d'un principe général du droit ? Le principe général du droit a-t-il un effet direct horizontal ? Quels est (Quels sont) le contenu (et le domaine de protection) d'un principe général du droit ? Face à ces questions, la pratique judiciaire montre une très grande hésitation à la fois chez les avocats généraux et au sein de la Cour de justice elle-même, quand on examine des domaines au-delà de la non-discrimination fondée sur l'âge.

B. Les hésitations face à l'argumentation fondée sur les principes généraux du droit

286. Depuis l'arrêt *Mangold*, ces différentes questions se sont posées à maintes reprises devant la Cour dans divers domaines, dont notamment la non-discrimination fondée sur l'âge, la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et le droit à congés payés des salariés. Nous allons essayer d'observer la réaction des avocats généraux et de la Cour face aux questions susmentionnées, dont notamment l'existence d'un principe général du droit (1) et l'effet direct horizontal d'un tel principe (2).

1. Sur l'existence d'un principe général du droit

287. Avec l'examen de la variété des conceptions de principe général du droit dans l'UE, nous avons déjà évoqué l'incertitude que comporte cette qualification dans le premier titre. Nous ne sommes donc pas surpris de constater les hésitations de nombreux acteurs du droit de l'UE. Par exemple, dans ses conclusions pour l'affaire *Palacios de la Villa*, l'avocat général Mazak note à propos des principes généraux du droit que « leur existence et leur contenu matériel se caractérisent par l'incertitude »[680]. Cette appréciation trouve encore un écho récent chez l'avocat général Trstenjak qui remarque que « la notion de principes généraux du droit fait encore débat. La terminologie n'est pas uniforme, que ce soit dans la doctrine ou dans la jurisprudence. »[681] Concrètement, ces hésitations se manifestent à travers la prudence à

[680] aff. C-411/05, §86.
[681] Conclusions présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, §92.

généraliser l'approche *Mangold/Kücükdeveci* (a) et la distance gardée avec la Charte des droits fondamentaux (b).

a. L'hésitation à étendre l'approche *Mangold/Kücükdeveci*

288. Il convient de remarquer d'emblée que, même au sein de la non-discrimination fondée sur l'âge, l'existence d'un principe général du droit n'a pas été acceptée sans controverses parmi les avocats généraux. Dans l'affaire *Mangold*, l'avocat général Tizzano a voulu voir l'origine du principe général de non-discrimination fondée sur l'âge dans le principe d'égalité et de non-discrimination en général et invoqua simplement la jurisprudence de la Cour pour confirmer l'existence du principe d'égalité[682]. Pour critiquer la reconnaissance de ce principe, l'avocat général Mazak utilisa le même argument dans un sens contraire, en constatant que « de nombreux instruments internationaux et traditions constitutionnelles communes aux États membres invoqués par la Cour dans l'arrêt *Mangold* consacrent effectivement le principe général de l'égalité de traitement, mais non (…) le principe spécifique de la non-discrimination en raison de l'âge en tant que tel »[683]. Il s'appuie ensuite sur le fait que l'interdiction générale de toute discrimination laisse la place aux débats sur le motif discriminatoire prohibé pour critiquer le fait de déduire tout principe particulier de non-discrimination à partir du principe général de l'égalité de traitement. Il n'est favorable qu'au rattachement des principes particuliers de non-discrimination déjà existants au principe général de l'égalité de traitement. Sur la même question, l'avocat général Sharpston a exposé à deux reprises son opinion qui est contraire à celle de l'avocat général Mazak. M^me^ Sharpston s'est attachée à l'évolution des contextes qui renouvelle le contenu du principe général de l'égalité de traitement plutôt que de s'attacher aux textes juridiques en la matière. Elle arrive donc à comprendre la portée de l'arrêt *Mangold* ainsi: « toute discrimination fondée sur l'âge est une manifestation de discrimination spécifique interdite par le principe général de l'égalité de traitement bien connu en droit communautaire – un principe qui est effectivement largement antérieur tant à l'article 13 CE qu'à la directive 2000/78. »[684] Il est remarquable que l'avocat général Sharpston note trois événements caractéristiques de cette évolution, dont le fait que l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit toute discrimination fondée sur l'âge[685].

[682] Conclusions présentées le 30 juin 2005 dans l'affaire *Mangold*, C-144/04, §83 et s.
[683] Conclusions présentées le 15 février 2007 dans l'affaire *Palacios de la Villa*, C-411/05, §88.
[684] Conclusions présentées le 22 mai 2008 dans l'affaire *Bartsch*, C-427/06, §59.
[685] Conclusions présentées le 2 oct. 2005 dans l'affaire *Lindorfer*, C-227/04, §89.

289. Dans d'autres domaines, l'avocat général Jääskinen justifie la reconnaissance du principe général de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'affaire *Römer* par deux raisons[686] : d'une part, l'application du principe général de non-discrimination doit être aussi rigoureuse concernant l'âge et l'orientation sexuelle; d'autre part, la jurisprudence de la Cour EDH de même que l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux reconnaît le droit à la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle et par conséquent, ce droit doit donc être retenu comme un principe général du droit de l'UE. M[me] Trstenjak, dans le domaine de l'organisation du temps de travail, tente de synthétiser toutes ces approches en identifiant deux types de principes généraux du droit, les uns inhérents à l'ordre juridique de l'UE, les autres communs à tous les Etats membres. Ils véhiculent donc « les principes fondamentaux de l'Union et de ses Etats membres »[687]. Après avoir rappelé que « [d]es principes importants de l'État de droit ont notamment été reconnus à titre de principes généraux du droit de l'Union », elle souligne le lien entre l'Etat de droit et le respect des droits fondamentaux et reconnaît ainsi ces derniers en tant que principes généraux du droit communautaire. Cette démarche aurait pu être considérée comme une reprise bien classique de la jurisprudence de la CJCE qui reconnaît que les droits de l'homme font partie du droit communautaire comme principe général du droit. Mais à regarder de plus près, l'avocat général Trstenjak insiste davantage sur leur caractère fondamental de ces droits qui les font accéder à la qualité de principe général du droit. En effet, « [un principe juridique] devrait pour [être qualifié de principe général du droit] revêtir en droit de l'Union (…) une importance si fondamentale qu'il a trouvé une expression dans de nombreuses normes du droit primaire ou du droit de l'Union dérivé »[688]. L'explicitation de leur caractère fondamental a une valeur particulière dans la question de l'effet direct horizontal. Pour l'instant, on se contente d'observer que l'avocat général Trstenjak apparente cette fondamentalité à la présence d'un droit fondamental dans le droit de l'UE, en droit international et dans les droits des Etats membres. Elle applique ces critères au droit à des congés annuels payés et constate que ce dernier est largement présent dans ces trois groupes d'ordre juridique. De plus, le droit à congés payés présente une portée générale qui le distingue de règles de droit spécifiques et un minimum de précision normative. Par conséquent, elle plaide pour une reconnaissance de ce droit en tant que principe général du droit de l'UE.

290. On remarque d'ailleurs que les avocats généraux évitent de se prononcer sur cette

---

[686] Conclusions présentées le 15 juillet 2010 dans l'affaire *Römer*, C-147/08, §129 et s.
[687] Conclusions présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, §95.
[688] *Ibid.*, §99.

question lorsque l'emploi d'un principe général du droit pourrait être pertinent, mais pas strictement nécessaire. Par exemple, dans l'affaire *Maruko* où il s'agit d'une différence dans l'octroi de la pension de survie fondée sur l'orientation sexuelle, le litige oppose une personne privée à un organisme de sécurité sociale, personne morale de droit public. La directive 2000/78 se trouve alors applicable par son effet direct vertical. C'est sans doute pourquoi l'avocat général Colomer ne s'est pas interrogé sur l'éventuelle existence d'un principe général de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, bien que ses conclusions[689] interviennent après l'arrêt *Mangold*. Pourtant, il s'est efforcé de montrer l'évolution des contextes moral et juridique qui rend essentiel le droit à la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

291. Quant à la Cour, sa démarche ressemble beaucoup à celle de l'avocat général Colomer. On s'aperçoit facilement de sa prudence et de son pragmatisme. Dans les affaires précitées, à savoir, les affaires *Palacios de la Villa*, *Maruko*, *Lindorfer*, *Bartsch*, *Römer* et *Dominguez*, la Cour s'est abstenue systématiquement de se prononcer sur la question de principe général. La liste de ce type de situation peut encore être allongée. La raison de cette abstention se comprend plus ou moins aisément. Dans des affaires comme *Maruko*[690], l'utilisation d'un principe général du droit n'est pas nécessaire parce qu'il s'agit d'un litige vertical et que la directive correspondante se trouve ainsi applicable en raison de son effet direct vertical. Dans des affaires comme *Palacios de la Villa*[691], où il s'agit d'un litige horizontal, la Cour, au lieu d'invoquer un principe général du droit, examine directement l'affaire au regard de la directive pertinente et conclut à la non violation de la directive. Autrement dit, la directive, fût-elle applicable, n'influencerait pas le résultat du litige. Il convient de noter au passage que la critique sur la confusion entre directives et principe général du droit trouve toute sa force ici. Enfin, dans les affaires comme *Roca Alvarez* et *Dominguez*, l'abstention de la Cour devient quelque peu mystérieuse. Dans l'affaire *Roca Alvarez*, il s'agit de l'égalité de traitement entre hommes et femmes pour l'octroi du congé parental. Le litige a lieu entre personnes privées. Or la Cour n'invoque pas le principe général de l'égalité de traitement, mais invalide la réglementation nationale uniquement en se référant à la directive 76/207/CEE « relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (…) ». L'explication plausible est que la question préjudicielle était posée en termes d'incompatibilité

[689]Conclusions présentées le 6 septembre 2007 dans l'affaire *Tadao Maruko*, C-267/06.
[690] A laquelle on peut ajouter les affaires *Lindorfer*, *Age Concern England* [C-388/07], *Andersen* [C-499/08], *Petersen* [C-341/08], *Wolf* [C-229/08], *Georgiev* [C-250/09], *Römer* etc.
[691] A laquelle on peut ajouter les affaires *Chacon Navas* [C-13/05], *Rosenbladt* [C-45/09].

entre la directive et la réglementation nationale, et non en termes de l'obligation du juge national dans le litige privé en cause. Cette vraisemblable postulation de l'effet direct horizontal d'une directive n'est pas sans rappel de l'attitude de la Cour dans l'affaire *Dekker* précité. Quant à l'affaire *Dominguez*, malgré l'argumentation étoffée de l'avocat général Trstenjak en faveur de la reconnaissance du droit à des congés annuels payés en tant que principe général du droit de l'UE, la Cour a choisi, sans explication, d'ignorer complètement la question et reprend la conception traditionnelle de l'effet direct des directives… La seule certitude que nous ayons, c'est que la Cour considère désormais comme bien établie l'existence du principe général de non-discrimination fondé sur l'âge et l'utilise chaque fois quand l'affaire concerne un litige privé[692].

b. La distance gardée avec la Charte des droits fondamentaux

292. Dans le sillage de ce nouveau développement sur l'effet direct horizontal des normes de l'UE, la question à l'origine latente du lien entre principes généraux et droits fondamentaux devient de plus en plus visible. Comme nous l'avons dit dans le premier titre, normalement les droits sociaux fondamentaux que l'UE reconnaît et respecte doivent être protégés en tant que principe général du droit. L'affaire *Mangold* n'a pas ignoré ce lien entre principe de non-discrimination fondée sur l'âge et le droit fondamental correspondant, car l'avocat général Tizzano invoqua précisément une jurisprudence qui affirme l'existence du principe général de non-discrimination par le biais des droits fondamentaux[693]. On pourrait même dire que dans l'arrêt *Mangold* il existe une assimilation complète du droit à la non-discrimination fondée sur l'âge au principe général du droit, puisque la Charte des droits fondamentaux n'était pas encore entrée en vigueur. Dans d'autres affaires, en revanche, ce lien peut paraître beaucoup moins affirmé. Nous avons déjà mentionné l'absence de reconnaissance des principes généraux en matière de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et de congés annuels payés. On pourrait penser que la Cour redoutait sûrement l'incompatibilité entre l'effectivité des droits fondamentaux et celle des principes généraux en vertu de l'arrêt *Mangold*.

[692] V. une confirmation plus récente : CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri*, C-441/14, *SSL*, 26 décembre 2016, supplément, n. S. Laulom.
[693] CJCE, 12 décembre 2002, *Rodriguez Caballero*, C-442/00, *Rec.* p. 11915, §30-32: « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect (...). Au nombre des droits fondamentaux figure notamment le principe général d'égalité et de non-discrimination. »

293. En effet, M[me] Trstenjak a pu examiner ce souci de manière détaillée dans ses conclusions dans l'affaire *Dominguez*. Ses conclusions visaient à refuser l'effet direct horizontal au droit à congés payés consacré par l'article 28 de la Charte. Elle invoqua alors l'article 51 qui ne mentionne comme destinataires des dispositions de la Charte que les institutions et organes de l'UE et les Etats membres de la Charte », pour récuser l'effet direct horizontal des droits fondamentaux. A supposer que ce rejet de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux soit fondé, il devrait alors entraîner l'inapplicabilité horizontale des principes généraux du droit. Car si, en vertu de l'article 6 du TUE, les deux types de normes peuvent subsister en parallèle comme des sources autonomes du droit de l'UE, ils se recoupent en réalité dans une large mesure du point de vue de leur contenu. Par conséquent, « [l]e fait de permettre (…) aux particuliers de se prévaloir du principe général du droit aurait (…) pour conséquence de contourner la limitation du cercle des personnes tenues de respecter les droits fondamentaux opérée par le législateur de l'Union dans la charte »[694]. La Cour pourrait assurément distinguer le contenu d'un principe général de celui du droit fondamental correspondant et estimer par conséquent que le principe général assurerait un niveau de protection plus élevé. Toutefois, la clarté et la cohérence de la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire font que le juge a tout intérêt à privilégier une interprétation harmonisée des deux types de normes. Par conséquent, pour M[me] Trstenjak, le principe général ne devrait pas recevoir une applicabilité horizontale. Voyons donc de manière plus précise la doctrine de la Cour à propos de l'effet direct horizontal des principes généraux.

2. Sur l'effet direct horizontal des principes généraux du droit

294. La reconnaissance de l'effet direct horizontal de ces principes par l'approche *Mangold/Kücükdeveci* ne va pas sans poser de nombreuses questions au sein de la Cour. L'avocat général Kokott estime par exemple qu' « [il serait] tentant de procéder à une récapitulation et à un examen approfondis du fondement doctrinal de l'effet direct horizontal, controversé, de principes généraux du droit ou de droits fondamentaux entre particuliers »[695]. A la suite de l'arrêt *Mangold*, plusieurs avocats généraux ont donné leurs opinions sur ce sujet, les uns sont contre (a), les autres pour (b).

[694] Conclusions présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, §128.
[695] Conclusions présentées le 6 mai 2010 dans l'affaire *Andersen*, C-499/08, §23.

a. Les critiques de l'effet direct horizontal des principes généraux du droit

295. L'on voit notamment deux critiques : l'une sur l'office du juge (i), l'autre sur la sécurité juridique (ii).

i. L'ingérence du juge dans le champ politique

296. Dans l'affaire *Chacón Navas*, l'avocat général Geelhoed rejette l'effet direct horizontal des principes généraux du droit en se fondant sur un argument bien connu contre l'effectivité des droits sociaux fondamentaux: étant donné que les conséquences d'une applicabilité directe du principe de non-discrimination « sont parfois très lourdes sur les plans économique et financier »[696], c'est le législateur national, non pas le juge, qui se doit de définir leur portée. Une critique de l'immixtion du juge (surtout du juge communautaire) dans la compétence du législateur national est clairement exposée dans un passage qui mérite d'être cité en entier :

« La mise en œuvre pratique des principes de non-discrimination qui nous intéressent ici requiert toujours du législateur des choix pénibles si pas tragiques dans l'arbitrage des intérêts en présence comme le droit des travailleurs handicapés ou âgés face à la souplesse de fonctionnement du marché du travail ou à l'augmentation du taux de participation des classes d'âges plus âgées. Il n'est pas rare que l'application de ces principes de non-discrimination requière des compensations financières dont le caractère raisonnable est tributaire des budgets publics disponibles ou du niveau de vie général dans les États membres en question. Dans la sphère nationale, ces arbitrages ne se font pas dans un vide juridique. Ils doivent répondre en règle générale aux droits fondamentaux constitutionnels nationaux et aux dispositions pertinentes des conventions internationales des droits de l'homme. Dans cette optique, *il se trouve que la Cour doit disposer en tant que juge communautaire d'une base de compétence inattaquable et supérieure si elle voulait corriger les options prises par un législateur national dans les conditions marginales nationales constitutionnelles et de droit international en agissant au reste dans les limites des compétences qui lui sont restées*. »[697]

On voit combien la question économique reste dans l'arrière-plan de cette critique de l'application des droits sociaux. Au plan politique, le manque de compétence et de légitimité

[696] Conclusions présentées le 16 mars 2006 dans l'affaire *Chacón Navas*, C-13/05, §50.
[697] *Ibid.*, §55.

démocratique est également remarqué par l'avocat général Colomer dans l'affaire *Michaeler*. Dans une perspective de combinaison entre principe général du droit et directives, il considère que l'application horizontale des principes généraux du droit « reviendrait à élargir, par la petite porte et en marge des procédures démocratiques de décision, la sphère d'influence des directives »[698]. Au niveau de l'UE, l'avocat général Mazak fait remarquer de même que l'application horizontale des principes généraux du droit remettrait en cause l'attribution des pouvoirs au sein de l'Union[699]. On retrouve ici l'une des critiques des droits sociaux fondamentaux que nous avons mentionnées dans l'introduction générale[700].

ii. L'atteinte à la sécurité juridique

297. Une autre critique, tout aussi traditionnelle, vise la sécurité juridique. De la même manière que l'on craint que l'application horizontale des directives entraînerait une insécurité juridique importante, d'aucuns considèrent que l'effet direct horizontal des principes généraux du droit nuirait à la sécurité juridique. L'avocat général Mazak a pointé du doigt ce problème, au même moment où il critiquait le trouble causé à la répartition des pouvoirs au sein de l'UE[701]. La protection de la sécurité juridique est aussi évoquée par l'avocat général Colomer qui cite à cet égard M. Mazak[702]. Selon ces visions, il est recommandé à la Cour de cantonner l'usage des principes généraux du droit à des fins d'interprétation.

b. Les arguments soutenant l'effet direct horizontal des principes généraux du droit

298. L'argument technique le plus important reste sans doute l'effet utile du droit de l'UE. Comme l'écrit l'avocat général Trstenjak, « [c]'est essentiellement le principe de l'effet utile en droit de l'Union et l'unité de l'ordre juridique de l'Union qui plaident en faveur d'une applicabilité des droits fondamentaux aux particuliers en tant que principes généraux du droit. La reconnaissance d'un effet des droits fondamentaux envers les tiers dans certains domaines permettrait une effectivité accrue dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Alors que les États membres sont contraints d'appliquer le droit de l'Union dans le respect des droits fondamentaux qui les lient, les particuliers pourraient compromettre l'effet utile du droit de l'Union dans le

[698] Conclusions présentées le 24 janvier 2008 dans les affaires jointes *Michaeler et al.*, C-55, 56/07, §25.
[699] Conclusions présentées le 15 février 2007 dans l'affaire *Palacios de la Villa*, C-411/05, §138.
[700] V. supra, n° 46 et s.
[701] *Ibid.*
[702] Conclusions présentées le 24 janvier 2008 dans les affaires jointes *Michaeler et al.*, C-55, 56/07, §21 ; dans une moindre mesure, §37.

cadre de leurs relations juridiques s'ils étaient autorisés à violer les droits fondamentaux dans des domaines établis par le droit de l'Union. Cela risquerait de compromettre l'unité du droit de l'Union »[703]. Un autre argument que l'on a déjà vu à propos des directives consiste à réfuter la pertinence de la distinction entre public et privé. L'effet direct horizontal serait un moyen de contourner les difficultés suscitées par cette distinction[704] qui « n'est plus d'actualité dans un Etat moderne »[705]. Le domaine social constitue d'ailleurs une illustration convaincante de l'insuffisance de cette distinction. Un salarié, qu'il soit dans le secteur public ou dans le secteur privé, se trouve toujours assujetti au pouvoir de l'employeur.

299. Face à ces controverses, on peut dire que la Cour est restée muette. Outre le postulat posé dans l'arrêt *Mangold* et confirmé de temps à autre, la Cour n'a donné aucune explication sur la justification et le régime de l'applicabilité horizontale des principes généraux du droit. Nous ne savons pas s'il faut satisfaire certaines conditions relatives au contenu des principes (par ex., la clarté et la précision), si le principe général est applicable en tant que source autonome ou uniquement dans les cas où il est corroboré par d'autres normes du droit primaire ou du droit dérivé, ou encore comment il conviendrait de concilier l'application directe d'un principe général avec d'autres principes juridiques, notamment la sécurité juridique. Une seule précision est donnée par la Cour dans l'arrêt *Bartsch*: le principe général de droit ne s'applique que dans le champ d'application du droit de l'UE[706]. Une telle situation est nuisible réellement pour la clarté, l'intelligibilité et la sécurité du droit de l'UE.

Nous espérons donc avoir suffisamment montré les incertitudes, voire l'impasse, dans lesquelles se trouve la jurisprudence de la Cour de justice face à ce renouveau de la théorie de l'effet direct horizontal. Une autre conséquence indésirable, qui constitue sans doute en même temps une preuve supplémentaire de ces incertitudes, serait un traitement inégal entre droits économiques et sociaux.

[703] Conclusions présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, §120.
[704] Conclusions présentées le 22 mai 2008 dans l'affaire *Bartsch*, C-427/06, §83.
[705] Conclusions présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, §117.
[706] CJCE, 23 septembre 2008, *Bartsch*, C-427/06.

§3. Une éventuelle différence de traitement des droits économiques et sociaux

300. La diversité des sources en droit de l'UE et les arguments qui ont été introduits pour déterminer leur effet direct horizontal ont rendu la jurisprudence de la Cour très sophistiquée, si bien que l'on ne voit plus très bien la logique de la doctrine de base. A sa place, on constate plutôt une revendication générale de l'effectivité maximale du droit de l'UE. Toutefois, il semble que, lorsqu'il s'agit des libertés économiques fondamentales, la Cour n'hésite pas à reprendre la doctrine de base (A). En revanche, les droits sociaux de la Charte, tout en faisant partie du droit primaire fondamental, ne bénéficient pas d'une telle argumentation (B).

A. La réaffirmation de la doctrine de base en matière de libertés économiques

301. Bien qu'elles ne soient pas d'un nombre surabondant, l'affirmation (et la réaffirmation) de l'effet direct horizontal des libertés fondamentales de l'UE a une présence constante dans la jurisprudence de la CJUE. Nous avons déjà vu que la Cour reconnaît l'effet direct horizontal de la liberté d'établissement en raison de la possibilité d'entrave venant des personnes privées[707]. La libre circulation des travailleurs se voit aussi régulièrement reconnaître cet effet sur le même fondement[708] et la Cour n'hésite pas à rappeler sa jurisprudence *Walrave et Koch* et *Angonese*[709]. La jurisprudence semble donc demeurer dans une constance sans faille.

302. Dans une affaire plus récente, la Cour a même reconnu l'effet direct horizontal de la libre circulation des marchandises, bien que cette liberté soit longtemps conçue comme adressée aux seules autorités étatiques. En effet, dans son arrêt *Fra.bo*[710], la Cour devait préciser si la certification de raccords de canalisation par un organisme privé peut éventuellement constituer une entrave à la libre circulation des marchandises relevant de l'article 34 du TFUE (ancien art. 28 TCE). Selon cet article, « [l]es restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres ». Sa rédaction a donc longtemps laissé penser que ses destinataires étaient seulement les Etats membres. Les obligations convenues par les contrats privés ne sauraient être qualifiées d'entrave[711]. Comme

[707] CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05.
[708] CJCE, 17 juillet 2008, *Raccanelli*, C-94/07 ; CJUE, 28 juin 2012, *Erny*, C-172/11, §36, *RTD eur.* 2013, p. 863, chron. S. Robin-Olivier.
[709] Arrêt *Raccanelli* préc., §42 et §43.
[710] CJUE, 12 juillet 2012, *Fra.bo SpA*, C-171/11, *RTD eur.*, 2013, p. 171, n. A. Defossez ; *Cah. dr. eur.*, 2014, p. 77, étude P. Oliver.
[711] CJCE, 6 juin 2002, *Audic*, C-159/00, §74, cité aussi par l'avocat général M[me] Trstenjak dans ses conclusions pour l'affaire *Fra.bo*.

l'avocat général M^me^ Trstenjak le note, l'affaire *Fra.bo* se situe dans une jurisprudence favorable à l'effectivité des libertés fondamentales[712]. Les actes des particuliers contraires aux libertés fondamentales peuvent non seulement être pris en compte de manière indirecte à travers l'obligation des Etats membres, mais peuvent surtout être soumis directement au respect des libertés fondamentales lorsque le risque d'entrave devient important. La continuité avec la doctrine classique de l'effet direct est ainsi revendiquée.

303. L'avocat général insiste par ailleurs sur l'analogie qui existe entre la libre circulation des marchandises et celle des travailleurs. Dans un cas comme dans l'autre, des réglementations collectives d'origine privée (que ce soit une convention collective ou un standard technique) peuvent « gêner ou [rendre] moins attrayant l'exercice, par les ressortissants de l'Union, des libertés fondamentales garanties par le traité » (§34 et §36 des Conclusions). Dès lors, les dispositions du traité doivent recevoir un effet direct horizontal, quelle que soit la rédaction textuelle. Il est intéressant de voir que l'avocat général cite aussi l'arrêt *Angonese* et souligne sa particularité, à savoir la qualification d'une mesure individuelle d'un employeur en entrave à la libre circulation des travailleurs. Est-ce dire que, au terme d'une évolution, la libre circulation des marchandises pourrait aussi s'imposer aux situations privées qui ne sont pas collectives ? L'avocat général laisse la question ouverte.

304. Quant à la Cour, on remarque qu'elle adopte en substance l'argumentation de l'avocat général, sans toutefois évoquer explicitement la question de l'effet direct horizontal des libertés fondamentales. Mais après avoir vérifié que le pouvoir normatif de l'organisme privé pouvait créer une présomption de conformité des raccords à la législation allemande, la Cour souligne le constat factuel fait par la juridiction de renvoi selon lequel l'absence d'une telle certification « entrave considérablement la commercialisation des produits concernés sur le marché allemand » (§30). La libre circulation des marchandises s'applique donc également aux activités de cet organisme privé.

Vu l'argumentation de la Cour, il est parfois suggéré que « cet arrêt ne constitue pas un pas révolutionnaire ni un pas significatif vers l'alignement de la jurisprudence relative à l'effet horizontal éventuel des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des marchandises sur la jurisprudence relative aux autres libertés fondamentales »[713]. Il est vrai que la

[712] Conclusions présentées le 28 mars 2012 dans l'affaire *Fra.bo* C-171/11, §29 et s.
[713] OLIVER, Peter, « L'article 34 TFUE peut-il avoir un effet direct horizontal ? Réflexions sur l'arrêt *Fra.bo* », *Cah. dr. eur.* 2014, pp. 77-96, spéc., p. 96.

présomption de la conformité au droit allemand issue de la certification fait penser à la délégation d'une compétence que l'Etat réalise au bénéfice de certains organismes privés et à un éventuel « faux effet horizontal »[714]. Mais nous pensons que cette circonstance n'est pas décisive dans l'argumentation de la Cour. Bien plus préoccupée par l'entrave réelle que par le destinataire formel de l'obligation de supprimer les entraves, la Cour rejoint la doctrine de base, à savoir : une disposition fondamentale du droit de l'UE produit un effet direct horizontal lorsqu'elle peut être effectivement mise en échec par un pouvoir privé.

305. En réalité, cette divergence d'interprétation de l'arrêt de la Cour nous permet précisément de montrer la tension entre deux raisonnements possibles sur l'effet direct horizontal des droits et libertés fondamentaux, que nous avons qualifiés respectivement de « base » et de « superstructure ». La doctrine de base s'intéresse à la protection effective des droits *fondamentaux* et assimile toute atteinte réelle, qu'elle soit d'origine publique ou privée. La superstructure telle qu'on l'a étudiée dans le contexte de l'effectivité des directives nous invite à un raisonnement formel, très influencé par la place formelle de la norme en cause dans le système juridique de l'UE. Nous espérons avoir montré, avec le cas limite de la libre circulation des marchandises, que la garantie des libertés fondamentales dans les relations privées relève davantage de ce raisonnement substantiel. Il convient à présent de voir si la garantie des droits sociaux fondamentaux est effectivement réalisée avec le raisonnement formel.

B. L'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux atténué par le raisonnement formel

306. Après l'incertitude créée en matière de droit à des congés payés, la CJUE aurait pu saisir aussi l'occasion dans son arrêt *Association de médiation sociale (AMS)*[715] pour retrouver la force originelle de l'effet direct horizontal dans sa version classique. Contrairement à cette attente, la Cour a choisi de prendre une position minimaliste dans la garantie des droits sociaux fondamentaux, un choix « surprenant », comme le dit un auteur[716]. En effet, il s'agit de la

[714] L'expression vient de BARNARD, Catherine, *The Substantive Law of the EU : the Four Freedoms*, 3e éd., OUP, 2010, p. 234, cité par OLIVER, Peter, *op. cit.*, p. 84.
[715] CJUE, 15 janvier 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale (AMS)*, *AJDA* 2014, p. 336, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2014, p. 705, n. S. de La Rosa ; *ibid.* p. 2374, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2014, p. 408, étude J. Icard ; *RDT* 2014, p. 312, étude E. Carpano et E. Mazuyer ; *RTD civ.* 2014, p. 843, obs. L. Usunier ; *RTD eur.* 2014, p. 409, étude E. Dubout ; *ibid.* p. 523, obs. S. Robin-Olivier ; *ibid.*, 904, obs. L. Coutron ; *SSL* 2014, n°1645, p. 116, obs. P. Rodière ; *RTD eur.* 2015. 160, obs. F. Benoit-Rohmer ; *Rev. UE* 2015, p. 33, étude S. Platon ; *Dr. soc.* 2016, p. 209, étude Cl. Marzo.
[716] ICARD, Julien, « De l'impuissance du droit européen », *Dr. soc.* 2014, pp. 408-412.

contestation par le syndicat CGT du refus par l'AMS, une association à Marseille, d'accepter un délégué syndical désigné par la CGT. L'association fondait sa contestation sur l'article L1111-3 du Code du travail qui excluait toute une série de travailleurs, dont notamment les apprentis et certains titulaires d'un contrat aidé, dans le calcul de l'effectif au sein de l'association. D'après ce calcul, l'effectif serait en dessous de onze salariés, ce qui était inférieur au seuil nécessaire pour la désignation d'un délégué syndical (50 salariés). La procédure dans cette affaire est tout aussi intéressante. Pour obtenir l'annulation de cette désignation, l'AMS a saisi le tribunal d'instance de Marseille qui a d'abord envoyé une Question Prioritaire de Constitutionnalité à la Cour de cassation, qui l'a transmise à son tour au Conseil constitutionnel. Ce dernier a déclaré l'article L1111-3 conforme à la Constitution française[717]. Le tribunal d'instance a néanmoins rejeté la demande de l'AMS en considérant que l'article L1111-3 était contraire au droit de l'UE. Saisie par un pourvoi, la Cour de cassation interrogea la Cour de justice sur la conformité de cette règle nationale au droit de l'UE. Nous aurons l'occasion de revenir sur l'articulation entre l'UE et les Etats membres en matière de droits sociaux fondamentaux[718]. Pour l'instant, on se contente d'analyser comment la CJUE a apprécié l'effectivité du droit fondamental des travailleurs à l'information et à la consultation dans ce litige horizontal.

307. En réalité, l'état des sources pertinentes de l'UE dans ce litige est tout à fait comparable à celui dans les affaires *Mangold* et *Kücükdeveci*. Il existe un droit fondamental déclaré par la Charte des droits fondamentaux (l'article 27) et une directive qui réalise une concrétisation programmatique législative, à savoir la directive 2002/14 relative au cadre général de l'information et de la consultation des travailleurs dans l'UE. Cette directive précise dans son article 3 le seuil d'effectif à partir duquel le cadre général devient applicable. Il est vrai qu'il ajoute que « [l]es États membres déterminent le mode de calcul des seuils de travailleurs employés ». Mais la Cour a déjà dans un arrêt antérieur[719] complété le travail de concrétisation par deux précisions : tout d'abord, l'article 2 de la directive définit le « travailleur » à prendre en compte au sens de cette directive comme toute personne « protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi et conformément aux pratiques nationales » et il n'y a pas de doute sur le fait que les apprentis et les titulaires de contrats aidés sont protégés par le code du travail français. Ensuite, l'exclusion de ces

[717] Conseil constitutionnel, 29 avril 2011, QPC n°2011-122.
[718] V. infra, n° 606 et s.
[719] CJCE, 18 janvier 2007, *CGT et al.*, C-385/05, *SSL* 29 janvier 2007, n°1292, p. 5, n. S. Laulom.

travailleurs du calcul de l'effectif est contraire à la prescription précise et inconditionnelle de la directive qui demande précisément leur prise en compte, même si l'Etat membre dispose d'une marge de manœuvre dans la modalité concrète. Dans l'arrêt AMS, il était donc facile pour la Cour de constater l'incompatibilité du droit français avec le droit de l'UE. Mais la reconnaissance de l'effet direct horizontal du droit de l'UE était beaucoup plus difficile aux yeux de la Cour.

308. A cet égard, nous avons vu que les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón s'organisent autour d'une démarche *a priori* : il procède à la classification abstraite de l'article 27 de la Charte dans la catégorie de principe (Conclusions, §43 et s.), car il s'exerce dans « les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales » et qu'il existe une présomption à l'égard des « droits » du titre IV de la Charte sur leur nature de « principe ». Par conséquent, en vertu de l'article 52 §5 de la Charte, il ne peut y avoir d'effet direct horizontal en faveur de ce droit. Toutefois, l'avocat général n'exclut pas la possibilité d'invoquer ce « principe » dans un litige horizontal pour « l'interprétation et le contrôle de légalité » des actes nationaux. En plus, la directive 2002/14 constitue en effet sa « concrétisation essentielle et immédiate » (dans notre terminologie, ce serait la « concrétisation programmatique législative »). En vertu de la jurisprudence *Mangold* et *Kücükdeveci*, le droit fondamental peut donc produire un effet dans le litige entre particuliers, tel que l'inapplication de la réglementation nationale. Avec un tel raisonnement, l'avocat général concilie de manière très habile l'absence d'effet subjectif d'un « principe » de la Charte et l'existence d'un certain effet horizontal en vertu de la jurisprudence en matière de non-discrimination fondée sur l'âge. Néanmoins, nous avons déjà exprimé notre doute sur cette démarche *a priori*. En réalité, nous verrons dans le chapitre suivant que la distinction entre l'« invocabilité d'exclusion » et la production de droit subjectif est assez factice. La position de l'avocat général conduit en pratique à la reconnaissance du droit à fonder une représentation collective pour l'information et la consultation des travailleurs.

309. Quant à la Cour, elle paraissait beaucoup plus réservée que l'avocat général et fit un renouvellement minimal de la jurisprudence *Kücükdeveci*. La Cour était bien consciente de la question : il s'agit de savoir si « l'article 27 de la Charte, seul ou en combinaison avec les dispositions de la directive 2002/14, peut être invoqué dans un litige entre particuliers afin d'écarter, le cas échéant, la disposition nationale non conforme à ladite directive » (§41 de l'arrêt). Elle rappela donc d'abord l'absence d'effet direct horizontal de la directive elle-même

et affirma ensuite que l'article 27 de la Charte « doit être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national » en vertu de son libellé. Autrement dit, la Cour reconnaît aussi implicitement qu'il constitue un « principe » au sens de la Charte. A supposer que cette approche soit fondée, nous voyons toutefois la Cour estimer ensuite que l'absence d'effet horizontal subjectif de ce « principe » ne pouvait être affectée par sa combinaison avec la directive 2002/14. La différence avec l'arrêt *Kücükdeveci* serait le fait que le principe de non-discrimination fondée sur l'âge était lui-même déjà « auto-suffisant » pour produire des effets subjectifs (§47).

310. Cette clarification nous semble donc indiquer une reprise restrictive de la jurisprudence *Kücükdeveci* : alors que ce dernier arrêt mentionne bien « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78 » (§51), la reprise de cette doctrine dans l'arrêt *AMS* fait une distinction formelle stricte entre différentes sources : dès lors qu'un droit fondamental est un « principe » au sens de la Charte, il ne saurait bénéficier d'un effet direct horizontal, même s'il est « concrétisé » par le droit dérivé.

311. En comparant les traitements réservés à la libre circulation des marchandises et au droit à l'information et à la consultation des travailleurs, nous pouvons formuler deux remarques :

312. Tout d'abord, le traitement formel des droits sociaux fondamentaux leur donne une effectivité moins grande que les libertés économiques. Pourtant, il s'agit désormais des droits ayant la même valeur dans le système juridique de l'UE. Il est encore plus frappant de voir dans l'arrêt AMS que les éléments de la doctrine de base sur l'effet direct horizontal étaient tout à fait présents. Avec l'article 27 de la Charte, nous sommes bien en présence d'un « principe fondamental du droit de l'UE » (§27). Mais la législation française permettait même dans ce cas-là de se soustraire « à cette obligation de résultat claire et précise imposée par le droit de l'Union » (§28), ce qui revient à vider de sa substance le droit à l'information et à la consultation des travailleurs. En d'autres termes, il existe une menace réelle de la mise en échec du droit de l'UE. Nous ne pouvons donc qu'être étonnés par la solution finale de la Cour qui se contente d'une action en responsabilité de l'Etat pour violation du droit de l'UE (§50). L'impérativité du droit de l'UE semble tout un coup s'adoucir en matière de droits sociaux. Si la méthode de la Cour était bien la même dans les deux domaines, nous ne pourrions que conclure à l'existence

d'une asymétrie en faveur des libertés économiques qui est néanmoins contraire à la fondation axiologique des droits fondamentaux dans le contexte de l'UE[720].

313. D'autre part, le raisonnement de la Cour, encore plus que celui de l'avocat général, ne prête pas suffisamment attention au « processus de concrétisation » des droits fondamentaux. A la différence des directives, les droits énoncés par la Charte, de même que les libertés économiques inscrites dans les traités, possèdent une très grande abstraction. Comme nous l'avons déjà indiqué dans le premier titre, l'analyse des données textuelles est insuffisante dans ce cas-là. Il serait donc souhaitable que la Cour applique la méthode concrétiste qui pourrait déterminer la réelle effectivité de ces droits. Cette méthode est déjà présente dans la doctrine de base de manière spontanée : l'effet direct horizontal qui se fonderait sur « l'impérativité particulière » d'une norme relève précisément d'une analyse concrétiste. Mais cette concrétisation mettait encore principalement l'accent sur « l'importance » de la norme en cause. On pourrait se contenter de cette doctrine de base. Dans ce cas-là l'importance de tous les droits fondamentaux serait une chose déjà acquise et leur effet direct horizontal devrait constituer le principe et non une exception. Mais nous nous retrouvons rapidement avec la contrainte textuelle de l'article 51 de la Charte qui semble nier cet effet[721]. Il nous faut donc une méthode concrétiste plus aboutie pour prendre en compte toutes ces considérations.

Conclusion du Chapitre Un

314. Dans ce chapitre, nous avons voulu étudier le tenant et l'aboutissant de la doctrine actuelle de l'effet direct horizontal élaborée par la Cour de justice. L'examen rétrospectif nous a permis de comprendre les facteurs qui ont contribué à l'incertitude où l'on se trouve aujourd'hui. En effet, le juge de l'UE étant préoccupé principalement par la résistance des Etats membres dans l'application du droit de l'UE, sa doctrine est fondamentalement motivée par la maximisation des effets des normes de l'UE. Cette construction était restée cohérente à ses débuts, lorsque la Cour faisait la part entre impérativité générale et impérativité particulière. Selon le premier fondement, une norme juridique de l'UE lie directement ses destinataires,

[720] V. supra, n° 31 et s. et n° 39.
[721] Rappelons-le : cet article dispose dans son §1 que « [l]es dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. »

tandis que le second fondement permet de maximiser les effets des normes considérées comme fondamentales dans l'UE. En mettant l'accent sur l'importance d'une norme particulière, la Cour appliquait par ailleurs spontanément la méthode concrétiste.

315. Toutefois, sa volonté de renforcer l'effectivité du droit de l'UE l'a conduite à élaborer une jurisprudence très incertaine à l'égard des directives, des principes généraux du droit et des droits fondamentaux, si bien que l'on pourrait avoir l'impression que la Cour se contredit elle-même entre les arrêts *Kücükdeveci* et *Association de médiation sociale*. Cette incohérence est d'autant plus préoccupante que les libertés économiques et les droits sociaux ne semblent pas être traités de la même manière. Une clarification de cette jurisprudence semble donc plus que nécessaire.

Chapitre Deux La garantie concrétiste des droits sociaux fondamentaux

Vous vivez ce que je vis ; la destinée est une.
Victor Hugo, *Les Contemplations*, Préface

316. Si la jurisprudence de la CJUE met l'accent sur l'effet utile de l'ensemble des normes juridiques de l'UE, la méthode concrétiste s'intéresse de manière plus concrète à l'effectivité des droits (sociaux) fondamentaux – et corrélativement des principes généraux du droit – dans les relations privées. L'hypothèse que nous avons formulée dans le premier titre nous conduit à poser la question comme suit : étant donné que les titulaires de ces droits sont en relation avec des personnes privées, et que les droits fondamentaux demandent la construction optimale de leur personnalité, quelle est la modalité de la production des effets des droits (sociaux) fondamentaux dans ces situations ? A la différence de l'approche traditionnelle de la Cour de justice, nous devons à ce jour prendre pleinement en compte la rédaction de l'article 51 §1 de la Charte des droits fondamentaux qui semble limiter les destinataires de ces droits aux pouvoirs publics. Autrement dit, on retrouve une certaine affinité avec des débats nationaux tels que la controverse « Dürig – Nipperdey » évoquée dans le chapitre précédent[722].

317. En répondant à cette question, nous serons amenés à considérer l'aspect solidaire des droits fondamentaux qui va à l'encontre d'une philosophie individualiste et utilitaire de ces droits. La solidarité est « un maître mot » qui semble « résister à toutes les tentatives de clarification conceptuelle »[723]; elle est aussi un mot à « carrière fulgurante » qui « a déjà eu son heure de gloire dans la France de la Belle Epoque, avant de tomber dans une indifférence dont son regain récent l'a tirée »[724]. Il est intéressant de remarquer que son sens actuel, qui est en quelque sorte un synonyme de la fraternité républicaine[725], trouve également sa consécration

[722] V. supra, n° 262 et s.
[723] BORGETTO, Michel, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993.
[724] BLAIS, Marie-Claude, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Gallimard, 2007, p. 10. V. aussi, SUPIOT, Alain (dir.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015.
[725] LE TOURNEAU, Philippe et Jérôme JULIEN, « Solidarité », Répertoire Dalloz - Civil, janvier 2010.

solennelle par une démarche juridique d'un homme politique et juriste - Léon Bourgeois. En effet, dans son essai *Solidarité* paru en 1896[726], Léon Bourgeois tente de remplacer la charité chrétienne par une doctrine scientifique et morale de la solidarité. La solidarité, vue d'abord par la biologie comme le lien qui unit les parties au tout, est une caractéristique de la vie. Cette « solidarité organique » (pas tout à fait au sens de Durkheim) constitue donc une loi d'organisation nécessaire à la vie biologique, et par analogie, à la vie sociale. La solidarité, vue ensuite comme un idéal de la justice, détruit le paradigme d'un homme abstrait et isolé et impose les devoirs réciproques entre les hommes. Pour arriver à expliquer cette « dette sociale » de tout homme, Léon Bourgeois va mobiliser le concept juridique de « quasi-contrat ». Chaque citoyen est un cocontractant du contrat social et son consentement est exprimé implicitement. « L'homme, écrit-il, naît débiteur de l'association humaine »[727]. Il n'envisage pas seulement la solidarité dans son extension spatiale concernant une communauté, mais également dans son extension temporelle autour d'un patrimoine commun. Ce patrimoine « [est] un legs de tout le passé à tout l'avenir. Chaque génération qui passe ne peut vraiment se considérer que comme en étant usufruitière, elle n'en est investie qu'à charge de le conserver et de le restituer fidèlement »[728]. Néanmoins, ce n'est que récemment que ce sens actuel – il n'est bien sûr pas question de l'obligation *in solidum* datant du droit romain – a fait son entrée dans le vocabulaire juridique[729], la Charte des droits fondamentaux étant par ailleurs un bon exemple.

318. La Charte ayant consacré son chapitre IV à la « solidarité », nous allons donc voir comment on peut concrétiser leurs effets dans les relations privées (Section 2). Mais avant cela, il faudrait qu'on commence par la concrétisation générale de la garantie des droits fondamentaux dans ces relations-là (Section 1).

Section 1 : La concrétisation générale de la garantie des droits

319. Pour dégager la norme de droit fondamental régissant les relations privées, il est important, dans le cadre d'une concrétisation générale, d'analyser structurellement le rapport réel entre les sujets de droit (§1) et les différents degrés de l'effectivité de la norme (§2). A

[726] publié chez Armand Colin, 7e édition en 1912.
[727] BOURGEOIS, Léon, *Solidarité*, *op. cit.*, p. 54.
[728] *Ibid.*, p. 57.
[729] SUPIOT, Alain, « Introduction », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *La solidarité*, *op. cit.*, pp. 1-32, spéc., p. 8.

l'issue de cette concrétisation qui implique souvent des éléments de droit comparé, nous défendrons une position favorable à la reconnaissance de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux en droit de l'UE (§3).

§1. L'appréciation des rapports entre les personnes privées

320. Dans la concrétisation générale des effets des droits fondamentaux réalisée au titre premier, nous avons dit que si l'on part désormais du *respect* des droits de la *personne*, la structure nous impose de considérer ce respect par les pouvoirs publics et par les personnes privées. La question de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux est donc considérée moins comme une caractéristique de l'ordre juridique (comme l'effet utile des directives précédemment étudié) que comme la nécessité de la *garantie* de ces droits dans les relations privées. Dès lors, nous sommes nécessairement confrontés aux objections fondées sur la protection de l'autonomie privée.

A regarder de plus près, la protection de l'autonomie privée se fonde sur une conception *binaire* et *strictement horizontale* des rapports entre personnes privées. Les deux parties d'un contrat par exemple sont vues comme des partenaires égaux et leurs actions ne concernent aucune autre personne qu'elles-mêmes. Toutefois, il n'est pas difficile de remarquer que cette « horizontalité » binaire reste un cas « idéal-typique » et ne correspond qu'à certaines hypothèses dans la réalité sociale. En effet, en appréciant le rapport *in concreto*, on s'apercevra que les actions des personnes sont placées sous l'égide de « l'Etat-garant » qui rend le rapport triangulaire (A) et que certains pouvoirs privés dont notamment celui de l'employeur peuvent rendent l'horizontalité beaucoup moins perceptible (B).

A. Le rapport triangulaire impliquant « l'Etat-garant »

321. L'analyse structurelle des rapports entre individus peut nous faire remarquer qu'ils ne sauraient établir de véritables actes juridiques en dehors de l'ordre juridique qui est le plus souvent étatique. La présence de l'Etat se manifeste de manière la plus concrète lorsqu'un litige est né entre eux. L'attention prêtée à ce rôle particulier de l'Etat s'accompagne des discussions sur la transformation de ces fonctions qui vont d'une conception négative (limiter l'abus du pouvoir étatique) vers une conception positive (instituer les solidarités nationales). En matière

de droits fondamentaux, cet argument devient une justification de l'effet horizontal dans certains droits nationaux (1) et pourraient gagner aussi la faveur de la CJUE (2).

1. L'Etat garant des droits fondamentaux entre personnes privées en droit interne

322. Comme le Pr Achim Seifert le montre, « il y a consensus sur le principe d'une applicabilité des droits fondamentaux dans des rapports de droit privé » dans les droits nationaux des Etats européens[730]. Des différences existent naturellement : certains déduisent cet effet de leur propre Constitution, d'autres admettent une influence venant du droit international comme celle de la Conv. EDH[731]. Le point commun est néanmoins « l'obligation positive » de l'Etat, comme le dit parfaitement la terminologie employée par la Cour EDH, de garantir les droits fondamentaux dans les relations privées. Nous pouvons prendre à nouveau l'exemple du droit allemand, à la fois pour son ancienneté et l'évolution doctrinale tout à fait intéressante.

323. Dans son fameux arrêt *Lüth* de 1958[732], la Cour constitutionnelle fédérale allemande devait se prononcer sur l'effet direct horizontal de la liberté d'expression dans les relations privées. En l'occurrence M. Erich Lüth, président du *Presseclub* de Hambourg à l'époque des faits, avait appelé à boycotter le cinéaste Veit Harlan en raison de son passé nazi. Toutefois, un jugement précédent avait déjà acquitté Veit Harlan et lui avait permis d'exercer sa profession sans limitation. La question était donc de savoir si le comportement de M. Lüth engagerait sa responsabilité délictuelle sur le fondement de l'article 826 du Code civil allemand. Selon cet article, si le comportement n'était pas contraire aux bonnes mœurs, il n'y aurait pas de responsabilité délictuelle. La Cour constitutionnelle a reconnu un certain effet horizontal à la liberté d'expression dans ce cas-là. Il s'agit d'un « effet rayonnant » (*Ausstrahlungswirkung*) qui impose le respect des droits fondamentaux dans tous les domaines. On reviendra sur la nature exacte de cet effet[733] plus tard. Pour l'instant, on s'intéresse en particulier à la justification de cet effet.

---

[730] SEIFERT, Achim, «L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *RTD eur.* 2012, pp. 801-826, spéc., p. 806.
[731] *Ibid.* Pour le premier cas, le Pr Seifert mentionne l'Allemagne, l'Espagne, la Suisse et le Portugal ; pour le second, la France, la Belgique, le Luxembourg et le Royaume-Uni. Nous aurons l'occasion d'analyser le cas du Royaume-Uni dans le paragraphe suivant.
[732] BVerfGE, 7, 198, 15 janvier 1958, cité par CAPITANT, David, *Les effets* (…), *op. cit.*, p. 262.
[733] Il s'agit d'un effet horizontal indirect. V. infra, n° 349 et s.

324. Dans l'arrêt *Lüth*, la Cour constitutionnelle a fondé cet effet en considérant les droits fondamentaux comme « un système objectif de valeurs » (*objektive Wertordnung*)[734]. Selon la Cour, les droits fondamentaux sont sans aucun doute établis d'abord pour défendre les personnes privées contre l'Etat (§25), mais il est tout aussi vrai que la Loi fondamentale ne constitue pas un système de valeurs neutre (*wertneutrale Ordnung*) (§27). Le renforcement de l'effectivité (*Geltungskraft*) des droits fondamentaux est principiel (*prinzipiell*, on pourrait sans doute dire « axiologique » ici). C'est pour cette raison que ce système de valeurs représenté par les droits fondamentaux doit valoir pour tous les domaines du droit : « la législation, l'administration et la jurisprudence reçoivent de ce système directives et impulsions » (§27). Dès lors, le juge doit interpréter le code civil, et en particulier la notion de bonnes mœurs, conformément à ce système de valeurs. Mise à part l'affirmation de l'objectivité des droits fondamentaux qui correspond à la deuxième partie de notre thèse, nous voyons déjà que les relations privées ne doivent pas être conçues comme un domaine soustrait à l'ordre étatique fondé sur le respect des droits fondamentaux. Au contraire, ce système de valeurs trouve précisément son « centre » dans le libre développement de la personnalité et de la dignité « au sein de la communauté sociale » (*innerhalb der sozialen Gemeinschaft*). Autrement dit, il n'y a pas d'opposition entre Etat et société en matière de droits fondamentaux. En dernier lieu, l'Etat intervient toujours pour garantir le respect de ces droits.

325. L'histoire doctrinale a montré un développement intéressant de l'apparition de cette figure étatique dans les relations privées. D'abord centré sur l'objectivité des droits fondamentaux, l'argument déplace progressivement son accent vers les obligations de garantie de l'Etat (*Schutzpflichten*). Le point de départ de cette évolution serait le premier arrêt de la Cour constitutionnelle allemande sur l'avortement[735]. La Cour exigea que le législateur, qui voulait modifier la sanction pénale contre l'avortement, protège le droit à la vie du fœtus contre la volonté de la mère : « [l]'obligation protectrice [*Schutzpflicht*] de l'Etat est étendue. Non seulement elle interdit - cela va de soi - des atteintes étatiques directes à la vie en cours de formation, mais elle ordonne aussi à l'Etat de se poser devant ses vies comme protecteur et promoteur; cela signifie avant tout la garantie de cette protection contre les atteintes illégales venant d'autres personnes aussi » (§149)[736]. Comme le P[r] Christoph Gusy l'a bien noté, il s'agit

---

[734] BVerfGE, 7, 198, 15 janvier 1958, *Lüth*, §27.
[735] BVerfGE 39, 1, 25 février 1975, cité par GUCKELBERGER, Anette, « Die Drittwirkung der Grundrechte », *Juristische Schulung* 2003, p. 1151 et s., spéc., p. 1155.
[736] « *Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur - selbstverständlich - unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd*

désormais une relation juridique triangulaire qui demande non pas à l'Etat de laisser faire, mais d'intervenir positivement pour garantir les droits fondamentaux[737]. Au passage, on notera à nouveau que la distinction entre les différentes générations de droits qui se fonderait sur l'obligation négative ou positive de l'Etat ne saurait fonctionner. Dans un cas comme dans l'autre, nous rencontrons le statut positif au sens de Jellinek[738], en particulier dans le cas des relations privées.

326. Quelle est l'importance de ce changement de perspective ? A notre sens, parler du « système objectif de valeurs » comme un objet dans « le musée de la dogmatique des droits fondamentaux »[739] est sans doute un peu excessif, même au regard du droit allemand. La Cour constitutionnelle fédérale n'hésite pas à rappeler sa jurisprudence *Lüth* lorsqu'il s'agit de l'interprétation du code civil[740]. Mais il est vrai que l'accent mis sur le rapport triangulaire présente clairement l'image de « *l'Etat-garant*, par opposition à celle de *l'Etat-puissance* »[741]. Une approche similaire est aussi présente en droit de l'UE.

2. L'Etat-garant au-delà de l'effectivité des directives en droit de l'UE

327. En étudiant le triple remède à l'absence de l'effet direct horizontal des directives[742], nous avons bien vu que l'obligation d'interprétation conforme s'appuie précisément sur le caractère étatique des autorités judiciaires. Cette interprétation n'est pas limitée à l'effectivité des directives. Dans l'arrêt *Kücükdeveci* par exemple, la Cour affirme que « [l]'exigence d'une interprétation conforme du droit national est inhérente au système du traité en ce qu'elle permet

---

vor diese Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren. »

[737] GUSY, Christoph, « Grundrechtsbindungen Privater », *Jus Politicum*, 2013, n°10, p. 13 ; pour d'autres analyses, v. WALL, Heinrich de, et Roland WAGNER, « Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte », *Juristische Arbeitsblätter* 2011, p. 734.

[738] V. supra, n° 142.

[739] JESTAEDT, Matthias, « Meinungsfreiheit », *in* D. Merten, H.-J. Papier, *Handbuch der Grundrechte*, IV-I, §31, p. 899, cité par BEAUD, Olivier, « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », *Jus Politicum*, 2013, n°10, p. 10.

[740] V. récemment, BVerfG, 1 BvR 742/16, 10 juin 2016, *NJW*, 2016, p. 3014. Il s'agissait de l'interprétation de l'article 254 §1 du Code civil allemand qui impose une réduction de dommages-intérêts lorsque la victime est elle-même en partie responsable. En l'occurrence, une personne handicapée au fauteuil roulant fut renversé par une voiture lorsqu'elle traversait une voie publique. Elle n'avait pas attachée la ceinture de sécurité de son fauteuil qui était normalement prévu pour le cas où le fauteuil roulant est embarqué dans une voiture. Le tribunal de première instance (*Amtgericht*) avait retenu une part de responsabilité de la victime. Mais la Cour constitutionnelle fédérale a donné raison à la plainte constitutionnelle qui alléguait une violation de l'égalité en droit pour motif de handicap, dans la mesure où le tribunal a établi dans son interprétation une plus haute exigence d'attention pour les personnes handicapées.

[741] BEAUD, Olivier, « Les obligations imposées aux personnes privées (…) », *op. cit.*, p. 9.

[742] V. supra, n° 274.

à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie » (§48). *A fortiori*, cette affirmation ne peut qu'être plus affermie en matière de droits fondamentaux, compte tenu de leur importance dans l'UE. Une telle approche permet alors de mieux interpréter l'article 51 §1 de la Charte des droits fondamentaux qui semble écarter tout effet horizontal. La grande ressemblance entre cet article et l'article 1 §3 de la Loi fondamentale allemande fait que la doctrine susmentionnée n'est en effet pas une « querelle allemande ». Qui plus est, « plusieurs des garanties de la Charte ont vocation à être appliquées dans des rapports entre particuliers »[743].

328. En définitif, la mise en valeur de la relation triangulaire des relations privées et conséquemment de la figure de l'Etat-garant peut assurer deux fonctions : tout d'abord, d'un point de vue de la technique juridique, elle peut justifier l'application des droits fondamentaux entre personnes privées ; ensuite et surtout, au-delà de la technique, on pourrait éviter « la dichotomie entre l'Etat et une société autorégulatrice instituée au cours de la période libérale »[744]. Cette dernière fonction contient sans doute un pouvoir de solidarité que l'on ne souligne pas assez. C'est là où l'on retrouve le statut des droits fondamentaux comme « système objectif de valeurs ». Il y va non seulement des intérêts privés, mais aussi la base axiologique d'une société que l'Etat doit sauvegarder[745]. L'Etat-garant rappelle aussi la structure d'hétéronomie propre à tout ordre juridique. Comme l'écrit le P[r] Supiot, « [p]ersonne transcendante, titulaire de prérogatives exorbitantes du Droit commun, l'Etat est le garant ultime de la personnalité juridique des êtres réels ou fictifs qui lui sont référés »[746]. L'Etat pourrait donc contribuer à éviter une interprétation des droits fondamentaux qui séparerait la jouissance individuelle de ces derniers de leur fondation dans une société donnée[747].

B. L'existence d'un pouvoir privé capable de porter atteinte aux droits fondamentaux

329. Si le développement précédent nous montre qu'il faut avoir une échelle plus macroscopique pour voir la présence de l'Etat-garant, nous devons aussi voir de manière

[743] SEIFERT, Achim, «L'effet horizontal des droits fondamentaux (…) », *op. cit.*, p. 826.
[744] *Ibid.*, p. 801.
[745] V. par ex., BRUNET, François, « L'Etat, garant en dernier ressort », *in* SUPIOT, Alain, et Mireille DELMAS-MARTY, *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, pp. 275-290, spéc., p. 278.
[746] SUPIOT, Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 68.
[747] V. l'analyse de l'interprétation problématique du droit au respect de la vie privée par la Cour EDH *in* SUPIOT, Alain, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015, pp. 286-288.

suffisamment microscopique pour constater l'existence de pouvoirs privés. Ces pouvoirs peuvent en effet être normatifs (1) ou simplement factuels (2).

1. Le pouvoir privé normatif

330. Dans ce passage, le pouvoir « normatif » est à comprendre simplement comme la capacité de créer des normes valides en droit. Nous avons déjà vu que dans la doctrine actuelle de l'effet direct horizontal de la Cour, des réglementations collectives privées telles que les conventions collectives sont soumises à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services[748] ; que les règles d'une association sportive privée doivent respecter la libre circulation des travailleurs[749] ; et que les activités de certification d'un organisme privé doivent se conformer à la libre circulation de marchandises[750]. Dans tous ces cas, il existe un pouvoir normatif de droit possédé par l'une des parties privées. Ce pouvoir est tantôt créé en raison de l'autonomie d'un ordre juridique non étatique, tantôt conféré par le législateur d'un Etat membre. Quelle que soit l'origine de ce pouvoir, il est certain que sa présence peut modifier le rapport privé de sorte qu'il ne puisse plus être réputé comme horizontal.

331. Le cas de la négociation collective est par ailleurs très intéressant. Ce pouvoir normatif privé, qui est traité comme une entrave à la libre prestation des services par la Cour de justice, est en effet une tentative de rééquilibrer le rapport inégalitaire entre le salarié et l'employeur. Le P[r] Supiot remarque que « ce n'est pas l'appartenance à telle ou telle collectivité de travail qui fonde le droit à la négociation collective, c'est le lien de subordination. (…) Le droit à la négociation collective transpose sur le plan collectif le principe de liberté contractuelle qui ne peut s'exercer pleinement sur le plan individuel »[751]. Protégeant l'autonomie privée collective, le droit de négociation collective restaure l'horizontalité des rapports. Un examen concrétiste n'assimilerait donc pas ce cas avec les autres cas de pouvoir privé normatif précédemment évoqués. Partant, on devrait conclure que, si l'absence d'effet direct horizontal des droits fondamentaux était fondée pour des raisons liées à la protection de la sphère privée, la négociation collective devrait être parmi les premiers domaines à accueillir cette solution.

[748] CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05, §33.
[749] CJCE, 12 décembre 1974, aff. 36/74, §17.
[750] CJUE, 12 juillet 2012, *Fra.bo SpA*, C-171/11, *RTD eur.* 2013, p. 171, comm. A. Defossez.
[751] SUPIOT, Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, 3[e] éd. « Quadrige », p. 147.

332. En sortant du domaine de la négociation collective, on voit que le pouvoir normatif de l'employeur est bien visible à travers des décisions individuelles et les règlements intérieurs. Un employeur peut refuser l'embauche d'une catégorie de travailleurs[752], aménager le temps de travail dans l'entreprise[753], voire imposer une neutralité vestimentaire dans l'entreprise[754]. Ce pouvoir de commandement, conféré de manière normative par le contrat de travail et soutenu souvent de manière factuelle par l'inégalité économique entre les personnes, peut donc porter des atteintes réelles aux droits sociaux fondamentaux des travailleurs.

2. Le pouvoir privé de fait

333. Un auteur a préconisé l'utilisation du déséquilibre économique comme le critère de l'effet direct horizontal des droits de la Charte[755]. En effet, le pouvoir de fait résulte le plus souvent d'une différence sensible de moyens matériels. Avant de revenir aux relations de travail, nous pouvons encore penser à d'autres droits traditionnellement classés comme des droits-libertés. Le P[r] Seifert a remarqué par exemple que le droit au respect de la vie privée constitue un autre domaine d'élection de l'effet direct horizontal dans les différentes jurisprudences en Europe[756]. Pensons au cas d'un individu qui fait face au pouvoir médiatique d'un groupe de presse. Parmi les questions que nous avons évoquées, la protection du fœtus face à la mère enceinte est aussi un cas où un pouvoir factuel peut mettre en danger un droit fondamental.

334. Quant aux relations de travail, il n'est pas difficile de trouver la confirmation par la Cour de la position socialement plus faible des travailleurs face à l'employeur. Les affaires relatives à la compétence juridictionnelle en matière de contrat de travail peuvent fournir une attestation assez claire à cet égard. Nous savons qu'à l'origine, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale ne prévoyait aucune règle spécifique en matière de contrat de travail[757]. Son article 5-1 qui permettait la saisine du tribunal du lieu où l'obligation a été exécutée n'était toutefois pas adaptée à toutes les situations, notamment lorsque le contrat comportait plusieurs obligations.

---

[752] CJUE, 25 avril 2013, *Asociatia Accept*, C-81/12, *SSL* 21 juillet 2014, supplément n°1640, p. 20, n. S. Laulom.
[753] CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, *RDT* 2009, p. 41, comm. M. Schmitt.
[754] CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15.
[755] LECZYKIEWIECZ, Dorota, « Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights », *E. L. Rev.* 2013, 38(4), pp. 479-497, spéc., p. 494.
[756] SEIFERT, Achim, «L'effet horizontal des droits fondamentaux (…) », *op. cit.*, p. 807.
[757] RODIERE, Pierre, *Traité du droit social de l'UE*, LGDJ, 2014, p. 568.

Face à la complexité des situations, la CJCE a voulu concevoir un régime propre pour le contrat de travail. Elle le fit dans son arrêt *Ivenel*[758] qui a reconnu l'obligation caractéristique du contrat, à savoir l'obligation de prestation de travail, comme le critère permettant de désigner le tribunal compétent. Pour arriver à ce résultat, outre les considérations en termes de rattachement étroit (§11), de garder la coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable (§12), et d'éviter l'éclatement du contentieux (§18), la Cour, en se référant à la Convention de Rome nouvellement adoptée du 19 juin 1980, reconnut que « la réglementation des compétences judiciaires est, elle aussi, inspirée par le souci de fournir une protection adéquate à la partie contractante qui est la plus faible du point de vue social » (§16). Dans la suite de cette jurisprudence, ce motif de protection des travailleurs en tant que partie socialement faible du contrat de travail est souvent rappelé par la Cour de justice[759].

A vrai dire, cette affirmation ne doit pas être considérée comme une pétition de principe. La place socialement plus faible des travailleurs n'est pas un dogme juridique, mais une réalité qui se vérifie quotidiennement et qui peut évoluer avec le temps (nous ne parlons pas ici de la subordination juridique, mais il n'est pas exclu non plus que dans, un scénario presque utopique de plein emploi et d'organisation non hiérarchique de travail, le contrat de travail soit entièrement reconfiguré au point de ne connaître plus aucune subordination juridique caractérisée). Si la Cour semble n'énoncer qu'un dogme, on pourrait dire qu'il s'agit d'une présomption qui se fonde sur un fait notoire. Mais ultimement, ce pouvoir de fait doit être constaté dans la réalité par une méthode concrétiste.

335. Au final, cette analyse du pouvoir de fait de l'employeur nous reconduit vers l'argument de Nipperdey que l'on a déjà présenté : les personnes « faibles » doivent aussi être protégées face aux « puissances sociales ». Cette nécessité résulte d'une « règle de la raison issue de la nature des choses »[760]. (On se souviendra par ailleurs que la méthodologie structurante de Müller prend précisément comme point de départ cette « nature des choses ».) A cet argument on peut ajouter celui développé par Jean Rivero. Favorable aussi à une application directe des droits de l'homme aux rapports privés, il défend deux thèses qui sont très proches de celles évoquées ici : d'une part, les libertés et droits fondamentaux ne changent pas de nature face à tout pouvoir, qu'il soit public ou privé ; d'autre part, la garantie de ces

[758] CJCE, 26 mai 1982, *Ivenel*, aff. 133/81, *Rec.* p. 1891, *Rev. Crit. DIP* 1983, p. 116, n. H. Gaudemet-Tallon.
[759] V. par ex., CJCE, 10 avril 2003, *Pugliese*, C-437/00, §22, *RTD eur.* 2003, p. 523, chron. P. Rodière.
[760] « *rule of reason* aus der Natur der Sache », expression citée par DÜRIG, Günter, « Grundrechte und Privatrechtsprechung », *op. cit.*, p. 170.

droits peut passer par l'intermédiaire du juge[761]. Les arguments convergent donc vers la non-horizontalité du rapport privé et sa structure ternaire sous l'égide de l'Etat-garant. Résumons donc ces deux arguments avec le schéma suivant : le rapport horizontal binaire est un « idéal-type » fondé sur la conception abstraite, libérale et individualiste des relations privées. La réalité devrait ressembler beaucoup plus au triangle non-équilatéral se situant tout à la droite du schéma.

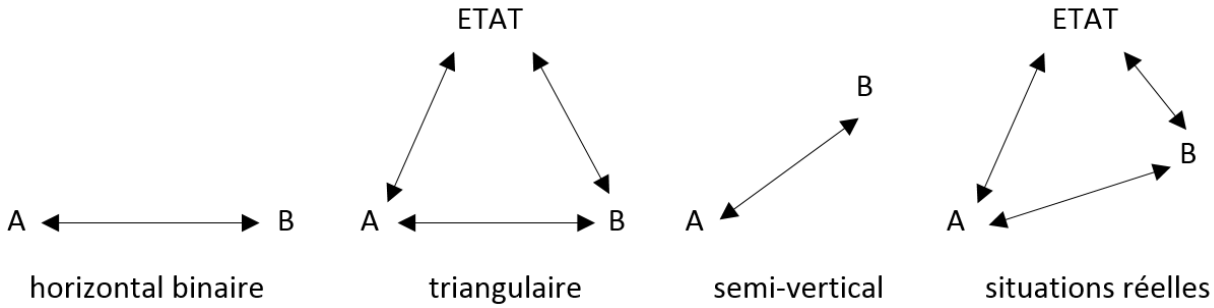


Schéma 3. Concrétisation du rapport « horizontal »

336. A travers la concrétisation du « rapport horizontal », nous espérons donc avoir montré que l'on n'a aucune raison d'écarter *a priori* cet effet aux droits (sociaux) fondamentaux, en partant d'une classification préétablie de droits fondamentaux. Il n'y a donc pas de distinction entre les différentes générations de droits fondamentaux à cet égard non plus, encore moins une présomption de l'absence d'effet direct horizontal des droits sociaux fondamentaux. Il reste cependant à savoir si l'on doit, pour des raisons diverses (par exemple le respect des données textuelles), limiter cet effet à un effet horizontal indirect, comme les trois remèdes à l'absence d'effet direct horizontal des directives. Il nous faut alors concrétiser maintenant l'échelle de l'effectivité horizontale des droits fondamentaux.

[761] V. la présentation faite par le P[r] Olivier Beaud : « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », *Jus Politicum*, 2013, n°10, p. 4 et s.

§2. La graduation de l'effectivité des droits sociaux fondamentaux dans les relations privées

337. Passons maintenant de l'analyse concrète du rapport entre les personnes privées à celle de l'effectivité réelle des droits fondamentaux. Bien qu'une analyse structurelle presque logique nous montre une grande complexité des niveaux d'effectivité (A), la pratique judiciaire nous permet de revenir à une distinction moins subtile, mais plus facile à mettre en œuvre (B).

A. La concrétisation structurelle de l'effectivité réelle des droits fondamentaux

338. En partant des débats doctrinaux, nous allons d'abord tenter de trouver l'échelle la plus aboutie possible (1), avant d'examiner les arguments qui plaident en faveur des niveaux d'effectivité les plus importants (2).

1. Des débats doctrinaux esquissant une échelle subtile de l'effectivité des droits fondamentaux dans les relations privées

339. Deux doctrines peuvent retenir en particulier notre attention : la typologie d'invocabilité proposée par le P^r^ Denys Simon (a) et les débats anglais sur le *Human Rights Act* (b).

a. La typologie d'invocabilité du P^r^ Simon

340. La classification du P^r^ Denys Simon[762] a un grand succès en doctrine[763] comme parmi les avocats généraux[764]. Il distingue quatre niveaux d' « invocabilité » et un effet qui sont subsumés dans la catégorie de « justiciabilité », conçue comme « la capacité du juge interne à assurer l'efficacité du droit de l'UE et l'effectivité de la protection juridictionnelle de ses sujets ». L'expression d' « invocabilité » permet de ne pas parler de « l'effet » qui est lié aux droits individuels. Ces quatre niveaux sont respectivement: l'invocabilité d'interprétation conforme ; l'invocabilité d'exclusion; l'invocabilité de prévention et l'invocabilité de réparation, à côté de l'effet de substitution. C'est sans doute une classification empirique qui regroupe l'ensemble des solutions dégagées par la Cour de justice. Son apport conceptuel principal reste certainement la disjonction entre l'effet de substitution et l'invocabilité

[762] SIMON, Denys, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 3^e^ éd., p. 437 et s.
[763] DE MOL, Mirjam, « Dominguez: a deafening silence », *op. cit.*, qui reprend la distinction entre « *substitution/exclusionary effect* »; voir aussi par ex., BLANQUET, Marc, « Effet direct de droit communautaire », *op. cit*.
[764] Par ex., les conclusions de l'avocat général BOT dans l'affaire *Kücükdeveci* (C-555/07), spéc., §63 et s.

d'exclusion. Le premier représente en réalité l'effet direct horizontal, alors que la dernière est censée donner au juge l'obligation d'écarter une disposition nationale contraire au droit de l'UE. Dans le cas d'une directive ou d'un droit fondamental, cette distinction pourrait à la fois maintenir l'absence d'effet direct horizontal de ces normes et les faire respecter par le droit national. Si la distinction est attrayante, elle est toutefois selon nous difficile à mettre en œuvre.

341. En effet, l'exclusion ne saurait créer un vide juridique. Après l'exclusion, le juge doit soit accepter la norme établie entre personnes privées initialement basée sur le droit national contraire au droit communautaire; soit il doit développer le droit national de telle sorte qu'il n'y ait plus de violation du droit communautaire. Dans le premier cas, l'invocabilité d'exclusion n'a aucune conséquence réelle; dans le dernier cas, la substitution s'opère simplement dans un deuxième temps, après l'exclusion. Le P[r] Craig expose de manière similaire un quadruple doute à l'égard de cette distinction[765]. En résumé, il pointe d'abord l'incertitude sur l'existence d'une règle par défaut après l'exclusion (*default rule*) et la distinction problématique des conséquences réelles. Il réfute ensuite l'idée selon laquelle l'invocabilité d'exclusion est plus respectueuse vis-à-vis d'une part du droit national et d'autre part de la primauté du droit de l'UE. Le P[r] Coutron propose également de regrouper les invocabilités d'exclusion et de substitution[766]. Autrement dit, la catégorisation proposée par le P[r] Simon, malgré sa grande valeur, ne saurait nous satisfaire. A notre sens, il faudrait partir de la critique la plus forte contre l'effet direct horizontal, à savoir la préservation de l'autonomie privée. Mais on ne débattra plus ici de sa légitimité, mais de son effectivité. Autrement dit, il s'agit de savoir, au cas même où l'on concevrait une sphère privée qui échappe à tout droit étatique, quels sont les effets réels des droits fondamentaux dans cette situation.

342. Pour répondre à cette question, il faudrait maintenant entrer dans certains débats internes, puisque la question reste encore peu développée en droit de l'UE[767]. Nous avons déjà parlé au fur et à mesure du droit allemand qui présente un haut degré de similitude avec la conception de la Charte des droits fondamentaux. D'autres pays se prêtent plus ou moins bien à ce regard comparatiste. La France, par exemple, ne présente qu'une jurisprudence « balbutiante » à cet égard. Le P[r] Olivier Beaud explique cette faible présence de la

[765] CRAIG, Paul, « The legal effect of Directives (…) », *op. cit.*, pp. 367-369.
[766] COUTRON, Laurent, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *op. cit.*, p. 55.
[767] V. par ex., SEIFERT, Achim, «L'effet horizontal des droits fondamentaux (…) », *op. cit.*, p. 825 : «le grand défi en matière d'effet horizontal de la Charte sera de discerner de manière concrète les obligations positives qui résultent des différents droits fondamentaux de la Charte pour les rapports entre particuliers. Mais à cet égard, le débat a à peine commencé. »

problématique en France notamment par la place, la compétence et le rôle du Conseil constitutionnel en droit français qui ne contrôle que depuis peu la constitutionnalité d'une loi *a posteriori* et qui n'admet toujours aucun recours direct des individus[768]. On peut ajouter que, pour les droits constitutionnels que le Conseil protège, aucun texte relatif à leur effectivité ne peut être comparé à l'article 51 §1 de la Charte des droits fondamentaux.

En revanche, nous pouvons examiner le droit anglais qui révèle aussi parfaitement la complexité de la question. Ceci pour deux raisons : d'une part, ces débats ont pour contexte l'adoption du *Human Rights Act* en 1998. Il vise à introduire les droits garantis par la Conv. EDH dans le système juridique britannique. (Rappelons que c'est un système juridique dualiste. Pour une application directe des normes de droit international, il faut donc une loi nationale qui les « introduit » dans le droit interne.) et prévoit à son article 6 §1 que « *It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right* ». Nous voyons donc bien que, en liant avant tout les pouvoirs publics, ce texte présente les mêmes caractéristiques que l'article 51 §1 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 1 §3 de la Loi fondamentale allemande. La date récente de cette loi a donc permis aux juristes anglais de tenir compte des données très vastes de droit comparé. D'autre part, le Royaume-Uni fait partie des premiers signataires de la Conv. EDH. L'absence de transposition fait que le *Common law* a développé une manière propre pour intégrer indirectement les droits fondamentaux. Cette dualité entre *Common law* et *Statute law* peut être comparée, toute proportion gardée, à la dualité entre principes généraux de droit et la Charte des droits fondamentaux après l'entrée en vigueur de cette dernière.

b. L'échelle d'effectivité issue des débats anglais

343. Après avoir présenté deux propositions principales (i), nous les évaluerons de manière critique en proposant la catégorisation qui nous paraît la plus aboutie (ii).

i. Les deux propositions influentes en droit anglais

344. Il est possible de citer d'abord celle établie par le P^r^ Gravin Phillipson[769]. Sa démarche, comme celle du P^r^ Simon cherche également à savoir quelle est l'obligation à la charge du juge dans la prise en compte des droits fondamentaux, mais elle part de la

[768] BEAUD, Olivier, « Les obligations imposées aux personnes privées (…) », *op. cit.*, pp. 13-14.
[769] PHILLIPSON, Gavin, « The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: a Bang or a Whimper? », *Modern Law Review*, November 1999, pp. 824-849.

qualification des normes. Le point de départ est aussi la distinction entre principe (ou valeur) et règle. L'auteur utilise parfaitement « valeur » et « principe » comme synonymes. Il entend par « principe » (ou « valeur ») une norme susceptible d'avoir plus ou moins de poids qui ne fait que favoriser un certain résultat, alors que la « règle » est obligatoire dans tous ses éléments. Cette distinction est donc plus proche de la conception de Dworkin que d'Alexy[770]. Mais cette différence mineure ne trouble pas l'analyse ici des degrés de l'effectivité.

Combinant cette distinction avec la distinction entre moyens recevables et irrecevables (*relevant/irrelevant considérations*) dans un contentieux, il parvient à dresser une classification en quatre éléments qui sont, du plus haut degré vers le plus bas, règles (obligatoires dans tous les éléments pour le juge) ; principes obligatoires (les principes qui sont nécessairement pris en compte par le juge) ; principes permis (les principes qui peuvent être pris en compte par le juge); et principes interdits (les principes qui ne peuvent pas être pris en compte par le juge)[771]. Etant donné que les principes peuvent revêtir de poids plus ou moins importants, le P[r] Phillipson introduit une distinction supplémentaire entre principe obligatoire ordinaire et principe obligatoire fondamental (*ordinary mandatory principles/fundamental mandatory principles*). C'est donc une échelle à cinq degrés. On peut les présenter ainsi (le chiffre 1 indiquant le degré d'effectivité le plus haut ; le niveau 2 est inférieur au 1, ainsi de suite.)

Règles	Principes obligatoires fondamentaux	Principes obligatoires ordinaires	Principes permis	Principes interdits
1	2	3	4	5

Tableau 5. Le degré de l'effectivité des droits fondamentaux selon G. Phillipson

345. Normalement, étant donné le caractère contraignant des droits fondamentaux (ainsi que celui des directives) à l'égard du juge national, seuls les trois premiers degrés doivent retenir notre attention. Cette échelle semble rester néanmoins insuffisante pour rendre compte

[770] Pour R. Dworkin, v. supra, n° 128 et s. ; pour R. Alexy, v. supra, n° 130 et s.
[771] « *Proscribed principles »; « permissible principles »; « mandatory principles »; « rules ».*

des possibilités rencontrées dans les débats. C'est la proposition de M. Murray Hunt qui se trouve difficilement classable dans cette échelle.

En effet, M. Hunt s'inspire d'une opinion dissidente du juge Kriegler dans une décision de la Cour constitutionnelle sud-africaine[772] et considère qu'il est nécessaire de reconnaître une effectivité des droits fondamentaux qui se situe entre effet horizontal direct et indirect. Il l'appelle « l'application à tout droit » (*application to all law*)[773]. Cela signifie que les droits fondamentaux n'ont d'effet direct horizontal que dans un domaine réglementé par le droit. L'idée est assez simple: dès lors qu'un domaine n'est pas réglementé par le droit, l'autonomie privée exclut l'application des droits fondamentaux. En revanche, « *once law becomes involved in regulating [private] relationships, they have lost their truly private nature and the State, as the maker, the administrator, the interpreter and the applier of the law which governs those relationships, is bound to act in all those roles in a way which upholds and protects the rights made fundamental by the Constitution* »[774]. Selon cette idée, il s'agira de faire coïncider le champ d'application des droits fondamentaux avec le champ du droit. Ainsi l'effet direct horizontal n'est-il en rien exclu *a priori*. Il est plutôt limité par l'autonomie privée. Puisque dans le domaine réglementé par le droit, ce sont les droits fondamentaux qui s'appliquent directement, ils doivent alors être classés comme « règles » dans l'échelle proposée par le P[r] Phillipson. Toutefois, ce plus haut degré d'effectivité doit d'abord correspondre à l'effet direct horizontal. Mais M. Hunt veut précisément distinguer cet effet « d'application à tout droit » de l'effet direct horizontal. Comme nous l'avons vu, l'argument sur le rapport triangulaire et la figure de l'Etat-garant dans les relations privées vise précisément à nier l'existence d'un tel domaine « en dehors du droit étatique ». Néanmoins, ce type d'effectivité reste *conceptuellement plausible*, dans la mesure où l'autonomie privée, en tant qu'elle est aussi protégée comme un droit fondamental par l'Etat, se situe en dehors de tout le reste de la réglementation de l'Etat. Cette distinction qui se concentre sur le « champ » des droits fondamentaux devient d'autant plus intéressant si l'on pense au droit de l'UE : le champ d'application du droit national dépasse largement celui du droit de l'UE. Par conséquent, une limitation du champ de droit est parfaitement possible. En même temps, un effet d'application à tout droit se distingue également de l'effet horizontal indirect que représente notamment

---

[772] *Du Plessis v. De Klerk*, 15 mai 1996, 1996, S.A., 850, disponible à http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgisirsi/09ormKmvWH/MAIN/175430006/9

[773] HUNT, Murray, « The 'Horizontal Effect' of the Human Rights Act », *Public Law*, 1998, pp. 423-443, spéc., p.434.

[774] *Ibid.*, pp. 434-435.

l'interprétation conforme, car les droits fondamentaux ne produisent pas un effet en modifiant le droit existant, mais intègrent le droit directement.

346. Comme dans le cas de l'échelle proposée par le P^r Simon, l'insuffisance de l'échelle du P^r Phillipson vue à travers la proposition de M. Hunt, révèle quelques enseignements précieux: pour concrétiser l'effet d'une norme, il faut non seulement s'intéresser à la structure de la norme (Doit-elle être vue comme une règle ou un principe ?); en plus, il faut considérer le champ de son effectivité (Couvre-t-il tous les rapports sociétaux, ou simplement le champ de tout droit, etc. ?).

ii. L'esquisse d'une catégorisation exhaustive

347. Cumulant les conclusions tirées de ces deux tentatives de classification, nous pouvons dès lors proposer une classification d'effectivité qui se veut cohérente et exhaustive. Précisons d'abord que cette échelle ne concerne que l'effet horizontal (ou, peut-on dire, ce sont les effectivités entre l'effet direct horizontal et l'effet direct vertical entendus au sens strict). Il convient d'évaluer la mission du juge en fonction de trois questions: quelle est la structure de la norme en cause ? Quelle est la nature de la mission du juge ? Dans quel domaine intervient la norme en cause ? A titre d'exemple, l'effet direct horizontal correspond le plus souvent à l'effet d'une règle obligatoire intervenant dans tous les rapports sociaux. De même, ont seulement un effet direct vertical les règles obligatoires intervenant uniquement dans les relations impliquant une personne publique. L'effet horizontal indirect (ou plutôt les effets horizontaux indirects) se situe entre ces deux degrés. Sa complexité tient au fait que les trois questions précédentes peuvent recevoir chacune au moins deux réponses: la norme peut être une règle ou un principe ; la mission du juge peut être une obligation d'appliquer la norme ou une simple faculté de l'appliquer ; le champ d'application peut être tous les rapports sociaux ou simplement un champ déterminé du droit. Ainsi, les catégories essentielles des effets horizontaux doivent être au moins au nombre de huit, dont le plus haut degré correspond à une règle obligatoire intervenant dans tous les rapports sociaux, et le plus faible, un principe susceptible d'être prise en compte dans un champ déterminé du droit. Ces degrés peuvent être présentés comme suit :

Règle	Règle	Règle	Règle	Principe	Principe	Principe	Principe
Obligatoire	Obligatoire	Facultatif	Facultatif	Obligatoire	Obligatoire	Facultatif	Facultatif
Société	Droit	Société	Droit	Société	Droit	Société	Droit
1	2	3	4	5	6	7	8

Tableau 6. Les catégories du degré de l'effectivité des droits fondamentaux

348. Nous tenons à dire que cette complexité redoutable n'est pas notre invention. Elle est la conséquence logique des débats doctrinaux. Fort heureusement, malgré les subtilités extrêmes de ces débats, les auteurs n'ont pas étudié tous ces huit degrés. Il en ressort que seulement trois de ces huit effets horizontaux sont évoqués: celui que produit une règle obligatoire intervenant dans tout le champ du droit (la position de M. Hunt), celui que produit une valeur obligatoire intervenant dans le contenu du droit (la position de M. Phillipson), celui que produit un principe facultatif intervenant dans le champ du droit (la position de Günter Dürig). Il reste encore des antagonistes soutenant soit l'effet direct horizontal, soit l'effet direct vertical sans aucun effet horizontal des droits fondamentaux. Il nous faut donc examiner les arguments en faveur ou à l'encontre de ces cinq degrés d'effectivité.

2. La justification de chaque degré d'effectivité

349. Pour l'examen de ces cinq degrés d'effectivité, nous y procèderons en passant du plus faible au plus fort.

a. L'absence d'effet horizontal quelconque

350. L'argument principal contre tout effet horizontal des droits fondamentaux est une lecture assez stricte des dispositions qui prévoient que ces droits lient les autorités publiques. Il y aurait une exclusion implicite d'un effet quelconque sur les relations entre particuliers. Cette thèse est défendue par le juge anglais R. Buxton[775]. Son argumentation fait un lien entre la Conv. EDH et le *Human Rights Act* : il mentionne d'abord l'exclusion de l'effet direct horizontal dans le mécanisme conventionnel pour soutenir la lecture restreinte de la section 6 (1) du *Human Rights Act*. En effet, un individu ne peut agir que contre un Etat devant la Cour EDH. (art. 34, Conv. EDH)

[775] BUXTON, Richard, « The Human Rights Act and Private Law », *Law Q. Rev.* (2000) 116, pp. 48-65.

351. Plus problématique est la dénégation de tout effet horizontal indirect. Le juge Buxton remarque lui-même que la Cour EDH est souvent considérée comme intervenant dans les relations privées par le biais des « obligations positives » des Etats signataires et l'article 1er de la Conv. EDH qui exige la protection des droits de la Convention par les Etats signataires. Les Cours sont d'ailleurs considérées par la Cour EDH comme des autorités publiques qui devraient respecter les droits de la Conv. EDH dans leurs décisions pour litiges privés[776]. Contre ces arguments, le juge Buxton considère que, ce que crée la loi anglaise, en conformité avec la Conv. EDH, est un droit de recours contre un acte d'une autorité publique. Dans le cas des juges, il faut donc que les Cours aient d'abord statué sur le litige privé uniquement en fonction du droit national. Puis le recours contre le jugement est donc contenu dans un cadre vertical[777]. Ensuite, il argue d'une manière semblable que si les dispositions du *Human Rights Act* et de la Conv. EDH sont prises en compte, non en tant que droits individuels, mais en tant que « valeurs », elles sont également cantonnées d'abord dans le droit public. La prise en compte de ces valeurs dans le droit privé nécessite une analogie qui n'est pas justifiée par le texte du *Human Rights Act*[778]. Enfin, il avance un argument pratique selon lequel la portée réelle d'un quelconque effet horizontal indirect de la Conv. EDH à travers le *Human Rights Act* serait finalement très limitée. Car les Cours ont aussi une obligation d'appliquer le droit national. Etant donné la grande concordance entre le droit national et le droit conventionnel aujourd'hui, il serait très difficile pour un juge national de développer les conséquences des droits fondamentaux au détriment du droit national, lorsque la Cour EDH n'a pas statué sur un cas semblable. Il est donc davantage recommandé au juge national d'appliquer uniquement le droit national[779].

352. Ainsi cette thèse implique-t-elle que les droits fondamentaux soient pris en compte et appliqués uniquement dans les litiges verticaux. Toutefois, sa grande faiblesse est de ne pas être en mesure d'expliquer les « obligations positives » imposées par la Cour EDH. Par ailleurs, l'argument concernant les valeurs peut certes être utilisé dans le débat anglais, étant donné qu'il n'y a pas de Constitution écrite consacrant les droits fondamentaux. Mais dans le cas de l'UE, la proclamation des droits fondamentaux par la Charte de Nice fait que ces valeurs sont bien au fondement de l'ordre juridique de l'UE. Le dernier argument nous paraît alors le plus

[776] Cour EDH, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag*, Série A, n°165, *JDI* 1990, p. 719, obs. P. Rolland.
[777] BUXTON, Richard, « The Human Rights Act and Private Law », *op. cit.*, p. 57.
[778] *Ibid*., p. 59.
[779] *Ibid.*, p. 60-61.

intéressant : dans le contexte de l'UE, un juge national pourrait aussi considérer que l'application du droit national est suffisante pour garantir les droits fondamentaux et ceux que protègent l'UE ne devraient alors recevoir qu'un effet vertical. Il est néanmoins très douteux que cette solution soit retenue pour les normes de l'UE, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice sur l'effet direct, la primauté et l'effet utile du droit de l'UE.

b. L'effet produit par une valeur facultative intervenant dans le champ du droit

353. Ce degré est proche de la position défendue par Günter Dürig[780] en droit allemand. Comme nous en avons déjà vu les contours, il est possible d'être plus synthétique ici. Mettant en avant l'autonomie privée pour récuser l'effet direct horizontal des droits fondamentaux, il s'appuie sur la liberté générale d'agir énoncée à l'article 2 §1 de la Loi fondamentale. En tant qu'elle est « dirigée contre l'Etat », cette liberté doit impliquer que les individus puissent s'écarter de l'Etat dans les rapports privés. Par conséquent, les droits fondamentaux ne sauraient être contraignants dans les rapports privés. Ils ne forment qu'un « ordre objectif de valeurs » et influencent par conséquent les dispositions de droit privé qui sont « susceptibles d'être interprétées axiologiquement »[781]. Il s'agit notamment des clauses générales dans le Code civil allemand, telles que la bonne foi, les bonnes mœurs ou encore l'appréciation équitable.

354. Cette analyse ne demande donc qu'une très faible prise en compte des droits fondamentaux dans l'activité du juge. Non seulement il faut qu'une loi privée contienne d'abord des clauses générales, mais le juge peut encore écarter leur considération pour faire prévaloir une règle privée. Comme l'écrit le P[r] David Capitant, « [l]e juge a donc tout le loisir de concilier les droits fondamentaux avec d'autres intérêts, de quelque rang qu'ils soient. »[782] On pourrait alors reprocher à cette théorie de ne pas assez tenir compte du caractère fondamental des droits en cause et de conditionner leur prise en compte à l'existence des dispositions « axiologiquement interprétables ».

c. L'effet produit par une valeur obligatoire intervenant dans le champ du droit

355. Cet effet diffère du précédent par la considération suivante: dans la mesure où les droits fondamentaux lient les juges, ces derniers ont donc l'obligation de prendre en compte les

[780] DÜRIG, Günter, « Grundrechte und Privatrechtsprechung », *op. cit.*, v. supra, n° 262.
[781] CAPITANT, David, *Les effets des droits fondamentaux* (...), *op. cit.*, p. 250.
[782] *Ibid.*, p. 252.

droits fondamentaux dans l'application du droit. Cet effet ressemble à l'obligation d'interprétation conforme que l'on a examinée. C'est le Pr Phillipson qui préconise cette solution. Outre les arguments tenant à la rédaction propre du *Human Rights Act*, il en avance deux autres : tout d'abord, faute de déclaration explicite, les droits fondamentaux ne sauraient bouleverser le droit applicable dans les relations privées (par ex., le *Common Law* en Grande Bretagne). En effet, si le juge est en train d'interpréter et d'appliquer le *Common Law*, il s'agit avant tout d'un « développement » de ce droit. Les intérêts protégés par ce droit, même s'ils sont contraires aux droits de la Conv. EDH, devraient pouvoir entrer en confrontation avec ces derniers. Autrement dit, les droits fondamentaux ne peuvent donc être pris en compte que comme des valeurs susceptibles d'aménagement[783]. Ensuite, étant donné que les conséquences d'une condamnation pour violation des droits fondamentaux peuvent être très lourdes, le même défaut de précision empêche le juge de faire subir ces conséquences aux particuliers[784]. Une position similaire est prônée par M. Nicholas Bamforth[785] qui se fonde sur une autre disposition du *Human Rights Act*[786].

356. Ce degré est supérieur à celui envisagé par G. Dürig, en tant qu'il n'exige plus des clauses générales comme porte d'entrée des droits fondamentaux dans le droit privé. Toutefois, s'il est vrai que la considération des droits fondamentaux est devenue obligatoire dans toute application du droit privé, ce degré laisse une discrétion au juge quant à l'issue de la confrontation entre les valeurs des droits fondamentaux et les règles de droit privé. Le Pr Phillipson a tenté ensuite de sonder le « poids » des droits fondamentaux dans cette confrontation. Il plaide pour une variation de leur poids en fonction de deux éléments: d'une part, le degré d'autonomie d'une personne dans l'acceptation d'une violation de ses droits fondamentaux. Plus cette autonomie est grande, moins la considération sur les droits fondamentaux a de poids devant les juges. D'autre part, la puissance d'une personne privée pour entraver l'exercice d'un droit fondamental. Plus cette puissance est grande, plus le juge doit tenir compte des droits fondamentaux[787]. Nous retrouvons alors l'analyse concrète des rapports entre personnes privés.

---

[783] PHILLIPSON, Gavin, « The Human Rights Act (…) », *op. cit.*, p. 838-839.
[784] *Ibid.*, p. 839
[785] BAMFORTH, Nicholas, « The True 'Horizontal Effect' of the Human Rights Act 1998 », *Law Q. Rev.*, 2001 (117), pp. 34-41.
[786] Section 3 (1) « *So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.* »
[787] BAMFORTH, Nicholas, « The True 'Horizontal Effect' (...) », pp. 846-847.

d. L'effet produit par une règle obligatoire intervenant dans tout le champ du droit

357. L'idée essentielle correspond à l' « effet d'application à tout droit » défendu par M. Hunt : il impose au juge d'appliquer les droits fondamentaux dans tous les domaines réglementés par le droit, public comme privé.

Ce degré d'effet horizontal se veut à la fois respectueux de l'autonomie privée et du caractère contraignant des droits fondamentaux. En respectant l'autonomie privée, il rejette l'effet direct horizontal au sens strict ; pour garantir les droits fondamentaux, il adopte une conception restrictive de l'autonomie privée. Pour arriver à cette restriction, nous avons vu que M. Hunt trouve la justification dans le fait que l'existence du droit étatique modifie la nature du rapport juridique en cause. Cette justification n'est toutefois pas suffisante. On devrait sans doute s'interroger sur le degré de cette modification, en d'autres termes, l'intensité de la réglementation de l'Etat. Il est parfaitement concevable qu'une règlementation étatique reste largement supplétive, comme il existe parfois en droit du travail aussi. Dans ce cas-là, l'autonomie privée ne semble pas différente de celle en dehors de toute réglementation étatique. En termes pratiques, cette conception exige d'abord que dans le champ d'application du droit, les droits fondamentaux soient directement appliqués entre les personnes privées. On pourrait dire qu'ils s'imposent alors au droit initialement applicable. En revanche, dans un domaine non réglementé par le droit, les droits fondamentaux ne sauraient avoir un effet et ne seraient pas justiciables. Ils ne créent alors pas de nouveaux droits subjectifs ou de nouvelles « causes d'action » selon la terminologie anglaise.

Quand on restreint davantage le champ de l'autonomie privée, on arrivera alors à l'effet direct horizontal tout court.

e. L'effet direct horizontal

358. Le dernier degré est le plein effet des droits fondamentaux, qui s'appliquent de manière directe quelle que soit le rapport social en cause. Malgré la contrainte textuelle, cet effet a trouvé certains défenseurs.

Cet effet tiendrait d'abord au caractère universel et fondamental des droits en cause. Comme l'écrit le P[r] William Wade, « *[s]ince human rights are general principles of justice, of the kind enshrined and entrenched in written constitutions, they have a universal and*

fundamental character which ought, one might think, to be operative erga omnes. »[788] Ensuite, les textes qui ne mentionnent explicitement que les pouvoirs publics comme destinataires des droits fondamentaux n'excluent pas leurs effets dans les relations privées. Dans le débat anglais, on retrouve alors l'explication relative au statut particulier du juge et l'application horizontale des droits fondamentaux en droit positif anglais, notamment à travers la jurisprudence de la Cour EDH. MM. Pattinson et Beyleveld précisent que le respect des droits d'autrui peut être assuré par l'Etat soit dans le rapport direct entre individus, soit dans le rapport entre l'Etat lui-même et l'individu à protéger. Or ces deux manières d'assurer le respect peuvent toutes être subsumées dans les obligations de l'Etat. Par conséquent, lorsque la protection de ces droits est libérée de la contrainte procédurale devant la Cour EDH, leur effet direct horizontal doit être reconnu[789].

359. Il reste qu'on ne devrait pas oublier la possibilité de nier tout domaine privé en dehors du droit. Le P^r^ Jürgen Schwabe a défendu ce point de vue en droit allemand[790]. Dans les années 1970, il s'est efforcé de montrer que tous les rapports juridiques, qu'ils soient publics ou privés, se réalisent toujours dans un cadre déjà défini par l'Etat. L'autonomie privée n'est donc pas une donnée précédant l'existence de l'Etat, mais une institution créée spécifiquement par l'Etat pour organiser les rapports entre personnes privées. Par conséquent, la conception du P^r^ Schwabe favorise l'effet direct horizontal.

360. Entre les deux derniers degrés de l'effectivité, la différence est relativement ténue, car dans une société où l'on se passionne pour le droit au point d'avoir une « inflation législative »[791], le domaine non régi par le droit est de fait difficilement perceptible. L'effet d' « application à tout droit » de M. Hunt aurait alors simplement la fonction de maintenir un certain équilibre entre prédominance des droits fondamentaux et limitation de l'ingérence étatique.

361. Après ce tour d'horizon, on pourrait dire en synthèse que les adeptes respectifs de l'effet direct horizontal et de l'effet indirect horizontal disposent les uns comme les autres de nombreux arguments valables, tandis que la limitation à un simple effet direct vertical ne

---

[788] WADE, William, « Horizons of horizontality », *Law Q. Rev.*, 2000 (116), pp. 217-224, spéc., p. 224
[789] PATTIONSON, Shaun et Deryck BEYLEVELD, « Horizontal applicability and horizontal effect », *Law Q. Rev.*, 2002(118), pp. 623-646.
[790] SCHWABE, Jürgen, « Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte », *AöR*, 1975(100), p. 442 ; « Grundrechte und Privatrecht », *Archiv für die civilistische Praxis*, 1985(185), p. 1.
[791] CARBONNIER, Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Paris, Flammarion, 1996.

semble pas soutenable. Vus avec les lunettes de la méthode concrétiste, nous pouvons dire que les premiers s'intéressent davantage aux implications réelles des droits fondamentaux qui devraient être la défense des droits de leur titulaire, ou dans notre terminologie, la construction et le développement de la personnalité. Il s'agit de l'effet inhérent aux droits fondamentaux de créer des droits et devoirs pour un individu et leur pleine efficacité qui résulte de leur caractère fondamental. En revanche, leurs opposants s'attachent davantage aux données linguistiques et à une position philosophiquement plus libérale ancrée dans l'autonomie privée. On notera également que parmi ces derniers auteurs (i. e. défenseurs de l'effet horizontal *indirect*), il n'y a quasiment pas d'accord sur le degré exact dudit effet. La complexité de ces controverses est-elle perçue dans la pratique ? Il convient d'examiner les solutions dégagées par les juges.

B. Des décisions de justice résistant à l'extrême complexification des effets horizontaux

362. Conformément au cadre comparatif choisi, nous poursuivons notre analyse notamment avec les droits allemand (1) et anglais (2).

1. La solution en droit allemand

363. En réalité, la solution allemande a évolué. Certaines cours fédérales ont d'abord reconnu l'effet direct horizontal des droits fondamentaux (a). Ensuite la Cour constitutionnelle fédérale a unifié les solutions en ne reconnaissant qu'un effet horizontal indirect (b).

a. La reconnaissance de l'effet direct horizontal

364. La Cour fédérale du travail et la Cour fédérale de justice ont tout d'abord adhéré à la thèse de l'effet direct horizontal. Par exemple, l'égalité entre hommes et femmes, le respect de la vie privée et de la liberté d'opinions des salariés ont été appliqués directement dans les relations de travail[792]. C'est la spécificité du droit social, à savoir la soumission des salariés au pouvoir de l'employeur, qui était tenue comme la justification de l'effet direct horizontal. Mais au-delà de la spécificité du droit social, les Cours avaient plutôt le souci de condamner toute violation possible d'un droit fondamental, quelle que soit l'origine de l'atteinte. Son fondement est donc la pleine efficacité des droits fondamentaux. On pourrait quasiment reprendre les formules couramment employées par la CJUE pour expliquer que leur effet utile serait gravement atteint si leur respect était neutralisé par les pratiques dans le secteur privé. La Cour

[792] CAPITANT, David, *Les effets des droits fondamentaux* (…), *op. cit.*, p. 247-248.

fédérale du travail a d'ailleurs remarquablement montré cette logique en affirmant que la garantie de la dignité humaine « est une norme fondamentale, c'est-à-dire une décision axiologique obligatoire pour l'ensemble de l'ordre juridique »[793]. Toutefois, cette argumentation n'a pas pu prospérer à la Cour constitutionnelle fédérale.

b. La reconnaissance par la Cour constitutionnelle fédérale de l'effet horizontal indirect

365. En effet, la solution de la Cour de Karlsruhe demeure une voie moyenne. D'un côté, elle affirme « l'effet rayonnant » des droits fondamentaux qui permet à ces derniers de s'imposer à l'ensemble du droit privé, comme nous l'avons vu avec l'arrêt *Lüth*[794]. De l'autre côté, la Cour a exclu l'application directe des droits fondamentaux dans les rapports privés. Elle justifie sa solution par l'article 1 §3 de la Loi fondamentale et exige par conséquent uniquement le respect des droits fondamentaux par toute norme étatique en matière de droit privé[795]. C'est pourquoi une convention collective est en principe libre du respect des droits fondamentaux, sauf si elle a fait l'objet d'une mesure d'extension par l'Etat. Par conséquent, les droits fondamentaux sont censés influencer et non pas réglementer le droit privé.

366. L'obligation d'interprétation conforme s'impose aux juges. La Cour constitutionnelle fédérale a d'ailleurs retenu une conception large de cette obligation. Contrairement à la thèse de Dürig qui limite cette obligation à l'existence de « clauses générales », la Cour constitutionnelle exige que si une disposition du droit privé limite un droit fondamental, les juges doivent être conscients de l'importance du droit fondamental en cause et doivent donc mettre en balance les intérêts protégés par ce droit fondamental et ceux protégés par l'objet particulier de la loi[796]. Vue de plus près, l'obligation d'interprétation conforme peut atteindre en réalité un résultat presque identique à l'application directe des droits fondamentaux

---

[793] BAGE 4, 274, *Lernpflegerin*, 10 déc. 1957, cité par CAPITANT, David, *Les effets des droits fondamentaux* (…), *op. cit.*, p. 249.
[794] BVerfGE, 7, 198, 15 janvier 1958.
[795] *Ibidem.* V. en particulier §28 de l'arrêt : « *Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet* » (Nous traduisons : « Le contenu juridique des droits fondamentaux en tant que normes objectives se développe dans le droit privé à travers l'intermédiaire des dispositions directement applicables dans ce domaine. Comme le nouveau droit doit rester en harmonie avec le système de valeurs des droits fondamentaux, le droit plus ancien déjà existant doit aussi s'aligner à ce système dans son contenu. »)
[796] V. par ex., BVerfG *NJW* 1997, 386 (387), cité par BRINKTRINE, Ralf, « The horizontal effect of human rights in German constitutional law », *E. H. R. L. R.* 2001, p. 421-432, spéc., p. 424.

dans les rapports privés. Par exemple, dans une affaire devant de la Cour fédérale du travail[797] en 1984 (donc après l'arrêt *Lüth*), un salarié d'une entreprise d'impression avait refusé d'imprimer un livre en raison de sa conviction personnelle. L'employeur l'a licencié. Le salarié demande sa réintégration. La Cour fédérale considère que le caractère « raisonnable » du licenciement doit être apprécié au regard de la liberté de conscience du salarié. L'employeur aurait pu affecter un autre salarié à la réalisation de cette tâche particulière. Il a par conséquent porté une atteinte disproportionnée et injustifiée au droit fondamental du salarié. M. Markesinis remarque qu'un tel raisonnement a été apprécié comme l'adoption du raisonnement de l'arrêt *Lüth* par la Cour fédérale de travail aux dépens de son ancienne jurisprudence de l'effet direct horizontal. Mais le même auteur reconnaît que « *more likely, however, it is an indication that the theoretical niceties between the two approaches are not that important since, in practice, the results are very similar* »[798].

367. Si l'on revient à notre échelle exposée ci-dessus, la solution des juges allemands, bien qu'elle fût d'abord influencée par la théorie de Dürig, se distingue toutefois de cette dernière. Car la prise en compte des droits fondamentaux est obligatoire. Cette solution se place même à un niveau au-dessus de celui défendu par le P^r^ Phillipson, car les droits fondamentaux sont appliqués avec une effectivité particulièrement grande. Cette position peut alors se rapprocher de l'effet produit par une règle obligatoire intervenant dans le champ du droit.

2. La solution en droit anglais

368. La jurisprudence anglaise est très instructive lorsque l'on prend une perspective rétrospective de longue durée.

369. L'étape marquante dans la construction de cette jurisprudence est assurément la décision de la *House of Lords* en 2004 - *Campbell v. Mirror Group Newspapers Ltd*[799]. En l'occurrence, le journal *Daily Mirror* a révélé le fait qu'un célèbre mannequin recevait des traitements pour l'addiction aux drogues. Le mannequin intenta une action contre le journal en se fondant sur la protection du *Common law* contre l'utilisation dommageable de l'information privée (*wrongful use of private information*) et l'article 8 de la Conv. EDH, repris par le *Human*

[797] BAGE 47, 363 (1984), cité par MARKESINIS, Basil S., « Privacy, freedom of expression, and the horizontal effect of the Human Rights Bill: lessons from Germany », *Law Q. Rev.*, 1999 (115), p. 47-88, spéc., p. 58.
[798] *Ibid.*, p. 58.
[799] *Campbell v MGN Ltd, House of Lords*, 6 May 2004, [2004] UKHL 22; v. MOREHAM, N. A., « Privacy in the common law: a doctrinal and theoretical analysis », *Law Q. Rev.*, 2005(121), pp. 628-656.

Rights Act. La *House of Lords* a retenu la responsabilité civile délictuelle du journal par un vote de trois à deux (Lady Hale, Lord Hope et Lord Carswell pour; Lord Nicholls et Lord Hoffmann contre). Or l'interprétation de cet arrêt est assez difficile, au point de donner lieu à des controverses encore aujourd'hui. Le vote serré ne résultait pourtant pas de la question de l'effet direct horizontal. Les juges étaient tous conscients de l'implication et de l'importance de cette question[800], et sont d'ailleurs unanimes sur le fait que la résolution du litige reste dans la recherche de l'équilibre entre le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression[801]. On pourrait déjà avoir l'impression qu'il s'agit d'une reconnaissance de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux. Toutefois, un examen plus détaillé est nécessaire.

En effet, Lady Hale semble rejeter l'effet direct horizontal en déclarant que « *[the Human Rights Act] does not create any new cause of action between private persons* ». (Campbell, §132) Comme M. Hunt le montre, la création de nouvelles causes d'action comme conséquence pratique de l'effet direct horizontal. Partant de ce rejet, le P^r^ Phillipson essaie d'analyser les éléments dans l'arrêt en faveur respectivement de la thèse de M. Hunt et de sa propre thèse[802]. Selon lui, Lord Nicholls semble tenir les droits fondamentaux comme des valeurs[803], alors que Lord Hoffmann paraît rejeter tout effet horizontal[804]. Toutefois, leurs propos deviennent beaucoup moins harmonieux avec l'opinion du P^r^ Phillipson, lorsque Lord Nicholls et Lord Hoffmann appliquent tous les deux les droits fondamentaux au litige sans se soucier d'une éventuelle modification du *Common Law*. A la lecture de l'arrêt, nous pensons que Lord Nicholls n'entend pas le mot « valeur » de la même manière que le P^r^ Phillipson. Si pour ce dernier la valeur signifie plutôt une norme qui a un certain poids et qui ne permet pas de décider de manière conclusive un litige, la « valeur » chez Lord Nicholls n'est que le contenu des normes, pris isolément du texte qui l'inscrit (qu'il soit la Conv. EDH, la Charte des droits

---

[800] §§ 17, 36, 49, et surtout 123 de la décision où Lady Hale déclare clairement que « *this case raises some big questions. How is the balance to be struck between everyone's right to respect for their private and family life under article 8 of the European Convention on Human Rights and everyone's right to freedom of expression, including the freedom to receive and impart information and ideas under article 10?* How do those rights come into play in a dispute between two private persons? » (Nous soulignons.)

[801] §36, Lord Hoffmann: « *But the importance of this case lies in the statements of general principle on the way in which the law should strike a balance between the right to privacy and the right to freedom of expression, on which the House is unanimous.* »

[802] PHILLIPSON, Gavin, « Clarity postponed: horizontal effect after Campbell », *in* FENWICK, Helen, Gavin PHILLIPSON et Roger MASTERMAN (éd.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act,* CUP, 2007, pp. 143-173.

[803] *Campbell*, §17 : « *The time has come to recognise that the values enshrined in articles 8 and 10 are now part of the cause of action for breach of confidence.* »

[804] *Campbell*, §49 : « *Even now that the equivalent of article 8 has been enacted as part of English law, it is not directly concerned with the protection of privacy against private persons or corporations. It is, by virtue of section 6 of the 1998 Act, a guarantee of privacy only against public authorities.* »

fondamnetaux, ou le *Human Rights Act*, etc.). Par conséquent, si la Conv. EDH en tant qu'instrument juridique n'oblige que les Etats signataires, et si le *Human Rights Act* ne lie que les autorités publiques, dans la mesure où leurs valeurs s'imposent toutefois dans les rapports publics et privés, leurs contenus sont applicables dans les rapports privés[805]. De son côté, Lord Hoffmann considère tout simplement que la législation sur les droits fondamentaux a simplement identifié des intérêts à protéger. Il déclare ensuite qu'il n'y a aucune raison logique d'assurer une protection moindre de ces intérêts face à d'autres individus. Il s'agit alors d'une application horizontale des droits fondamentaux par la propre initiative du juge qui est guidé par la raison[806].

370. Quant à la majorité, il y a une certaine faveur pour la thèse de M. Hunt, car Lady Hale et Lord Hope ont tous souligné l'obligation des juges de décider l'affaire en conformité avec les droits fondamentaux en cause lorsqu'une cause d'action existe déjà dans le *Common Law*[807]. Toutefois, la dénégation par Lady Hale de l'effet direct horizontal semble remise en cause aujourd'hui. Car avec le recul, on s'aperçoit que les juges ont en effet créé une nouvelle cause d'action dans le *Common Law* sur la vie privée: la cause d'action traditionnelle est la violation de la « *confidence* ». L'accent était surtout mis sur les circonstances dans lesquelles l'information est obtenue. La cause retenue par les juges dans la présente affaire semble plutôt être le caractère privé de l'information qui privilégie le contenu matériel de l'information[808].

371. La position des juges paraît décidément trop ambiguë. Toutefois, cette ambiguïté ne semble pas gêner la pratique, car les juges, comme dans l'affaire *Campbell*, sont tous d'accord sur la nécessaire mise en balance des intérêts dont ceux protégés par les droits fondamentaux. Si l'on se réfère à d'autres systèmes juridiques, notamment les systèmes canadien et sud-africain[809], on peut s'apercevoir que si les juges rejettent l'effet direct horizontal des droits fondamentaux en vertu de leurs textes juridiques respectifs, ils admettent tous que les cours ont l'obligation de « développer » (soit interpréter, soit innover comme dans le cas du

---

[805] *Campbell*, §18 : « *In reaching this conclusion it is not necessary to pursue the controversial question whether the European Convention itself has this wider effect. Nor is it necessary to decide whether the duty imposed on courts by section 6 of the Human Rights Act 1998 extends to questions of substantive law as distinct from questions of practice and procedure. It is sufficient to recognise that the values underlying articles 8 and 10 are not confined to disputes between individuals and public authorities.* »
[806] *Campbell*, §50.
[807] *Campbell*, §114 et §132.
[808] BENNETT, Thomas D.C., « Horizontality's new horizons - re-examining horizontal effect: privacy, defamation and the Human Rights Act: Part 1 », *Entertainment Law Review*, 2010, 21(3), pp. 96-104.
[809] HUNT, Murray, « The 'Horizontal Effect' (…) », *op. cit.*, pp.430-434.

Common Law) le droit existant en conformité avec les droits fondamentaux. La manière concrète de le « développer » n'est autre que la recherche de l'équilibre entre intérêts protégés par les droits fondamentaux avec ceux invoqués par l'autre partie, qui peuvent être intérêt général, intérêt également protégé par un droit fondamental, ou intérêt privé protégé par une disposition légale. Les débats subtils n'ont sans doute pas eu l'importance qu'ils auraient souhaité avoir. La question de l'effet direct horizontal devient alors le plus souvent procédurale. Si une cour, comme la Cour EDH, ne peut connaître que des requêtes des individus contre un Etat, les juges peuvent alors reconnaître au plus un effet horizontal indirect. Si une cour peut connaître des litiges entre particuliers, les juges, quelle que soit leur argumentation rhétorique, font produire un effet direct horizontal aux droits fondamentaux. C'est d'ailleurs le cas du juge français qui n'a pas connu toutes ces controverses doctrinales et qui applique sans complexe les droits garantis par la Conv. EDH dans les litiges privés qui lui sont soumis. Dès lors, nous avons l'intention de proposer la solution suivante : après avoir concrétisé la norme, chaque fois que le juge est en mesure de donner un effet direct horizontal aux droits fondamentaux, il doit le faire en vertu de son obligation d'agir en conformité avec les droits fondamentaux. Le degré « horizontal » du rapport, qui est pris en compte également de manière concrète et qui signifie l'importance de l'autonomie privée dans le cas concret, n'est finalement qu'une circonstance concrète pour le juge dans sa recherche du meilleur équilibre des intérêts en cause. Avec tous ces renseignements tirés du droit comparé, nous pouvons certainement revenir à l'examen du droit de l'UE.

§3. La reconnaissance souhaitable de la garantie des droits (sociaux) fondamentaux dans les relations privées

372. Après avoir examiné les arguments en faveur de la reconnaissance de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux en droit de l'UE (A), nous en esquisserons quelques conséquences (B).

A. La reconnaissance souhaitable de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux

373. Nous rappelons d'abord brièvement la raison substantielle de cette reconnaissance : les droits fondamentaux protègent les intérêts d'un individu contre toute atteinte, qu'elle soit d'origine publique ou privée. L'autonomie privée ne doit pas être comprise comme un rempart

érigé contre les droits fondamentaux, mais un droit parmi eux (issue de la liberté générale) qui peut contribuer à la recherche de l'équilibre dans la décision judiciaire. La limite de cette application horizontale ne peut qu'être procédurale. Cette reconnaissance générale vise non seulement à éviter des distinctions trop subtiles qui pourraient, elles, menacer la sécurité juridique, mais surtout à garantir les droits des personnes au-delà d'une séparation entre public et privé qui pourrait être arbitraire en droit positif. La fondamentalité de ces droits dans l'ordre juridique d'autant plus une telle reconnaissance.

Maintenant, nous étudierons les raisons spécifiques au droit de l'UE qui favorisent la reconnaissance de l'effet direct horizontal. Nous proposons une raison technique (1) et une raison pratique (2).

1. La raison technique

374. Si la préservation de l'autonomie privée est la principale objection à l'effet direct horizontal des droits fondamentaux, cette objection deviendrait de toute façon plus faible en droit de l'UE puisque l'application de ces droits connaît déjà la limitation par le champ d'application du droit de l'UE. Lorsque l'on interprète l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux, si notre attention est entièrement tournée vers les destinataires expressément mentionnés, nous serions en effet tentés de conclure à l'absence d'effet direct horizontal de ces droits, comme le soutient le P[r] Seifert[810]. En revanche, si l'on prête attention à la condition de la « mise en œuvre » du droit de l'UE comme limitation du champ d'application de ces droits, on pourrait penser que la menace pour l'autonomie privée est relativement moins grande. Pour reprendre l'échelle d'effectivité que nous avons utilisée plus haut, l'effet direct horizontal des droits fondamentaux en droit de l'UE correspond donc plutôt à l'application « à tout droit » de M. Hunt.

2. La raison pragmatique

375. La raison « pragmatique » concerne la cohérence et la clarté du droit de l'UE et constitue à nos yeux la raison la plus décisive. Dans le contexte de l'UE, cette cohérence implique plusieurs exigences :

[810] SEIFERT, Achim, «L'effet horizontal des droits fondamentaux (…) », *op. cit.*, p. 824 et s.

Tout d'abord, la CJUE ne devrait pas dissocier l'effectivité des principes généraux du droit de celle des droits fondamentaux. Or, nous avons vu que, quelle que soit la nuance dans différents arrêts de la Cour, le principe général de non-discrimination fondé sur l'âge produit bien des droits subjectifs même dans les relations privées. Sauf à abandonner cette jurisprudence désormais bien établie, nous pensons qu'il faudrait alors adopter la même solution pour les droits fondamentaux. Concrètement, l'article 21 de la Charte doit pouvoir produire lui aussi un effet direct horizontal.

Ensuite, la reconnaissance de l'effet direct horizontal aux principes généraux du droit (et des droits fondamentaux) est elle-même cohérente avec la doctrine de base de la Cour en matière d'effet direct. En effet, sur le fondement de l'impérativité générale, une norme contraignante doit produire ses effets à l'égard de tous, dès lors qu'elle en est capable et que cela n'est pas exclu explicitement par un texte. Par conséquent, les principes généraux de droit ont bien l'effet direct, aussi bien vertical qu'horizontal. De même, le fondement de l'importance particulière est tout aussi favorable à la reconnaissance de l'effet direct horizontal des principes généraux et des droits fondamentaux, car ils sont précisément fondamentaux pour l'ordre juridique de l'UE. De plus, la solution contraire mettrait la Cour en contradiction avec sa solution à l'égard des libertés économiques, car ils ont le même niveau de généralité, le même rang normatif et souvent le même statut de « dispositions se trouvant au fondement de l'UE ».

Enfin, en raison de la considération précédente, on voit clairement que la reconnaissance de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux peut être l'occasion même pour le renouveau de la doctrine de base. Si la Cour de justice choisissait de nier leur effet horizontal, il serait tout à fait prévisible que la Cour tenterait par la suite de contourner cette solution par la théorie de l'effet utile, car la distinction entre public et privé en droit national peut toujours être considérée comme arbitraire. Cela rendrait alors sa jurisprudence au moins aussi complexe que celle pour les directives à l'heure actuelle, ce qui nuirait gravement à la clarté du droit de l'UE.

376. En somme, la reconnaissance de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux et des principes généraux du droit par la Cour de justice correspondrait à la nature même des droits fondamentaux, ne porterait pas une atteinte excessive à l'autonomie privée, renouvellerait les fondements traditionnels de l'effet direct des dispositions de l'UE et éviterait une complexité technique déconcertante. Avec cette reconnaissance, la jurisprudence *Mangold/Kücükdeveci* serait non seulement consolidée, mais encore clarifiée, car l'on ne tomberait pas dans la

confusion entre le contenu d'une directive et celui du droit fondamental dans le même domaine. Une telle position pourrait susciter des inquiétudes, car elle préconise la maximisation de l'effet des droits fondamentaux. Mais c'est bien la meilleure solution qui nous est apparue au vu des arguments étudiés dans cette section. Qui plus est, nous arrivons à terme de cet examen à confirmer l'hypothèse que nous avons posée dans le premier titre, à savoir la définition du principe et du droit fondamental comme une exigence de la construction optimale de la personnalité. Mais pour être totalement rassurés, nous pouvons encore rappeler deux considérations : d'une part, tous les droits fondamentaux n'ont pas nécessairement à s'appliquer dans les relations privées. Comme nous l'avons dit dans le premier titre, la concrétisation va finalement concerner chaque droit fondamental en particulier. Dans la section suivante, nous allons en effet entrer dans l'analyse concrète des droits sociaux. D'autre part, les conséquences ne sont pas entièrement imprévisibles. Arrêtons-nous pour l'instant sur cette dernière question.

B. D'éventuelles conséquences de la concrétisation du rapport « horizontal »

377. Deux conséquences sont sans doute imaginables : d'une part, la privatisation du principe de proportionnalité (1) et d'autre part l'émergence des devoirs des individus (2).

1. La « privatisation » du principe de proportionnalité

378. La méthode clé dans la recherche de l'équilibre des intérêts est le principe de proportionnalité: une limitation d'un droit fondamental en vue de protéger d'autres intérêts n'est justifiée que si elle est nécessaire, appropriée et proportionnelle au but recherché. L'application horizontale des droits fondamentaux conduira à l'examen de proportionnalité entre intérêts privés en cause. Selon les P^rs^ Jean-Pierre Marguénaud et Jean Mouly, cette proportionnalité « privatisée » devrait se distinguer de la proportionnalité classique qui met en balance intérêts publics et intérêts[811], puisqu'un individu ne dispose des mêmes pouvoirs exorbitants de l'Etat. En effet, il serait erroné de considérer qu'un syndicaliste aurait le même pouvoir que l'Etat pour porter atteinte à la réputation de l'employeur. Toutefois, il n'est pas impossible d'imaginer que des médias privés dont le mécanisme d'information égalerait celui de l'Etat puissent ruiner encore plus facilement la réputation de quiconque. Le juge devra donc apprécier concrètement les intérêts en jeu dans chaque cas. Il s'agit donc moins d'un changement qualitatif du principe

[811] MARGUENAUD, Jean-Pierre, et Jean MOULY, « Les droits de l'homme salarié dans l'entreprise identitaire », *D*. 2011, pp. 1637-1642.

de proportionnalité que d'une application plus adaptée aux situations réelles, ce qui devrait par ailleurs déjà être contenu dans le principe de proportionnalité.

379. Le Pr Gusy propose aussi une analyse intéressante de cette modification du principe de proportionnalité qui se situe par ailleurs plus au plan qualitatif. Selon lui[812], dans le cas d'une atteinte portée par l'Etat aux personnes privées, il existe un présupposé constitutionnel qui est la protection des droits fondamentaux des personnes. Par conséquent, le contrôle de proportionnalité présente la structure de « principe-exception », le droit fondamental étant le principe et l'atteinte publique l'exception. En revanche, dans les relations entre personnes privées, il s'agit alors d'une mise en balance des droits fondamentaux qui ne peut se résumer à une structure de « principe-exception ». Globalement exacte, elle ne doit toutefois pas être rendue absolue à notre avis. En effet, il est tout à fait exact de penser que l'Etat dispose d'un pouvoir normatif (le pouvoir judiciaire en fait partie !) qui n'est pas toujours à la portée des personnes privées et d'un pouvoir factuel souvent plus grand que celui de ces dernières en raison du monopole de la contrainte légitime. Néanmoins, nous avons déjà vu que certaines organisations privées (comme l'Union cycliste internationale dans l'arrêt *Walrave et Koch*) peuvent former un ordre juridique sous-étatique qui dispose alors aussi d'un pouvoir normatif ressemblant à celui de l'Etat. De même, à l'ère de la globalisation, les entreprises multinationales ne sont pas non plus nécessairement plus faibles que certains Etats sur le plan factuel. De plus, un auteur a remarqué à juste titre « l'inévitable interférence des intérêts privés et de l'intérêt général »[813]. L'exemple typique est la liberté d'expression de la presse et des médias qui assure également l'information du public. Par conséquent, si l'on reconnaît l'effet direct horizontal des droits fondamentaux, il n'y aurait pas un autre type fondamentalement différent de contrôle de proportionnalité. Ce dont on a besoin, c'est surtout une application plus équilibrée du principe de proportionnalité. La méthode concrétiste doit rester l'ultime référence dans cette application. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point[814].

2. L'émergence des devoirs individuels

[812] GUSY, Christoph, « Grundrechtsbindungen Privater », *op. cit.*, pp. 14-16.
[813] MOUTEL, Béatrice, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français*, thèse à l'Université de Limoges, sous la direction de Jean-Pierre Marguénaud, 2006, p. 172 et s.
[814] V. infra, n° 586 et s.

380. Avec l'analyse de Hohfeld[815], nous avons vu que le droit au sens strict correspond nécessairement à un devoir. Dès lors, l'effet direct horizontal des droits fondamentaux fait aussi craindre une transformation des droits en devoirs, qui limite l'exercice des droits fondamentaux dans tous les types de rapports.

381. En raison des expériences dans les régimes totalitaires du 20e siècle, la notion de « devoirs de l'homme » devient en quelque sorte un instrument des pouvoirs politiques qui veulent déconstruire la liberté individuelle[816]. Toutefois, si l'instrumentalisation de la notion de « devoirs » est à rejeter, la mise à l'écart de « devoirs » conduira certainement à un individualisme exacerbé[817]. C'est pourquoi l'on voit dans des textes juridiques après la Seconde Guerre mondiale eux-mêmes la prise en compte des devoirs. Par exemple, l'article 10 §2 de la Conv. EDH énonce l'exercice de la liberté d'expression comme « comportant des devoirs et des responsabilités »; l'article 29 §1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame que « [l]'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible. » Il est remarquable que des décennies après ces deux textes fondateurs, la Charte des droits fondamentaux a également repris l'idée de devoir et énonce dans son préambule que « [l]a jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures. » On pourrait presque utiliser ces énoncés comme des données linguistiques favorisant la reconnaissance de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux. En tout cas, il était donc bien présent dans l'esprit des auteurs de la Charte.

Outre le fait que l'idée de devoir est indissociable de l'idée de droit, on peut ajouter que le devoir qui résulte de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux sera aussi déterminé par l'application du principe de proportionnalité. Par conséquent, le risque d'instrumentalisation des devoirs en faveur d'un pouvoir totalitaire ne peut se réaliser. Le devoir aura toujours pour fondement la protection d'un autre droit individuel. Autrement dit, le droit individuel est la prémisse du devoir individuel. Mme B. Moutel écrit dans le même sens que

---

[815] V. supra, n° 141.

[816] On cite souvent à cet égard l'article 59 de la Constitution de l'URSS de 1977 : « L'exercice des droits et libertés est inséparable de l'exécution de ses devoirs par le citoyen. Le citoyen de l'URSS est tenu de se conformer à la Constitution de l'URSS et aux lois soviétiques, de respecter les règles de la vie en société et de porter dignement le haut titre de Citoyen de l'URSS ». V. LEVINET, Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ-Nemesis-Anthemis, 2012, 4e éd., p. 68.

[817] V. déjà l'analyse de Simone Weil avant la deuxième Guerre mondiale, *L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Paris, Flammarion, 2014 (Première édition parue de manière posthume en 1949).

« [i]l s'agit de concilier les droits de chacun, sans qu'une prééminence quelconque ne soit visée »[818].

382. Partant de cette conséquence, on peut dire que l'idée de devoir issu de l'effet horizontal est finalement le reflet de l'exigence de solidarité entre les individus. De même que l'importance de l'Etat-garant pour la réalisation des droits fondamentaux, l'existence des devoirs réciproques montre que ces droits, bien qu'étant subjectifs, ne sont pas un pur instrument de l'individualisme philosophique en droit. Ils concernent certes avant tout leur bénéficiaire (sa volonté et ses intérêts), mais c'est un bénéficiaire mis en relation avec d'autres, ou tout simplement en société. L'écaille, si l'on ose dire ainsi, qui empêcherait de les voir ainsi est précisément le dogme de la pensée libérale utilitariste[819]. Partir de ce dogme pour conclure sur une critique de la nature individualiste des droits de l'homme ou des droits fondamentaux (pour ceux qui voudraient renouveler aujourd'hui la fameuse critique de Marx des droits de l' « Homme bourgeois ») deviendrait alors une tautologie. A cet égard, pour rendre notre propre analyse concrète, nous allons nous intéresser maintenant précisément aux droits sociaux fondamentaux, souvent appelés aussi « droits de solidarité ».

Section 2 : La concrétisation spécifique des droits de « solidarité »

383. En reprenant l'intitulé du chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux, nous ne voulons cependant pas limiter notre enquête aux seuls droits qui y sont énoncés. Comme nous l'avons dit dans l'introduction de ce chapitre, la solidarité est historiquement liée à la recherche de la justice sociale, dessinant « une troisième voie entre l'individualisme libéral et le socialisme collectiviste, la voie d'une démocratie non moins sociale que libérale »[820]. Les droits fondamentaux de « solidarité » incarnent précisément cette tentative en tentant de garantir la base sociale de la liberté. Il est donc intéressant d'examiner ici les droits qui peuvent relever de cette recherche de la justice sociale et leur effectivité.

384. A cet égard, le cadre analytique proposé par le P[r] Alain Supiot nous semble être d'un grand secours, car il dépasse la traditionnelle distinction entre justice dans la redistribution

[818] MOUTEL, Béatrice, *L'effet horizontal* (…), *op. cit.*, p. 425.
[819] Il n'est bien sûr pas le lieu ici pour engager une discussion approfondie sur cette question. V. par exemple, ELSTER, Jon, *Le désintéressement*, Paris, Seuil, 2009.
[820] BLAIS, Marie-Claude, *La solidarité. Histoire d'une idée*, *op. cit.*, p. 13.

des biens et dans la reconnaissance des personnes (ou justices distributive et recognitive). Selon lui, « focalisés sur la dichotomie de l'avoir et de l'être, [les débats contemporains sur la justice sociale] ont en revanche maintenu dans l'ombre une troisième dimension de la justice sociale – celle de l'agir – pourtant présente dans la Déclaration de Philadelphie qui compte au nombre des droits fondamentaux des travailleurs celui d'avoir "la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer au bien-être commun". »[821] Nous étudierons donc l'effectivité de ces droits relatifs à l'être, à l'avoir et à l'agir des personnes, en distinguant ceux qui peuvent imposer un devoir aux personnes privées (§1) et ceux qui s'adressent avant tout aux pouvoirs publics (§2).

§1. Les droits de « solidarité » pouvant imposer un devoir aux personnes privées

385. Dans cette catégorie, nous trouvons notamment les droits liés à la reconnaissance sociale (A) et à l'action commune (B).

A. Les droits en matière de reconnaissance sociale

386. Mise à part la critique que l'on pourrait émettre à l'encontre des « paradoxes de la société capitaliste », à savoir, « le fait étrange que bien des progrès normatifs des décennies passées se sont transformées en leur contraire, en une culture de désolidarisation (…) »[822], l'interdiction des discriminations reste en effet au cœur de ces progrès normatifs sur le plan juridique[823]. La discrimination, telle que son sens littéral nous l'indique, est un facteur de distinction, sinon de division. La lutte contre les discriminations fondées sur des motifs illégaux contribue donc à atteindre la justice sociale recognitive.

Au sein de cette justice recognitive, le P^r^ Supiot distingue encore trois types de pratiques juridiques : un premier type qui consiste à interdire la prise en considération de l'appartenance réelle ou supposée d'un individu à une catégorie de la population ; un deuxième type qui consiste à faciliter l'expression d'une appartenance culturelle (qui peut conduire vers le multiculturalisme) ; et enfin un troisième type qui consiste à flexibiliser l'état des personnes en

---

[821] SUPIOT, Alain, « L'idée de justice sociale », *in* BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, éd. Pedone, 2013, pp. 5-30, spéc., p. 11.
[822] HARTMANN, Martin, et Axel HONNETH, « Les paradoxes du capitalisme : un programme de recherche », *in* HONNETH, Axel, *La société du mépris*, édition établie par O. Voirol, Paris, La Découverte, 2006, pp. 275-303, spéc., p. 276.
[823] *Ibid.*, p. 280.

les autorisant à choisir leur identité (comme la dérégulation en matière d'état civil ou d'homoparentalité)[824]. A notre avis, les droits sociaux fondamentaux relatifs à la première catégorie se sont largement développés dans l'UE[825] avec un effet direct horizontal (1), alors que la deuxième catégorie ne reçoit qu'une faible effectivité, bien que l'on trouve des droits fondamentaux qui leur correspondent (2). Quant à la dernière catégorie, étant donné que l'UE ne possède pas la compétence nécessaire en matière familiale et d'état civil, la question ne se pose que de manière indirecte et ne sera donc pas développée ici[826].

1. L'interdiction des discriminations fondées sur l'appartenance à une catégorie de la population

387. Nous avons déjà longuement étudié cette question avec la non-discrimination pour les motifs de sexe et d'âge. La Cour de justice a bien reconnu leur effet direct horizontal. Ces droits correspondent notamment aux articles 20, 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux.

Le problème d'aujourd'hui reste plutôt la limitation de l'effet direct horizontal des discriminations pour ces deux motifs seuls (sans compter bien sûr la nationalité qui relève plutôt de la construction du marché commun). L'article 21 mentionne bien d'autres motifs comme « la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, (…) ou l'orientation sexuelle ». En effet, depuis la création de l'article 13 du TCE (art. 19, TFUE) par le Traité d'Amsterdam, le champ de la non-discrimination se trouve remarquablement élargi et se rapproche la Conv. EDH[827]. A part le motif, toutes ces discriminations présentent toutefois la même structure et sont donc bien « capables de produire un effet direct horizontal ». D'après les conclusions de

[824] SUPIOT, Alain, « L'idée de justice sociale », *op. cit.*, pp. 21-23.
[825] V. aussi, SARMIENTO, Daniel, « La justice sociale dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE », *in* BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pp. 33-59. L'auteur comprend aussi essentiellement la justice sociale dans l'UE par l'interdiction de discriminer certaines catégories de personnes.
[826] Par « indirect », nous voulons dire que la question pourrait apparaître dans le contexte de la libre circulation des personnes (comme dans les arrêts suivants : CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02 ; CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, v. PATAUT, Etienne, « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTD eur.* 2011, pp. 571-576) ou bien en combinaison avec d'autres types d'interdiction de discrimination (par exemple la personne transsexuelle peut être protégée par l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe. V. CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S.*, C-13/94 ; CJCE, 7 janvier 2004, *KB*, C-117/01, *RTD civ.* 2004, n. J.-P. Marguénaud et J. Raynard). La question de l'effectivité redevient alors celle de la libre circulation et de la non-discrimination fondée sur le sexe.
[827] Pour une étude spéciale, v. DUBOUT, Edouard, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, préface de Laurence Burgorgue-Larsen, Bruylant, 2006, spéc., p. 61 et s.

la section précédente, la Cour de justice doit reconnaître cet effet, d'autant plus qu'elle l'a déjà fait pour deux motifs cités par l'article 21.

2. L'effectivité éventuellement plus faible des droits favorisant l'expression publique des minorités

388. Sans être « multiculturaliste » au sens philosophique du terme, « l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique », déclare ainsi l'article 22 de la Charte. Soit dit au passage : cet article paraît difficilement concrétisable (et de fait peu concrétisé) au niveau de l'UE, non pas parce que les Explications en ont fait un « principe » au sens de la Charte, mais plutôt parce que l'action de l'UE porte encore très peu sur le domaine culturel. Selon l'article 6 du TFUE, l'UE ne dispose en effet que d'une compétence « d'appui, de coordination et de complément » en matière culturelle. La seule exigence normative (en dehors du domaine de non-discrimination) concevable nous paraît être l'obligation de l'UE de ne pas concourir à la disparition d'une culture minoritaire. Les prescriptions venant de l'UE restent donc faibles pour les Etats membres, *a fortiori* pour les personnes privées.

Plus proche du domaine social, les articles 25 et 26 de la Charte favorisent l'intégration des personnes âgées et handicapées. Nous avons déjà évoqué l'article 26 à propos des personnes handicapées, qui doit être considéré comme un « principe » au sens de la Charte en raison des Explications sans ambiguïté sur ce point. De plus, l'UE reste encore à une étape où les actions en faveur des personnes handicapées se traduisent principalement par des mesures politiques temporaires, sans devenir des exigences juridiques[828]. Depuis 2003, la Commission utilise régulièrement des programmes spécifiques d'action pluriannuels. Le premier programme[829] couvrant la période 2004-2010 se donnait pour objectifs une meilleure application de la directive 2000/78, une intégration plus grande des questions du handicap et la promotion de l'accessibilité. La Commission renouvelle son programme et poursuit les objectifs dans un champ plus vaste constitué de 8 domaines[830]. Ce nouveau programme est intégré dans la Stratégie Europe 2020 et répond à un engagement international de l'UE. En effet, l'UE a conclu la Convention des Nations unies sur les droits des personnes handicapées le 23 décembre 2010

[828] Sur cette question, v. LAURENT, Sylvain, « Discrimination: le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Dr. soc.* 2008, n°5, pp. 586-598.
[829] COM(2003) 650 final.
[830] COM(2010) 636 final. Il s'agit de l'accessibilité, de la participation, de l'égalité, de l'emploi, de l'éducation et la formation, de la protection sociale, de la santé et de l'action extérieure.

et devient la première organisation internationale qui est une partie à cette convention[831]. On pourrait sans doute attendre qu'un jour le droit devienne suffisamment concrétisable et que, par conséquent, la qualification posée par les Explications devienne alors une présomption pouvant être renversée.

389. Le cas des personnes âgées est quelque peu différent. D'une part, les Explications n'ont pas considéré l'article 25 comme un principe ; d'autre part, l'UE a agi sur le plan juridique en faveur des personnes âgées en dehors du seul domaine de non-discrimination. On peut citer par exemple la directive 2003/41 du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle. Bien que très axée sur le marché intérieur, son considérant 5 mentionne néanmoins la nécessité de préserver une « protection sociale sûre, durable et efficace, qui doit garantir aux personnes âgées un niveau de vie décent et devrait, dès lors, se trouver au cœur de l'objectif de renforcement du modèle social européen ». On pourrait dès lors songer à un droit des retraités bénéficiaires à l'information et à la transparence de ces institutions, prévu aussi à l'article 11 de la directive. Mais il reste que, comme pour le cas des personnes handicapées, ces exigences normatives demeurent encore bien faibles.

En somme, on peut dire que l'effectivité des droits sociaux relatifs à la justice recognitive peut et doit atteindre un haut niveau lorsqu'il s'agit de la prohibition de la discrimination, alors que l'effet direct horizontal est plus difficile à construire à propos de l'amélioration de la participation des minorités à la vie sociale et professionnelle.

B. Les droits en matière d'agir commun

390. En effet, « [l]a scène juridique ne se laisse pas réduire à la dichotomie des personnes et des choses, mais fait aussi place à l'action »[832]. L'action commune est même au cœur de la solidarité en droit social, en faisant exister la communauté de travail. Plus précisément, cette action commune peut se rencontrer surtout dans deux domaines : l'organisation collective des travailleurs (1) et la division du travail (2).

1. Les droits sociaux fondamentaux relatifs à l'agir collectif

[831] V. *RTD eur.* 2011, n°1, p. 147; voir aussi Décision 2010/48/CE du Conseil du 26 novembre 2009.
[832] SUPIOT, Alain, « L'idée de justice sociale », *op. cit.*, p. 25.

391. On retrouve ici naturellement le triptyque constitué par la liberté syndicale, le droit de négociation collective et le droit d'action collective (au sens étroit). Indispensable pour la défense des intérêts collectifs à tous les niveaux de l'organisation du travail, ces droits s'imposent d'abord à des personnes privées, employeurs ou groupements d'employeurs. Ces trois droits sont reconnus respectivement par les articles 12 et 28 de la Charte et nous avons déjà vu que, avant même l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour de justice avait déjà reconnu leur effet direct horizontal dans sa jurisprudence sous une certaine influence de la Cour européenne des droits de l'homme [833]. Toutefois, leur développement sur la scène européenne semble nécessiter encore des efforts.

392. Sans évoquer pour l'instant leur soumission aux libertés économiques dans le contrôle de proportionnalité, on peut prêter attention à la question de l'autonomie collective. L'une des voies de « l'émergence du collectif à la surface du droit »[834], son statut en droit de l'UE reste encore principalement pensé à partir de la simple liberté contractuelle et non pas du droit de négociation collective des partenaires sociaux, autrement dit, la « capacité originaire » et collective à produire des normes communes[835]. Dans l'arrêt *UEAPME*[836] du Tribunal de première instance par exemple, était en cause l'adoption de la directive 96/34 relative au congé parental (désormais la directive 2010/18) qui fut d'abord adoptée comme accord-cadre par les partenaires sociaux européens en vertu de l'accord sur la politique de l'emploi du 31 octobre 1991 annexé au Traité de Maastricht. Mais de nombreuses organisations syndicales et patronales furent exclues des négociations. Pour apprécier la question de leur représentativité et surtout de leur droit de négocier, le Tribunal ne retint que la « reconnaissance mutuelle » des participants. Autrement dit, le dialogue n'a lieu qu'entre les partenaires sociaux « qui acceptent de négocier les uns avec les autres » (§76). Même si cet arrêt fut prononcé avant la reconnaissance par la CJCE de l'effet direct horizontal du droit de négociation collective, une telle interprétation axée sur la simple liberté contractuelle ne semble pas protéger suffisamment le droit de négociation de certains travailleurs, qui a toutefois un effet direct horizontal[837].

---

[833] CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05.
[834] SUPIOT, Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, 3e éd. « Quadrige », p. 137.
[835] VIGNEAU, Christophe, « Etude sur l'autonomie collective communautaire », *RTD eur.* 2002, pp. 653-683, spéc., p. 655.
[836] TPI CE, 17 juin 1998, *UEAPME*, T-135/96, *Dr. soc.* 1999, p. 53, n. M.-A. Moreau.
[837] L'autonomie collective est aussi mise à mal par la préférence des institutions de l'UE pour la flexibilisation du travail, pour une analyse dans ce sens, v. SCHMITT, Mélanie, *L'autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, avant-propos d'Alain Supiot, préface de Francis Meyer et René de Quenaudon, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

2. Les droits sociaux fondamentaux en faveur d'une juste division du travail

393. Il s'agit en effet de renforcer la « capacité d'agir » des travailleurs dans des modes d'organisation du travail toujours plus nouveau[838]. Cette « capacité professionnelle »[839] ou « compétence »[840] est avant tout assurée par la formation professionnelle, qui est aussi un droit fondamental proclamé par la Charte (art. 14 §1). Par ailleurs, en raison de son lien étroit avec la libre circulation des travailleurs, la formation professionnelle fait partie d'une politique assez engagée de la part de l'UE[841].

Toutefois, il est vrai que les principales actions de l'UE à ce jour restent encore limitées à la réglementation des aides à la formation (avec le règlement 68/2001, remplacé désormais par le règlement 800/2008) et la promotion de la coopération entre les Etats membres (par le « processus de Copenhague » depuis novembre 2002). En d'autres termes, l'effectivité du droit à la formation professionnelle dépend essentiellement de l'action étatique. On peut néanmoins penser que ce droit « à haut potentiel » pourrait s'exercer aussi dans les relations privées lorsqu'il est question de préserver les conditions pour l'exercice de ce droit, telles que l'aménagement du temps de travail, la protection des travailleurs qui font usage de ce droit, etc.

394. On pourrait ajouter ici que cette capacité d'agir suppose non seulement la compétence, mais aussi une certaine sécurité dans le travail : sécurité physique et mentale (la santé des travailleurs), mais aussi une certaine sécurité au travail (la protection contre le licenciement abusif). La Charte reconnaît aussi ces droits dans ses articles 30 et 31. En pratique c'est avant tout l'employeur qui peut porter atteinte à ces droits et nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'il serait très souhaitable que la Cour de justice modifie sa jurisprudence à l'égard du temps de travail maximum et du congé annuel payé, en donnant clairement à ces dispositions un effet direct horizontal.

---

[838] SUPIOT, Alain, « L'idée de justice sociale », *op. cit.*, p. 27.
[839] V. SUPIOT, Alain, « En guise de conclusion : la capacité, une notion à haut potentiel », *in* DEAKIN, Simon, et Alain SUPIOT (dir.), *Capacitas. Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 161-171, spéc., p. 164.
[840] V. par ex., ZARIFIAN, Philippe, *Le travail et la compétence : entre puissance et contrôle*, PUF, 2009.
[841] V. l'article 166 du TFUE.

§2. Les droits de solidarité imposant des devoirs principalement aux pouvoirs publics

395. Dans cette catégorie, nous retrouvons notamment les droits sociaux relatifs à la justice redistributive. Ces fonctions étant assurées par l'Etat social[842], les droits sociaux fondamentaux dans ce domaine supposent en particulier les institutions publiques de solidarité et s'adressent donc principalement à l'Etat. La Charte déclare notamment le droit d'accès aux services d'intérêt économique général (SIEG) (A), le droit aux services gratuits de placement (B) et le droit d'accès à la sécurité sociale (C). Outre le fait qu'ils exigent tous clairement des institutions publiques et posent des obligations positives à l'Etat, ces droits sociaux partagent le fait d'être mis au défi d'une concrétisation par la marchandisation. Autrement dit, ils peuvent être considérés comme de simples activités économiques et, partant, soumis aux règles du marché intérieur où « la concurrence est libre » (art. 119, TFUE). L'examen de ces droits fera alors paraître la nécessité d'avoir un principe de solidarité qui résiste tant bien que mal à cette marchandisation. Ce faisant, nous entrerons déjà dans l'aspect objectif des droits sociaux fondamentaux.

A. Le droit d'accès aux services d'intérêt économique général

396. Consacré par l'article 36 de la Charte, ce droit est qualifié de « principe » de la Charte par les Explications. Normalement, il ne devrait donc pas produire de droits subjectifs, même à l'égard des Etats. Une telle faible effectivité résulte sans doute de l'absence d'un consensus large au niveau de l'UE. Le nom de ces services, « services d'intérêt économique général » au lieu de « services sociaux d'intérêt général » ou « services d'intérêt général » tout court, en est certainement un indice (1) et son développement actuel très limité en est un autre (2).

1. Un service d'intérêt « économique »

397. En réalité, la question du service social d'intérêt général est bien présente et ancienne en droit de l'UE. La base juridique originelle est l'ancien article 86 du TCE (art. 90, Traité CEE, aujourd'hui art. 106 du TFUE)[843]. L'engouement pour ces services semble démarrer ensuite au début des années 2000. Outre l'article 36 de la Charte qui mentionne la promotion de « la cohésion sociale et territoriale de l'Union », les travaux sur la Constitution

[842] SUPIOT, Alain, « L'idée de justice sociale », *op. cit.*, p. 12 et s.
[843] Sur la base juridique actuelle, v. BRACQ, Stéphane, « Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général », *RTD eur.* 2011, n°3, pp. 517-536.

européenne[844] et sur la stratégie économique de l'UE ont également attiré l'attention sur les services d'intérêt général (SIG). Les services sociaux, envisagés comme une sous-catégorie des SIG[845], en ont donc bénéficié. Ainsi la Commission européenne a-t-elle publié successivement plusieurs documents à l'égard des services sociaux[846]. Le Traité de Lisbonne a pourtant reconnu seulement les SIEG, même si le protocole n°26 mentionne explicitement à son article 2 les « services non économiques d'intérêt général »[847]. Ces services peuvent néanmoins concerner le domaine social. Comme le remarque un auteur, « *[t]he Commission and the [European Court of Justice] use an extensive interpretation of what is "economic": most "social" services of general interest are also considered 'economic' in nature* »[848].

398. En effet, si les Etats membres sont assez libres de définir l'intérêt général, la définition du caractère économique l'est beaucoup moins. La CJUE admet facilement une mission d'intérêt général. Sont reconnus comme d'intérêt général « le maintien de l'ordre social, les objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection de la bonne administration de la justice, (…) [la garantie d']un niveau élevé d'éducation »[849], etc. Toutefois, quand il s'agit de qualifier la nature de l'activité, on peut noter « l'analyse comparative » faite par la Cour. Selon elle, « [i]l y a entreprise exerçant une activité économique sur un marché dès lors que l'activité est susceptible d'être exercée par une entreprise privée dans un but lucratif »[850]. Cette analyse a introduit une certaine incohérence dans sa jurisprudence : d'un côté, les services de transport d'urgence par ambulance sont qualifiés d'activité économique[851]; de l'autre, les études suivies dans le cadre de l'éducation nationale sont déclarées comme des services non économiques[852], alors que la formation offerte

---

[844] CONV 498/03, 21 janv. 2003, demande conjointe de la France et de la Belgique présentée par Louis MICHEL et Pascale ANDREANI; voir aussi le rapport final du Groupe XI.
[845] DRIGUEZ, Laetitia et Stéphane RODRIGUES, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *AJDA*, 2008, pp. 191-197, spéc., p. 191.
[846] Par ex., COM (2003) 270 final du 21 mai 2003; COM (2004) 374 final du 12 mai 2004; COM (2006) 177 final du 26 avril 2006; COM (2007) 725 final du 20 novembre 2007, etc.
[847] Certes, il s'agit plutôt de rappeler plutôt la compétence des Etats membres en matière de ces services non économiques.
[848] JACOBS, Antoine, « Services of general interest and the Treaty of Lisbon », *in* BRUUN, Niklas, Klaus LÖRCHER et Isabelle SCHÖMANN, *The Lisbon Treaty and Social Europe,* Hart Publishing, 2012, pp. 277-302, spéc. p. 290.
[849] HENRY, Joël et Michel CHAUVIERE, « Quel statut pour les services sociaux dans l'UE? Arguments pour des services sociaux non économiques d'intérêt général », *RDSS* 2011, pp. 1043-1058.
[850] DRIGUEZ, Laetitia, et Stéphane RODRIGUES, « Services sociaux (…) », *op. cit.*, p. 193.
[851] CJCE, 25 novembre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, C-475/99, *RTD com* 2002, p. 396, chron. S. Poillot-Peruzzetto.
[852] CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, C-263/86, *Rec.* p. 5365 et CJCE, 7 décembre 1993, *Wirth*, C-109/92, *Rec.* p. 6447.

par les écoles privées est bien qualifiée d'activité économique[853]. Le service de placement constitue aussi un exemple frappant. Mais avant de l'étudier, précisons encore le développement relativement précoce des SIEG au sein de l'UE.

2. L'état précoce des services d'intérêt économique général dans l'UE

399. Pour mieux préserver les services sociaux pouvant être considérés comme « économiques », le Parlement européen et la Commission ont proposé diverses mesures[854]. Cette dernière a surtout présenté le « paquet Almunia » en décembre 2011 qui comprend une décision[855], un règlement[856] et deux communications[857]. Tous ces textes sont néanmoins limités aux aides étatiques. A travers l'une des communications[858], nous voyons que la progression dans l'élaboration des SIEG est assez mesurée : la Commission souligne que « les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme un SIEG, ainsi qu'en ce qui concerne la compensation à accorder au prestataire de ce service. La compétence de la Commission en la matière se limite à vérifier que l'État membre n'a pas commis d'erreur manifeste en qualifiant un service de SIEG et à apprécier toute aide d'État relevant de la compensation ». (§46) En plus de cette fonction, la Commission ne fait qu'examiner la compatibilité des aides octroyées avec les règles de concurrence. L'élaboration du régime européen des services d'intérêt général peut de nouveau être qualifiée comme une construction négative : ces services ne sont pensés qu'en raison de la nécessité de réglementer les aides étatiques.

Par conséquent, les services d'intérêt général ainsi que l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux restent peu effectifs même à l'égard des Etats membres et ne jouent à présent

---

[853] CJCE, 11 septembre 2007, *Commission c. Allemagne*, C-318/05, *JDI* 2008, p. 608, chron. F. Chaltiel, C. Berr, S. Francq et C. Prieto.
[854] V. BOSIO, Mattia, « Les services sociaux dans le marché intérieur: à la frontière entre compétitivité et solidarité », *Rev. fr. aff. soc.* 2012, n°1, pp. 131-149, spéc. p. 144 et s.
[855] Commission européenne, Com (2011) 9380 du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général.
[856] Règlement N° 360/2012 du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général.
[857] V. *JOUE*, 2012/C 8/02 et 8/03, 11 janvier 2012, pp. 4-14 et pp. 15–22.
[858] Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, 2012/C 8/02 du 11 janvier 2012.

qu'un rôle minime dans la construction de la solidarité au niveau européen. Le service de placement confirme ce constat général.

B. Les services publics de l'emploi

400. L'article 29 de la Charte des droits fondamentaux déclare que « toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement ». Issu des traditions communes des Etats membres (1), il est néanmoins fortement limité par les règles de la concurrence (2).

1. Un droit social fondamental issu des traditions de non-marchandisation du travail

401. Le terme de « placement » est ambigu : « [i]l évoque en premier lieu des valeurs mobilières ou immobilières dont l'objectif est de rapporter un revenu. (…) Parler de l'embauche d'un homme ou d'une femme, dans les mêmes termes, est un signe caractéristique d'une conception qui privilégie la valeur d'usage d'un travailleur »[859]. Néanmoins, sa prise en charge par un service public (le « service public de l'emploi ») et la gratuité qui en résulte tempèrent cette connotation marchande. D'après la Chambre criminelle de la Cour de cassation, « toute activité consistant à servir d'intermédiaire, sous quelque forme que ce soit, entre personnes appelées à se lier par une relation de travail les plaçant dans un lien de subordination l'une par rapport à l'autre correspond à la tenue d'un bureau de placement »[860]. Il s'agit donc d'une notion qui est extrêmement large qui couvre tout le domaine du travail salarié. Telle l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) en France, de nombreux Etats européens avaient établi des institutions de service public prenant en charge gratuitement le service de placement[861]. Le principe fut déjà annoncé par la Convention n°88 de l'OIT du 9 juillet 1948 qui dispose dans son article 1er que « [c]haque Membre de l'Organisation internationale du Travail pour lequel la présente convention est en vigueur doit entretenir ou veiller à ce que soit entretenu un service public et gratuit de l'emploi ». La Convention n°96 de l'OIT du 1er juillet 1949 relative aux bureaux de placement payants prévoit aussi une réglementation qui peut aller jusqu'à la suppression des bureaux de placements payants. Initialement, les six pays fondateurs des Communautés européennes, à l'exception des Pays-Bas, l'avaient ratifiée dès les années 1950. Devant être

[859] MULLER, Martine, « La naissance de l'agence nationale pour l'emploi. Institution et mission de service public », *Sociétés contemporaines*, 1990, n°3, pp. 19-32, spéc., p. 19.
[860] Crim. 6 mars 1984, *D.* 1984, IR, 377, cité par ROUSSEAU, Yves, « Le service public de l'emploi et la jurisprudence de la CJCE », *Dr. soc.* 2002, pp. 974-991.
[861] Comme l'ancien Office fédéral pour l'emploi en Allemagne et les anciens bureaux de placement publics en Italie. Nous verrons ces cas dans les arrêts *Höfner* et *Job Centre II* qui seront étudiés ci-après.

placés sous le contrôle d'une autorité nationale[862], ces services relèvent donc avant tout de l'obligation de l'Etat.

402. Selon les Explications de la Charte des droits fondamentaux, l'article 29 se fonde précisément sur ces traditions, en particulier l'article 1er, §3 de la Charte sociale européenne et le point 13 de la Charte communautaire des droits sociaux des travailleurs. Il reste que, en droit de l'UE, l'emploi relève avant tout de la compétence de coordination[863]. Même si le Parlement européen avait appelé de ses vœux la création d'un service européen de l'emploi[864], nous ne disposons à l'heure actuelle que du réseau *EURES*, créé par la décision n°93/569 de la Commission du 22 octobre 1993, dont la mission principale est de favoriser l'échange transnational, interrégional et transfrontalier des offres et des demandes d'emploi[865]. Dans les différentes stratégies pour l'emploi engagées par la Commission européenne, l'intervention de l'UE dans le service public de l'emploi reste plutôt le travail de « favoriser une coopération plus approfondie entre les organismes du marché du travail, notamment les services publics de l'emploi des États membres »[866]. Dans ce cas-là, on peut considérer que le droit à un service gratuit de placement n'a qu'une effectivité faible, limitée par le champ d'application de la Charte. En plus, la Cour a remis en cause le monopole du service national de l'emploi qui est gratuit et public.

2. La condamnation des monopoles étatiques de service gratuit de l'emploi

403. En effet, dans l'arrêt *Höfner*[867] où il était question du placement (ou plus exactement du recrutement) d'un cadre dirigeant, illégal au regard du monopole qu'avait l'Office fédéral allemand pour l'emploi à l'époque, la Cour de justice était interrogée par la juridiction du renvoi sur la compatibilité du droit exclusif de placement d'un service national de l'emploi avec la libre prestation de service et l'interdiction de l'abus de la position dominante. Pour que les dispositions du droit de la concurrence s'appliquent, il faut que

---

[862] V. l'article 2 de la Convention n°88 de l'OIT et les articles 3 et 4 de la Convention n°96.
[863] Article 5, §2, TFUE : « L'Union prend des mesures pour assurer la coordination des politiques de l'emploi des États membres, notamment en définissant les lignes directrices de ces politiques. »
[864] Résolution sur la communication de la Commission « Stratégie pour le marché intérieur européen » du 13 avril 2000, cité par ROUSSEAU, Yves, *op. cit.*, *Dr. soc.* 2002, p. 974.
[865] RODIERE, Pierre, *Traité de droit social de l'UE*, *op. cit.*, p. 354 et s. ; v. aussi le règlement n° 492/2011, remplaçant le règlement n°1612/68.
[866] Avec la dernière en place, Stratégie Europe 2020, Com(2010) 2020 final, Europe 2020, Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, du 3 mars 2010, p. 21.
[867] CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, Rec. I-1979, v. REICH, Norbert, « Competition between legal orders, a new paradigm of EC law ? », *CML Rev.* 1992, pp. 861-896.

l'organisme soit qualifié comme « entreprise »[868]. Dans l'arrêt *Höfner*, la CJCE énonce que « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »[869]. Les activités de placement étaient en même temps qualifiées d'activité économique. Le gouvernement allemand contesta cette qualification précisément en vertu de la gratuité du service. Selon la Cour, « [l]es activités de placement n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques » (§22). L'activité de placement serait donc bien une activité économique. Comme « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, » (§21) le caractère gratuit de ce service public ne pouvait donc empêcher la qualification de l'Office fédéral pour l'emploi en une entreprise publique, soumise au droit de la concurrence communautaire. La libre prestation de services n'était pas invocable en l'espèce, puisque les activités étaient strictement limitées au cadre national. On a bien remarqué que la Cour a fait ici une interprétation très extensive de la notion de l'entreprise[870]. Surtout, la Cour semble valoriser le caractère potentiellement économique d'une activité au détriment de son caractère social et solidaire. La gratuité du service qui est normalement signe d'une solidarité nationale pour l'emploi est donc écartée. Nous verrons qu'une autre interprétation est tout à fait possible, à l'instar de ce que la Cour a réalisé en matière de sécurité sociale.

404. Au demeurant, l'arrêt *Job Centre coop.* est venu confirmer cette jurisprudence pour le cas italien, où il existait aussi un monopole public et gratuit du service de placement[871]. Dès lors, les Etats membres sont contraints d'abandonner au fur et à mesure ce monopole (et de dénoncer la Convention n°96 de l'OIT, en ratifiant éventuellement la Convention n°181 qui autorise et réglemente les agences privées de l'emploi). La France a entamé la réforme en 2005[872] et a enlevé la dernière exigence administrative de déclaration préalable[873]. L'effet de l'introduction de ces acteurs privés dans le service de placement est controversé[874], mais en

---

[868] Art. 101 et s. du TFUE.
[869] CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, préc., §21.
[870] ROUSSEAU, Yves, *op. cit.*, *Dr. soc.* 2002, p. 974.
[871] CJCE, 11 décembre 1997, C-55/96.
[872] ROUSSEAU, Yves, « Du monopole public du placement à un nouveau service public de l'emploi », *Dr. soc.* 2005, pp. 456-465 ; VERICEL, Marc, « La réorganisation du service public de l'emploi ou la difficile mise en œuvre d'une réforme », *Dr. soc.* 2005, pp. 1174-1178.
[873] VERICEL, Marc, « Après la loi du 23 juillet 2010 : la libéralisation totale du marché du placement des demandeurs d'emploi », *Dr. soc.* 2010, pp. 1176-1179.
[874] V. VERICEL, Marc, « Après la loi du 23 juillet 2010 : (…) », *op. cit*, p. L'auteur montre que le discours officiel présente le recours aux prestataires privés comme un moyen d'amélioration de ce service public, mais que des études montrent que « la réduction du coût n'est pas systématique et que le retour à l'emploi n'est pas

matière de droits fondamentaux, une question mérite d'être posée : l'article 29 de la Charte des droits fondamentaux, dans la mesure où il est applicable (comme dans les circonstances des arrêts *Höfner* et *Job Centre* où il est question de l'application du droit de la concurrence de l'UE), impose-t-il une obligation aux entreprises concernées d'assurer la gratuité de ce service ?

405. Il nous semble qu'il faudrait retenir l'effet direct horizontal de ce droit dans la situation où le service public de l'Etat sous-traite le placement d'une catégorie de travailleurs à des organismes privés. Dans ce cas-là, les travailleurs et les employeurs concernés n'ont aucun autre choix que le recours à ces services privés. La protection de leur droit énoncé à l'article 29 conduit donc à imposer la gratuité de ces services. Dans d'autres cas où il existe à la fois un service public et un service privé de placement. L'effectivité de l'article 29 pourrait ne pas s'étendre aux personnes privées pour deux raisons : d'une part, le droit protégé à l'article 29 n'est pas vidé de sa substance, car le travailleur ou l'employeur peut toujours recourir à un service public gratuit de placement ; d'autre part, la conclusion d'un contrat de service avec des services privés doit alors laisser une place plus importante à la liberté contractuelle en vertu de laquelle les parties peuvent librement convenir une rétribution pour le service rendu.

C. Le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et de protection sociale

406. Vecteur de justice sociale à travers la répartition de la richesse sociétale, la sécurité sociale est également essentielle pour la réalisation de la libre circulation des travailleurs. C'est pourquoi, loin de l'ignorer, le droit de l'UE prête une grande attention à ce domaine[875]. L'article 34 de la Charte prévoit plusieurs droits en matière de sécurité sociale et de protection sociale. Nous avons déjà constaté dans la jurisprudence de la Cour que cet article peut parfaitement créer des droits subjectifs publics face à l'Etat[876]. De même, l'article 35 dispose que toute

nécessairement plus rapide ; au surplus le danger est important de voir les prestataires privés, payés aux résultats, concentrer leurs efforts sur les chômeurs les plus faciles à reclasser au détriment des autres. » Les acteurs privés auraient ainsi participé plutôt à une « balkanisation du service de l'emploi ». v. aussi VERICEL, Marc, « Recréer un véritable service public de l'emploi pour une action efficace en matière d'insertion professionnelle », *Dr. soc.* 2013, pp. 1031-1043.

[875] Il est souvent rappelé à cet égard la mise en place dès 1958 du règlement n° 3 de la coordination, devenu le règlement n° 1408/71, puis remplacé à partir du 1er mai 2010 par le règlement n° 883/2004. Sur cette question, v. notamment MAVRIDIS, Prodromis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Athèse, Bruxelles, Sakkoulas – Bruylant, 2003 ; MORSA, Marc, *Sécurité sociale, libre circulation et citoyenneté européenne*, Limal, Anthémis, 2012.

[876] CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10, précité, v. supra n° 122.

personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux.

On aura l'occasion d'étudier aussi l'octroi des prestations sociales fondé sur une autre source de solidarité : la citoyenneté européenne[877]. Pour le reste, les activités de l'UE dans ce domaine consistent notamment à réglementer les soins transfrontaliers et à coordonner la sécurité sociale, en créant un « quasi-droit international privé », comme le dit le P[r] Etienne Pataut[878]. Bien que des obligations des Etats soient parfaitement concevables, les articles 34 et 35 ont néanmoins des effets peu importants dans ce domaine jusqu'à présent. Ce sont les libertés de circulation qui ont dominé la matière (1). Toutefois, la Cour de justice n'a pas admis un fonctionnement total et radical du libre marché en la matière. Dans la reconnaissance par la Cour du principe de solidarité nationale dans certains régimes de sécurité sociale, on peut certainement y voir la valeur objective représentée par le droit de l'art. 34 de la Charte (2).

1. Des débats axés sur la protection des libertés économiques : l'exemple des soins transfrontaliers

407. Dans les affaires *Decker*[879] et *Kohll*[880], les caisses luxembourgeoises de sécurité sociale ont refusé respectivement le remboursement de lunettes achetées et d'un traitement médical reçu dans d'autres Etats membres (la Belgique et l'Allemagne). La Cour, tout en rappelant que le droit de l'UE ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale (*Decker*, §21; *Kohll*, §17), précise que « les États membres doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire » (*Decker*, §23). Elle soumet par conséquent les soins et produits médicaux au régime des libertés économiques, de sorte que M. Prodromos Mavridis a pu parler de « révolution »[881]. Le juge Raepenbusch a pu expliquer ainsi l'enjeu: c'est un « difficile arbitrage (…) entre, d'une part, les impératifs de la libre circulation des personnes – et des marchandises, s'agissant des produits médicaux – et, d'autre part, la nécessité de maintenir l'équilibre financier des régimes d'assurance-maladie des États membres et donc celle de contrôler les dépenses de

[877] V. infra, 507 et s.
[878] PATAUT, Etienne, « Territorialité et coordination en droit international privé : l'exemple de la sécurité sociale », *in Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 663-677.
[879] CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, *Rec.* p. 1831.
[880] CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96, *Rec.* p. 1931.
[881] MAVRIDIS, Prodromos, « Libre circulation des patients : la protection des personnes et des systèmes de sécurité sociale », *RDT* 2015, pp. 377-387.

santé, ainsi que d'assurer un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, ce qui n'est, évidemment, pas étranger au maintien d'un certain niveau de protection de la santé publique et de *solidarité nationale* »[882].

408. En effet, le contrôle le plus efficace des dépenses de santé est sans doute le système de conventionnement des prestataires dont les tarifs sont préalablement négociés. Le remboursement des soins reçus dans un autre Etat membre introduit donc un facteur imprévisible dans ce type de système. Si l'Etat choisit de réduire le champ des soins pris en charge, c'est alors la question de la suffisance du niveau de protection de la santé publique qui se pose. La Cour se montre également très prudente dans son arrêt *Müller-Fauré*[883]. La question concernait toujours l'obligation de demander une autorisation préalable pour des soins reçus dans un autre Etat membre. Et la Cour de prendre des positions plutôt strictes à l'égard de cette obligation qui se décline sur les soins hospitaliers et non hospitaliers.

Pour les soins hospitaliers, elle a motivé sa décision essentiellement par les considérations sur l'état de santé des patients[884]; quant aux soins non hospitaliers, il semble que c'est la protection de la libre prestation de services qui a justifié l'appréciation de la Cour selon laquelle la suppression de l'autorisation préalable ne provoquera pas de « déplacements transfrontaliers de patients d'une importance telle, nonobstant les barrières linguistiques, la distance géographique, les frais de séjour à l'étranger et le manque d'informations sur la nature des soins qui y sont dispensés, que l'équilibre financier du système de sécurité sociale [de l'Etat compétent] en serait gravement perturbé et que, de ce fait, le niveau global de protection de la santé publique serait menacé, ce qui pourrait valablement justifier une entrave au principe fondamental de la libre prestation des services » (§95). En tout cas, ce qui ressort de l'arrêt, c'est que, la Cour « fait preuve (…) plus de franchise et de clarté » lorsqu'elle porte atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leur système de sécurité sociale[885]. Néanmoins, face aux impératifs de la santé publique et la cohésion économique et sociale, « on

---

[882] RAEPENBUSCH, Sean Van, « Évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de soins transfrontaliers », *Gazette du Palais*, 30 octobre 2010 n° 303, pp. 3173-3174. Nous soulignons.
[883] CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, C-385/99, Rec. I-4509, *Europe* 2003, n°7, p. 15, obs. L. Idot.
[884] V. §90 de l'arrêt *Müller-Fauré* : les autorités doivent tenir dûment compte « non seulement de la situation médicale du patient au moment où l'autorisation est sollicitée et, le cas échéant, du degré de la douleur ou de la nature du handicap de ce dernier, qui pourrait, par exemple, rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice d'une activité professionnelle, mais également de ses antécédents ».
[885] LHERNOULD, Jean-Philippe, « Soins transfrontaliers et compétence des Etats membres en matière de sécurité sociale », *RJS* 2003, 8-9/03, pp. 650-653, spéc., p. 652.

regrettera que la part du droit communautaire ne soit pas plus forte »[886]. Les articles 34 et 35 de la Charte ne jouent encore presque aucun rôle dans la détermination des obligations étatiques[887]. La solidarité européenne semble s'arrêter à mi-chemin, en laissant toujours la priorité à une intégration négative. Mais la nécessité d'une réglementation européenne est fortement ressentie[888].

409. L'évolution la plus récente de cette délicate question, c'est l'entrée en vigueur en mars 2013 de la directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Si son titre souligne davantage les droits des patients, le texte de la directive met toutefois en lumière le fait que « la majeure partie des dispositions de la présente directive vise à améliorer le fonctionnement du marché intérieur et la libre circulation des marchandises, des personnes et des services »[889]. Le contenu de la directive apparaît comme la codification de la solution dégagée par la CJUE[890]. De manière topique, on peut remarquer que la directive a entériné le raisonnement de la Cour en matière de remboursement des soins. Elle qualifie l'autorisation préalable d'entrave à l'exercice des libertés économiques et la soumet par conséquent à une justification exigeante[891]. La directive ne reconnaît que trois motifs de justification qui sont respectivement les impératifs de planification liés à l'objectif de garantir « un accès suffisant et permanent à une gamme équilibrée de soins de qualité élevée ou à la volonté d'assurer une maîtrise des coûts et d'éviter autant que possible tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines », les risques particuliers d'un traitement pour les patients ou la population et l'inquiétude suscitée par un prestataire de soins quant à la qualité et la sûreté de ses soins.

Ces orientations montrent que la coordination de la sécurité sociale est encore largement envisagée comme un équilibre à réaliser entre la solidarité nationale et les libertés économiques de l'UE. Le curseur de cet équilibre est d'ailleurs placé sans ambiguïté en faveur des libertés économiques. Néanmoins, nous devons également souligner que la perspective d'une solidarité

---

[886] *Ibid*.
[887] Les arrêts précités sont certes déjà anciens au regard de la Charte. Mais les arrêts plus récents semblent confirmer simplement cette jurisprudence, v. CJUE, 5 octobre 2010, *Elchinov*, C-173/09, *Europe* 2010, n°12, p. 28, n. V. Michel ; CJUE, 27 janvier 2011, *Commission c. Luxembourg*, C-490/09.
[888] MAVRIDIS, Prodromos, « Libre circulation des patients (…) », *op. cit.*, p. 385, à propos de la directive 2011/24.
[889] Considérant 2 de la directive 2011/24/UE.
[890] DRIGUEZ, Laetitia et Valérie MICHEL, « La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : progrès pour la santé ou pour le marché? », *Europe* 2011, n°10, étude 9.
[891] Article 8 de la directive 2011/24.

européenne est venue compléter, voire diriger, la coordination de la sécurité sociale. Car le troisième considérant de la directive énonce clairement que « [l]es systèmes de santé de l'Union sont une composante essentielle des niveaux élevés de protection sociale dans l'Union et contribuent à la cohésion et à la justice sociales, ainsi qu'au développement durable ». Il s'agit d'un rappel des objectifs de l'UE tels qu'ils sont réaménagés par le Traité de Lisbonne. Par conséquent, l'issue de la libre prestation des soins médicaux et de la libre circulation des produits médicaux ne saurait être une dérégulation et une mise en concurrence effrénée des systèmes de protection sociale. L'exigence de la solidarité (la cohésion et la justice sociales) implique un accès suffisant aux soins et une qualité soutenue des services médicaux dans tous les Etats membres de l'Union.

2. Le respect du principe de solidarité nationale

410. Quant aux systèmes de sécurité sociale en tant que tels, en outre du rôle émergent de l'article 34 qui impose des obligations aux Etats membres, ce qui est particulièrement remarquable, c'est la reconnaissance du principe de solidarité nationale par la CJUE. Elle permet aux régimes de sécurité sociale d'échapper aux règles de la concurrence en raison de leur caractère solidaire.

411. Cette jurisprudence est aujourd'hui bien connue et consolidée. La définition très large de « l'activité économique » et de « l'entreprise » dans l'arrêt *Höfner* déjà évoqué[892] engloberait facilement les services de protection sociale. Toutefois, la Cour a restreint la notion d'entreprise afin de respecter l'organisation du régime de base de la sécurité sociale. Dans son fameux arrêt *Poucet et Pistre*[893], la question était de savoir si un régime de retraite de sécurité sociale pouvait être considéré comme une « entreprise ». Après avoir rappelé catégoriquement que les régimes de sécurité sociale « poursuivent un objectif social et obéissent au principe de la solidarité » (*Poucet et Pistre*, §8), la Cour procéda à une analyse des modes de constitution des fonds et de leur redistribution pour constater les « manifestations » du principe de solidarité. Ces dernières correspondent à la technique de répartition qui fixe des cotisations de manière objective parmi l'ensemble des affiliés. Elles s'opposent à la technique de capitalisation qui est fondée sur l'épargne individuelle ou l'acquisition des droits à prestations[894]. Par exemple, la

[892] V. supra, n° 403.
[893] CJCE, 17 février 1993, C-159 et 160/01, *Rec.* p. 637.
[894] V. par ex., DUPEYROUX, Jean-Jacques, Michel BORGETTO et Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2015, 18e éd., p. 425 et s.

Cour souligne que dans le régime de retraite, « la solidarité s'exprime par la circonstance que ce sont les cotisations versées par les travailleurs en activité qui permettent de financer les pensions des travailleurs retraités. Elle se traduit également par l'octroi de droits à pension sans contrepartie de cotisations et de droits à pension non proportionnels aux cotisations versées » (*Poucet et Pistre*, §11). Par conséquent, dans la mesure où l'activité des organismes de sécurité sociale « a un caractère exclusivement social (…), est fondée sur le principe de solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif », cette activité n'est donc pas une activité économique et les organismes ni une entreprise. Cependant, le P[r] Jean-Jacques Dupeyroux remarqua déjà à l'époque que la Cour était sans doute trop prudente, car « [l']accumulation confuse d'arguments superfétatoires risque de relancer les controverses au lieu d'y mettre un point final : la Cour en fait trop. »[895] En tout cas, la position assez rigoureuse de la Cour laisse penser qu'une assurance sociale par capitalisation ne saurait échapper au droit de la concurrence: c'est ce que confirme la Cour dans son arrêt *Fédération française des sociétés d'assurances*[896]. Le régime en question était facultatif et les prestations dépendaient uniquement du montant des cotisations et des bénéfices générés par l'organisme gestionnaire. La Cour considère donc qu'elle constitue une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance vie.

412. La situation devient plus complexe lorsque l'on considère certains cas intermédiaires dont le niveau de « solidarité » varie. On peut penser à des régimes mis en place par des conventions collectives et éventuellement rendus obligatoires par les pouvoirs publics. L'affaire *Albany*[897] concerne précisément une assurance complémentaire mais obligatoire de retraite. La démarche de la Cour est assez intéressante. En ce qui concerne la qualification de l'entreprise, elle souligna que l'assurance en cause fonctionnait selon le principe de capitalisation et déterminait elle-même le montant des cotisations et des prestations suivant les résultats financiers obtenus grâce au placement du fonds. Par conséquent, malgré la présence de quelques éléments de solidarité (affiliation obligatoire, absence de but lucratif, acceptation de tous les travailleurs sans condition préalable), l'activité devait être considérée comme économique. Autrement dit, le degré de solidarité n'est pas encore suffisamment élevé pour écarter la qualification de l'organisme gestionnaire comme « entreprise ». Toutefois, la Cour

[895] DUPEYROUX, Jean-Jacques, « Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Dr. soc.*, 1993, p. 494.
[896] CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA* (dit *COREVA*), C-244/94, *Rec.* p. 4013.
[897] CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.* p. 5863.

accorda une exonération de l'application du droit de la concurrence à ces accords, en raison d'une part des « effets restrictifs de la concurrence inhérents aux accords collectifs » (Albany, §59) et leur objet qui est de « garantir un certain niveau de pension à tous les travailleurs de ce secteur et contribue dès lors directement à l'amélioration de l'une des conditions de travail des travailleurs, à savoir leur rémunération. » (Albany, §63). La Cour écarte donc l'application du droit de la concurrence non pas par disqualification (l'assurance complémentaire en cause est toujours qualifiée d'activité économique), mais par exemption pour préserver les résultats des négociations collectives.

413. A travers ces arrêts, l'appréhension de la solidarité par la Cour paraît sans doute limitée. Car seuls les régimes de base de sécurité sociale sont dignes d'avoir pour fondement le principe de solidarité. D'aucuns remarquent alors que « la notion sert à identifier ce qui est à l'évidence "solidaire" (…); mais elle se révèle impuissante à opérer, au-delà de la protection sociale de base, une distinction entre les dispositifs qui échappent au droit de la concurrence et ceux qui y sont soumis »[898]. C'est là où l'on se rend compte d'un certain renversement de perspective concernant la notion de « solidarité ». Contrairement au droit français qui fait de la solidarité nationale la pierre angulaire de l'ensemble de la sécurité sociale[899], la CJUE tend à construire sa propre notion - une notion autonome, pourrait-on dire - de solidarité qui serait plutôt un noyau dur auquel le droit de la concurrence ne peut s'appliquer.

414. Quelques arrêts récents viennent apporter de nouvelles incertitudes. Concernant les régimes de base, la Cour a renforcé son contrôle de leur caractère solidaire. Dans son arrêt *Kattner*[900] dont les circonstances furent tout à fait classiques (il s'agissait de l'assurance allemande des accidents du travail et de la maladie professionnelle), la Cour a confronté le monopole des organismes de sécurité sociale non seulement aux règles de la concurrence, mais surtout à la libre prestation de service. Après avoir exclu la qualification de l'entreprise en raison de la présence du principe de solidarité, la Cour a pourtant retenu que le monopole constituait une entrave à la libre prestation de service en ce qu'il avait pour effet d'empêcher les propositions de contrat d'assurance des compagnies dans d'autres Etats membres (§82). La Cour procéda ensuite à son examen classique de justification. Or, le principe de solidarité

---

[898] BORGETTO, Michel, et Robert LAFORE, « La solidarité », *in* AUBY, Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, pp. 529-539, spéc., p. 533.
[899] Code de la sécurité sociale, art. L111-1, al.1: « L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale. »
[900] CJCE, 5 mars 2009, *Kattner*, C-350/07, *RJS*, 8-9/09, p.613, obs. Ph. Lhernould.

nationale ne jouait plus aucun rôle dans la justification. La seule raison impérieuse d'intérêt général invoquée fut l'équilibre financier. Le contrôle de proportionnalité fut renvoyé au juge national. Cette solution ne laisse pas d'étonner, car la Cour applique les exigences de la libre prestation de service dans un domaine où il n'y a pourtant pas d'entreprise…

Concernant les régimes complémentaires, la désignation de l'organisme gestionnaire ne cesse de poser des questions. D'un côté, la désignation par les partenaires sociaux doit respecter les règles de liberté d'établissement et de libre prestation de services concernant l'appel d'offres sur les marchés publics[901]. De l'autre, les règles de la concurrence ne seront mises à l'écart qu'après un examen minutieux de la mise en œuvre du principe de solidarité et du contrôle exercé par l'Etat[902]. Comme le remarque le P[r] Lhernould, dans l'examen de la conformité des clauses de désignation par rapport au droit des ententes et des abus de position dominante, la Cour exige surtout deux éléments: « le régime créé se caractérise par un "degré élevé de solidarité" constaté au terme d'une évaluation somme toute assez superficielle; l'assureur ne doit pas avoir été choisi "par les partenaires sociaux, sur la base de considérations financières et économiques". On pourrait ainsi s'attendre, sur la base de ces deux éléments, à ce que des clauses de désignation continuent d'être contestées (…) »[903]. Alors, la jurisprudence traditionnelle et les décisions récentes montrent une position assez prudente de la Cour de justice face au principe de solidarité nationale. Le contenu reconnu à ce dernier est relativement étroit et semble en tout cas devoir être soumis au régime des libertés économiques, c'est-à-dire, comme des entraves à justifier. A notre sens, une autre argumentation fondée sur l'article 34 est tout à fait possible.

415. En effet, en déclarant le droit aux prestations de la sécurité sociale, l'article 34 de la Charte présuppose l'existence de cette institution. Dès lors, on pourrait songer aux effets des droits fondamentaux relatifs aux « garanties institutionnelles » (*Einrichtungsgarantie*) en droit allemand[904]. Dans les débats allemands sur ce sujet qui ont commencé avec la Constitution de Weimar, la propriété, le droit de succession, l'autonomie communale, le fonctionnariat de carrière, la liberté des universités, le mariage, sont autant d'exemples mentionnés par divers auteurs. En résumé, cette garantie institutionnelle peut se traduire par trois obligations de l'Etat :

---

[901] CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, C-271/08, §46 et s.
[902] CJUE, 3 mars 2011, *AG2R*, C-437/09, §46 et s.
[903] LHERNOULD, Jean-Philippe, « Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence récente de la CJUE », *Dr. soc.*, 2011, n°12, pp. 1265-1267, spéc., p. 1267.
[904] Pour une présentation générale, v. CAPITANT, David, *Les effets des droits fondamentaux* (…), *op. cit.*, p. 209.

la création de l'institution ; la protection de l'institution déjà existante ; et l'obligation d'adapter l'institution. La sécurité sociale se prête parfaitement à ce modèle. Dès lors, il résulte naturellement de l'article 34 une protection institutionnelle des régimes de sécurité sociale précisément à l'égard du droit de la concurrence. Ce faisant, l'article 34 renforce donc le principe de solidarité nationale, qui n'apparaît au final que comme l'aspect objectif des droits fondamentaux de « solidarité ».

Conclusion du Chapitre Deux

416. Avec le présent chapitre, nous avons voulu montrer que, face à l'incertitude actuelle de la jurisprudence de la Cour, la méthode concrétiste nous est utile pour clarifier tant la structure des rapports privés que l'échelle de l'effet horizontal[905].

417. Pour les rapports privés, la concrétisation nous montre que le rapport égalitaire avec une horizontalité parfaite et binaire n'est qu'un idéal-type, caractéristique de l'idéologie individualiste. Utiliser cette idéologie pour défendre l'autonomie privée contre l'effet direct horizontal des droits fondamentaux n'est alors qu'une tautologie. Vus de manière concrète, les rapports privés sont triangulaires en raison de la présence de l'Etat-garant. L'horizontalité est aussi affectée par la présence de pouvoirs privés normatifs ou factuels. Dès lors, il n'est pas légitime d'exclure *a priori* l'effet direct horizontal des droits sociaux fondamentaux à l'aide de l'article 51 de la Charte.

Quant à l'échelle de l'effet horizontal, nous avons identifié plusieurs facteurs qui pourraient déterminer cette échelle : en prenant le point de vue du juge, il peut y avoir au moins cinq degrés théoriques qui vont de l'absence totale de l'effet direct horizontal (avec la seule possibilité de rechercher la responsabilité de l'Etat) à la pleine reconnaissance de cet effet dans tous les rapports sociaux. Après avoir examiné des jurisprudences nationales (en particulier allemande et anglaise), nous sommes arrivés à une position favorable à la reconnaissance de l'effet direct horizontal chaque fois que la structure du droit le permet. A notre avis, l'autonomie

[905] Il est vrai que nous sommes restés, au cours des deux sections de ce chapitre, dans l'analyse programmatique de la méthode concrétiste. Sur les deux volets – l'un programmatique et l'autre circonstanciel – de la méthode concrétiste, v. supra, n° 157.

privée devrait être prise en compte plutôt comme un des droits fondamentaux et non pas une barrière à l'application de ces droits.

418. Ce faisant, nous reconnaissons donc les devoirs imposés par les droits fondamentaux et c'est le premier aspect solidaire de ces droits. En même temps, les droits de « solidarité », l'autre nom des droits sociaux fondamentaux, contribuent aussi à la recherche de la justice sociale dans l'UE. Leur effectivité est cependant inégale, avant tout en raison de leur structure. Ainsi, les droits assurant la justice recognitive et la capacité d'agir peuvent souvent avoir un effet direct horizontal, tandis que ceux en matière de justice redistributive restent avant tout des droits à l'égard de l'Etat. Ces droits sociaux représentent en même temps un système de valeurs objectif qui pourrait notamment consolider le principe objectif de solidarité. Ainsi, nous passons de l'aspect subjectif des droits sociaux fondamentaux à leur aspect objectif.

Conclusion du Titre Deux

419. Avec le présent titre, nous avons voulu poursuivi notre démarche expliquée dans la conclusion du titre précédent : dans le domaine spécifique de l'effectivité directe et horizontale des droits fondamentaux, nous avons souhaité retracer les paradoxes en droit de l'UE au regard des exigences normatives fondatrices. Nous avons essayé de montrer que l'un des paradoxes importants en cette matière était l'extension de l'effectivité de certaines normes du droit de l'UE, en particulier celle de certaines directives. La Cour de justice confond manifestement deux sortes de raison d'extension : l'une est substantielle – l'importance particulière d'un droit (par ex., la non-discrimination) demande sa protection maximale ; l'autre est formelle – l'appartenance d'une norme au droit de l'UE fait qu'elle doit avoir un effet utile. La confusion de ces deux types de raison conduit à ce que l'effet direct horizontal des droits fondamentaux reste largement imprévisible.

Repartant de la méthode concrétiste et à l'aide du droit comparé, nous avons voulu établir une échelle d'effectivité directe et discuter de la solution la plus appropriée au regard du droit de l'UE. La concrétisation programmatique nous permet de voir cinq degrés conceptuellement plausibles qui méritent d'un débat[906]. Nous avons plaidé pour la

[906] V. supra, n° 349.

reconnaissance de l'effet direct horizontal en nous référant à la « garantie » que les autorités publiques doivent aux individus. En même temps, cette conception plus solidaire des droits permet de voir les devoirs interindividuels et d'inclure l'autonomie privée dans l'ensemble des droits fondamentaux, ce qui semble répondre à nouveau à l'indivisibilité des droits par leur fondation.

Conclusion de la Première Partie

420. Dans cette première partie, nous avons voulu explorer et éventuellement confirmer notre hypothèse de départ, à savoir la possibilité d'*appliquer* l'indivisibilité des droits fondamentaux par une méthode que nous appelons ici « concrétiste ».

Cette méthode nous invite à faire attention à l'écart entre le texte d'un droit fondamental et les normes qu'il comporte potentiellement. Autrement dit, elle déconseille une classification étanche *a priori* des droits fondamentaux selon leur applicabilité. La méthode concrétiste elle-même consiste en une double concrétisation : programmatique (ou structurelle) et circonstancielle. S'il est possible de distinguer les droits sociaux des droits civils et politiques au plan de la fondation, ils partagent tous la même méthode concrétiste pour leur application. L'analyse structurelle nous a en particulier montré que ce partage de méthode vient de la même texture des droits fondamentaux. Nous avons en effet défini le droit fondamental du point de vue de leur application comme « un ensemble de normes juridiques qui crée des exigences tant subjectives qu'objectives visant à construire de manière concrète la meilleure personnalité d'un sujet de droit »[907].

Ces exigences se traduisent non seulement dans les relations entre le titulaire des droits et les autorités publiques, mais aussi entre le titulaire et les autres personnes privées. Les droits fondamentaux de solidarité et la solidarité des droits fondamentaux font ainsi leur apparition sur la scène juridique de l'UE et recherchent le meilleur respect de la personne humaine prise à la fois individuellement et collectivement. Le point de vue individuel est le cœur de cette première partie consacrée aux effets subjectifs. Il est maintenant temps de passer aux effets objectifs de ces droits.

[907] V. supra, n° 144.

Deuxième partie
Les effets objectifs des droits sociaux fondamentaux

421. A travers l'étude de l'effet direct horizontal des droits (sociaux) fondamentaux, nous avons déjà constaté combien l'idée de droit est indissociable de celle de devoir. Cette impression se renforce encore davantage lorsque nous tournons notre regard vers les systèmes juridiques et les institutions qui leur permettent de fonctionner. Les droits (sociaux) fondamentaux ne donnent pas de « droits », mais des obligations juridiques dans leur fonctionnement quotidien. C'est donc un effet objectif structurant des droits qui sera étudié dans la présente partie.

422. Bien que la perspective change, les fondements de notre analyse demeurent les mêmes : la fondation axiologique des droits fondamentaux nous rappellera la systématicité intrinsèque de ces droits qui renvoient ultimement à la dignité humaine ; la méthode concrétiste qui nous explique comment les droits sont perfectibles dans leur processus de création. Il nous faut maintenant prendre successivement les points de vue des différents acteurs et des systèmes juridiques pour regarder de près quelles sont les obligations garantissant ce perfectionnement des droits sociaux fondamentaux. Comme nous l'avons déjà dit[908], une telle analyse doit s'intéresser, d'une part, aux effets de commandement à l'égard des institutions de l'UE (Titre I) et, d'autre part, aux effets de charnière dans l'interaction des ordres juridiques (Titre II).

[908] V. supra, n° 177.

Titre Un Le commandement des institutions

423. L'article 51 de la Charte des droits fondamentaux dispose avant tout que « [l]es dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union (…) ». Le prendre au sérieux signifie la nécessaire identification des obligations objectives incombant aux institutions de l'UE en vertu des droits fondamentaux. Il ne s'agit plus seulement du niveau substantiel du respect des droits, mais des exigences procédurales dans la concrétisation des droits fondamentaux.

424. L'étude de ces créations normatives institutionnelles nous rappelle inexorablement la question de l'équilibre entre les institutions de l'UE[909], en particulier entre le pouvoir du juge et celui du législateur[910]. Nous allons voir cette question à travers l'application des droits fondamentaux dont la protection relève indéniablement de la compétence de la CJUE. Ce contrôle du législateur par le juge est nécessaire, non seulement parce que le respect de ces droits est une « question de principe » qui ne se réduit pas à la politique publique, mais aussi parce que le législateur ne peut être son propre juge. Cette double défense du rôle du juge par Dworkin que nous avons déjà mentionnée[911] a en réalité un fameux précédent qui avait par ailleurs des conséquences assez concrètes.

La création des juridictions constitutionnelles en Europe était marquée par la controverse entre Kelsen et C. Schmitt sur le « gardien de la constitution » dans les années 1930[912]. Pour nous limiter à l'aspect lié à la création normative de ce débat, on peut noter que l'argumentation de C. Schmitt à l'encontre de la justice constitutionnelle s'appuie sur une différenciation entre l'application de la constitution et celle des normes ordinaires. D'après lui, le juge respecte la logique de subsomption lorsqu'il applique une législation ordinaire. En

---

[909] V. l'article 13, §2, TUE : « Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités, conformément aux procédures, conditions et fins prévues par ceux-ci. Les institutions pratiquent entre elles une coopération loyale. »

[910] Pour une présentation synthétique de la question, v. LE BOT, Fabien, *Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne*, thèse à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), sous la direction de Claude Blumann, 2012, p. 167 et s.

[911] V. supra, n° 48.

[912] KELSEN, Hans, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, traduit (et introduit) par Sandrine Baume, Paris, M. Houdiard, 2006 ; VINX, Lars (éd.), *The Guardian of the Constitution : Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, CUP, 2015 (avec les traductions de certains extraits de SCHMITT, Carl, *Der Hütter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996 [Première édition en 1931]).

revanche, l'application de la constitution demanderait au juge de trancher entre différents intérêts antagonistes, car le caractère contradictoire des dispositions dans la constitution reflète précisément ces confrontations[913]. La conciliation de ces conflits se réalise donc à travers des négociations, des médiations ou, en somme, des processus politiques. La subsomption ne peut donc servir de méthode pertinente pour l'application de la Constitution. De son côté, Kelsen démonte point par point l'argumentation de Schmitt[914], en s'appuyant en particulier sur sa théorie dynamique de la production des normes (*Stufenbau*)[915]. Sous cet angle, la législation ne permet pas non plus de contraindre le juge d'appliquer le droit uniquement par subsomption. Le juge doit toujours interpréter une norme supérieure pour créer une norme inférieure. Dans cette création même, le juge prend une décision (acte de volonté). Il n'y a donc pas de distinction qualitative entre l'application de la constitution et celle de la législation ordinaire. C'est le degré d'abstraction qui change[916]. Kelsen de revenir ensuite sur la nécessaire soumission du parlement à la constitution qui doit donc être gardée par une institution autre que lui-même[917].

425. Ces réflexions sont encore d'une grande actualité aujourd'hui, la tendance étant une juridictionnalisation de la justice constitutionnelle aux dépens de la conception politique[918]. En droit de l'UE, le respect des droits fondamentaux nous invite à un examen similaire. Toutefois, disserter sur la composition de la Cour de justice nous éloignerait trop du sujet. Nous resterons donc dans l'étude des effets des droits fondamentaux pour considérer successivement quelles sont les obligations dans le processus législatif (Chapitre 1) et dans celui du travail juridictionnel (Chapitre 2), avec à l'esprit l'exigence de l'indivisibilité des droits et celle de leur perfectionnement.

---

[913] C. Schmitt prend comme exemple les compromis dans la Constitution de Weimar. V. VINX, Lars (éd.), *The Guardian of the Constitution*, *op. cit.*, p. 124. Schmitt écrit que « *The Weimar Constitution too, is often considered to be an d defined as a compromise, and this either as a whole – in that one sees it as a 'peace among classes' or a 'peace among religions', or perhaps only as a mere 'ceasefire' between the German working class and the German bourgeoisie, Catholics and Protestants, Christians and Atheists, etc* ». Il a choisi en particulier l'article 146 de la Constitution de Weimar qui admettait à la fois le principe de l'école commune et de l'école confessionnelle.

[914] Outre la réponse à Schmitt précitée (v. la note d'avant), on peut consulter deux articles de Kelsen à cet égard : KELSEN, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, pp. 197-257 ; « Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », *The Journal of Politics*, 1942, n°2, pp. 183-200.

[915] V. supra, n° 155.

[916] VINX, Lars (éd.), *The Guardian of the Constitution*, *op. cit.*, p. 183 et s.

[917] *Ibid.*, p. 211 et s.

[918] V. pour le cas français, V. FONTAINE, Lauréline, et Alain SUPIOT, « Pour une vraie réforme du Conseil constitutionnel », *Le Monde* 15 juin 2017, p. 20 ; BEAUD, Olivier, « Débattre sur le Conseil constitutionnel… Enfin ! », *AJDA* 2010, p. 353.

Chapitre Un Les obligations législatives

> Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.
>
> Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre I, chapitre 1

426. Après l'échec du traité constitutionnel, les expressions comme « loi » ou « loi-cadre » n'ont pu faire leur entrée dans le droit positif de l'UE. Cependant, l'idée qu'il existe bien des « lois » en droit de l'UE ne semble plus contestable aujourd'hui[919]. Si les traités emploient bien l'expression d'« acte législatif » (art. 17 du TUE et art. 263, 289, 290 et 297 du TFUE), il faut encore savoir quelles sont les spécificités de la « loi » dans l'UE.

427. La notion de la loi en soi est fort complexe et riche d'enseignements. Comme l'explique le P[r] Supiot, l'aspiration du règne de la loi date même de Platon et a connu une grande aventure[920]. Comme nous le verrons plus tard, le fait de garder comme toile de fond cet « idéal du règne de la loi » nous éviterait de tomber dans son instrumentalisation. En même temps, la loi étudiée ici a un rapport plus direct avec la norme juridique (et sa création) qu'avec le mode de gouvernement. Ainsi, une incursion dans la littérature juridique moderne fait d'abord resurgir « l'irréductible distinction » entre conceptions formelle et matérielle de la loi[921]. Controverse célèbre au tournant du 20[e] siècle, la tentative de définir la loi semble donner raison aux tenants de la conception formelle de la loi, à savoir, l'acte de volonté d'un organe particulier de l'Etat. Comme le dit Carré de Malberg, « [l]a loi, c'est d'abord toute décision émanant des Assemblées législatives et adoptées par elles en forme législative »[922]. La conception matérielle

---

[919] V. notamment GUILLOUD, Laetitia, *La loi dans l'Union européenne. Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, avec une préface d'Henri Oberdoff, LGDJ, 2010.
[920] SUPIOT, Alain, *La gouvernance par les nombres. Cour au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015, p. 51 et s.
[921] GUILLOUD, Laetitia, *op. cit.*, p. 23.
[922] CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920 (réimprimé en 2003 chez Dalloz avec une présentation d'Eric Maulin), p. 327 ; ou bien en termes du doyen Gény, la loi est « l'œuvre du pouvoir compétent pour porter les dispositions générales d'intérêt commun », v. GENY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1, LGDJ, 1919 (réimprimé en 1995), p. 115.

qui considère la loi comme « une règle de droit générale » est soutenue par des auteurs comme Georg Meyer en Allemagne et Léon Duguit en France qui opposent donc la loi aux actes administratifs s'adressant à des particuliers[923]. L'existence de lois individuelles[924] semble avoir contribué au succès de la thèse formaliste. Une telle conception, combinée avec la doctrine de la séparation des pouvoirs, a sans doute contribué à un certain désintéressement de la science du droit pour le processus législatif : « Le législateur ne doit rien d'autre que la loi »[925]. En effet, l'affirmation est particulièrement vraie lorsqu'il n'y a aucun contrôle possible sur ce processus, comme sous la III[ème] République en France. Cette conception formelle paraissait néanmoins déjà insuffisante lorsqu'il était question de l'application de la loi. Le doyen Geny rappelle donc que « la loi émane de l'intelligence et de la volonté humaines » et qu'elle connaît donc toutes les limites de ces dernières[926]. Dès lors, cette rationalité peut aussi faire l'objet d'une analyse juridique. En ce sens, « la nature des choses », comme le dit Montesquieu, entre non seulement dans l'étude de la loi des dieux ou du monde physique, mais aussi dans celle de la loi des hommes.

428. En droit de l'UE, la « loi » semble aussi devoir être identifiée avant tout d'un point de vue formel : bien que le pouvoir législatif soit partagé entre trois institutions, la création d'un acte législatif suit nécessairement une procédure déterminée et acquiert ensuite un rang déterminé dans la hiérarchie des normes de l'UE[927]. Mais la Commission a affiché précisément sa volonté de renforcer la rationalité substantielle de la loi par son programme « Mieux légiférer »[928]. Aujourd'hui, le droit dérivé de l'UE multiplie ses rencontres avec les droits fondamentaux[929]. La rationalité substantielle paraît alors d'autant plus impossible à négliger dans l'étude du processus législatif – il ne s'agit pas ici du contrôle du contenu des lois, mais

---

[923] V. le résumé fait par CARRE DE MALBERG, Raymond, *op. cit.*, p. 288 et s., spéc., p. 292.
[924] DELPECH, Joseph, « Sur deux lois du 13 juillet 1906 et le double caractère d'indétermination et de généralité, réputé essentiel de l'acte législatif », *RDP*, 1906, pp. 507-515. Les deux lois concernaient en effet la réintégration et la promotion d'Alfred Dreyfus et de Marie-Georges Picquart.
[925] Il s'agit d'une formule de Klaus Schlaich en droit allemand : « *Der Gesetzgeber schuldet gar nichts anderes als das Gesetz* » ; v. « Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1981, p. 99, spéc., p. 109, cité par MESSERSCHMIDT, Klaus, « The Race to Rationality Review and the Score of the German Constitutional Court », *Legisprudence* 2012, pp. 347-378, spéc., p. 348.
[926] GENY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *op. cit.*, p. 116 et s.
[927] GUILLOUD, Laetitia, *La loi dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 23.
[928] COM(2002) 575 final, 6 juillet 2002, v. DE LA ROSA, Stéphane, « L'Union européenne en quête d'une meilleure législation. A propos du programme "Mieux légiférer" », *in* PERALDI-LENEUF, Fabienne, et Stéphane DE LA ROSA (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, Pedone, 2013, pp. 49-68.
[929] V. MUIR, Elise, « The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges », *CML Rev.* 2014, pp. 219-246.

des obligations dans la création de la loi. Des changements ont été constatés en droit national[930]. Il est tout à fait logique que nous trouverions leurs incidences sur le travail législatif dans l'UE. La concrétisation de ces effets des droits fondamentaux peut être réalisée à travers l'examen successif des contraintes procédurales (Section 1) et substantielles (Section 2) du législateur européen.

Section 1 : Les contraintes dans le processus législatif

429. L'aménagement de la procédure législative peut contribuer essentiellement à la réalisation de deux buts : l'amélioration de la « qualité de la loi »[931] et le renforcement de la légitimité de la loi au temps présent où la loi ne jouit plus de la « souveraineté formelle »[932]. En droit de l'UE, cette dernière fonction est particulièrement visible dans les réformes successives de la procédure législative : le Parlement européen est progressivement passé d'une simple instance consultative à un organe indispensable dans la procédure législative ordinaire[933]. En matière sociale, ces deux considérations sont aussi prises en compte dans la promotion du dialogue social européen[934]. Nous savons que la Commission a l'obligation de consulter les partenaires sociaux lorsqu'elle envisage de légiférer en matière sociale, tant sur l'orientation possible de l'action de l'UE que sur le contenu (art. 154 §2 et §3, TFUE) et que les partenaires sociaux peuvent aussi décider de négocier eux-mêmes des dispositions conventionnelles (art. 154 §4 et art. 155, TFUE). Comme l'écrit le P[r] Sophie Robin-Olivier, ces pratiques ont pour but de « favoriser le débat et le rapprochement des points de vue des représentants des travailleurs

---

[930] BARBE, Vanessa, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, avec une préface d'Otto Pfersmann, LGDJ, 2009. Notons au passage que l'auteur utilise aussi l'expression de « concrétisation des droits fondamentaux » dans son étude du processus législatif et la définit comme « la production d'une norme déterminant des permissions impliquées par le cadre supralégislatif. (…) Cette réserve de la loi et les moyens de la concrétisation des droits fondamentaux sont un premier aspect du rôle du Parlement dans la protection de ces droits » (p. 24).

[931] Sénat, *La qualité de la loi*, *Série* Etudes juridiques, n° EJ 3, Septembre 2007, p. 41 et s.

[932] DUMONT, Hugues, et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « La loi », *in* TROPER, Michel, et Dominique CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 2. Distribution des pouvoirs, Dalloz, 2012, pp. 529-572.

[933] V. par ex., AUVRET-FINCK, Josiane, et Marianne DONY (dir.), *Le Parlement européen après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Larcier, 2013 ; MENY, Yves (dir.), *La construction d'un parlement : 50 ans d'histoire du Parlement européen 1958-2008*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009.

[934] HECQUET, Matthieu, *Essai sur le dialogue social européen*, avec une préface de Bernard Teyssié, LGDJ, 2007 ; MAZUYER, Emmanuelle, « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », *Dr. soc.* 2007, p. 476.

et des entreprises (…) pour tenter de faire émerger un espace social européen, concomitamment à la quête d'achèvement du marché intérieur »[935].

430. De manière plus générale, il conviendrait de distinguer les procédures externe et interne de la législation[936] : la première renvoie à la coopération entre différents organes, alors que la dernière désigne les activités internes d'un seul organe. En réalité, la procédure externe, qui est le plus souvent prévue dans la Constitution d'un ordre juridique, contribue plutôt à la légitimation de l'exercice du pouvoir législatif. C'est pourquoi dans le cadre d'un Etat souverain bicaméral par exemple, la procédure législative organise un mécanisme de contrôle mutuel des deux chambres. On cite souvent à cet égard le discours de Bayeux du général de Gaulle, qui déclara qu' « [i]l faut donc attribuer à une deuxième Assemblée, élue et composée d'une autre manière, la fonction d'examiner publiquement ce que la première a pris en considération, de formuler des amendements, de proposer des projets »[937]. La procédure législative ordinaire actuellement prévue à l'article 294 du TFUE constitue aussi une procédure externe qui détermine la collaboration entre la Commission, le Conseil et le Parlement européen.

431. Pour assurer le respect des droits (sociaux) fondamentaux dans le travail législatif, on pourrait aussi imaginer la création d'une institution particulière qui devrait être consultée, à l'instar des partenaires sociaux en matière de législation sociale. En droit de l'UE, le règlement n° 168/2007 portant la création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne[938] va précisément dans cette direction. Cependant, cette Agence reste conçue sur le modèle d'une expertise[939] au service des institutions européennes. L'article 2 dudit règlement précise que « [l]'Agence a pour objectif de fournir aux institutions, organes, organismes et agences compétents de la Communauté, ainsi qu'à ses États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, une assistance et des compétences en matière de droits fondamentaux, afin de les aider à respecter pleinement ces derniers, lorsque, dans leurs domaines de compétence respectifs, ils prennent des mesures ou définissent des actions ». Les principales activités de

---

[935] ROBIN-OLIVIER, Sophie, « Mieux légiférer en matière sociale : la réglementation intelligente confrontée à l'objectif d'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail », *in* PERALDI-LENEUF, Fabienne, et Stéphane DE LA ROSA (dir.), *op. cit.*, pp. 97-113, spéc., p. 98.
[936] V. ROSE-ACKERMAN, Susan, Stefanie EGIDY et James FOWKES, *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*, CUP, 2015, p. 161.
[937] V. LE DIVELLEC, Armel, « Parlementarisme dualiste : entre Weimar et Bayeux », *RFDC* 1994, pp. 749-758.
[938] En date du 15 février 2007, *JOUE* 2007, L53/1.
[939] Sur cette question qui occupe une place de plus en plus importante, v. par ex., LECLERC, Olivier, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, avec une préface d'Antoine Lyon-Caen, LGDJ, 2005.

l'Agence consistent à formuler des conclusions et des avis sur des sujets thématiques spécifiques, la plupart du temps à la demande d'une institution européenne[940]. Bien qu'elle réalise ainsi un travail de droit comparé au sein de l'UE et de coopération au-delà de l'Union[941], sa fonction reste doctrinale et ses avis ne lient pas juridiquement les institutions. Comme le dit le Pr Burgorgue-Larsen, sa participation au processus décisionnel se fait « non pas par effraction mais par invitation »[942]. La quantité des avis et des conclusions rendus reste faible en début de l'année 2017, soit dix ans après la création de l'Agence[943]. Le domaine matériel concerné reste cependant très large et couvre aussi les droits sociaux fondamentaux. A titre d'exemple, le dernier avis concerne l'amélioration des voies de recours au niveau de l'UE concernant les droits fondamentaux et les entreprises multinationales[944]. Cet avis fut rendu sur une demande du Conseil de l'UE[945]. Nous aurons l'occasion de revenir sur l'aspect substantiel de cette question[946]. Il suffit de remarquer pour l'instant que dans la procédure législative externe de l'UE, il n'y a pas encore de prescriptions explicites en matière de respect des droits fondamentaux. Il nous est donc paru nécessaire de mettre l'accent de notre étude sur la procédure législative interne, à savoir les règles internes à chaque institution. Si à l'heure actuelle les contraintes normatives procédurales en matière de droits fondamentaux semblent relativement faibles et atypiques (§1), il existe néanmoins de bonnes justifications pour une revalorisation réfléchie des obligations procédurales du législateur (§2).

§1. Les obligations procédurales encore relativement « souples »

432. L'existence très faible d'obligations procédurales actuellement peut d'abord s'expliquer par l'absence d'instruments juridiques qui concrétisent les exigences de la Charte (A), à l'exception de la seule Commission qui a pris l'initiative de diverses stratégies (B).

---

[940] V. l'art. 4, §1, d) du règlement n°168/2007.
[941] V. les articles 6 et s. du règlement n° 168/2007.
[942] BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « L'intrusion de la Charte des droits fondamentaux dans la fabrication du droit de l'UE », *in* PERALDI-LENEUF, Fabienne, et Stéphane DE LA ROSA (dir.), *op. cit.*, pp. 209-224, spéc., p. 217.
[943] Moins de vingt avis sont disponibles sur le site internet de l'Agence : http://fra.europa.eu/fr
[944] « Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level », FRA Opinion – 1/2017 [B&HR], 10 avril 2017.
[945] Conclusions du Conseil le 20 juin 2016, 10254/16, sur « *Business and Human rights* ».
[946] V. infra, n° 707 et s.

A. Le respect des droits (sociaux) fondamentaux déclaré de manière abstraite et générale

433. Cette généralité se constate aussi bien dans les textes s'imposant à toutes les institutions participant à la législation (1) que dans les règlements internes de chacune d'elles (2).

1. Les textes imposant de manière générale le respect des droits fondamentaux au législateur

434. La faiblesse de ces obligations vient de deux facteurs : d'une part, la qualification politique de certains engagements a fortement réduit les contraintes procédurales internes (a) ; d'autre part, certaines dispositions des traités n'ont pas encore trouvé une application adéquate (b).

a. La portée des accords interinstitutionnels cantonnée au plan politique

435. Il n'y a aucune raison de sous-estimer d'emblée l'importance de ces instruments de l'UE. On se souviendra que la Charte des droits fondamentaux de l'UE, avant d'acquérir sa valeur juridique avec le Traité de Lisbonne, était considérée précisément comme un accord interinstitutionnel[947]. Nous savons par ailleurs comment la Cour de justice en avait fait usage pendant cette période[948]. Il existe d'autres accords intéressant également les droits fondamentaux dans l'UE.

En effet, dès 1977, la Commission, le Parlement et le Conseil ont signé une « Déclaration commune concernant le respect des droits fondamentaux et de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[949]. C'était le Parlement qui, en avril 1973, avait invité la Commission à présenter un rapport sur la prévention des atteintes « aux droits fondamentaux garantis par l'ordre constitutionnel des Etats membres »[950]. La Déclaration commune fut adoptée au moment où la Cour de justice commençait à élaborer la protection jurisprudentielle des droits fondamentaux, initialement absente dans les traités fondateurs des Communautés. Le contenu de cette Déclaration est

[947] RIDEAU, Joël, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 2010, p. 215.
[948] BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « La "force de l'évocation" ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *in L'équilibre des pouvoirs et l'esprit des institutions. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 77-104.
[949] JOCE, n°C 103 du 27 avril 1977, p. 1 ; cité par TOURNEPICHE, Anne-Marie, *Les accords interinstitutionnels dans l'UE*, avec une préface de Christian Grellois, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 209 ; disponible à http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.1977.103.01.0001.01.FRA&toc=OJ:C:1977:103:TOC
[950] Résolution relative à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens des Etats membres dans l'élaboration du droit communautaire,

volontairement simple. Elle ne contient que trois considérants et deux articles[951]. Sur le plan politique, la Déclaration se présente comme un écho à la jurisprudence de la Cour de justice et rassure donc les Etats membres inquiets de la violation des droits par les Communautés. Son contenu ne diffère pas de la position de la Cour de justice. Comme le note le P[r] Anne-Marie Tournepiche à propos de l'adoption de cette Déclaration commune, « la Commission précise qu'il ne faudrait pas qu'elle donne lieu à de nombreux débats, dans la mesure où des hésitations de la part des institutions pourraient induire des doutes sur leur crédibilité dans le domaine des droits fondamentaux »[952]. Une autre déclaration similaire, mais plus spécifique au domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie, fut adoptée en 1986[953].

---

[951] « considérant que les traités instituant les Communautés européennes se fondent sur le principe du respect du droit;
considérant que, ainsi que l'a reconnu la Cour de justice, ce droit comprend, outre les règles des traités et du droit communautaire dérivé, les principes généraux du droit et en particulier les droits fondamentaux, principes et droits sur lesquels se fonde le droit constitutionnel des États membres;
considérant en particulier que tous les États membres sont parties contractantes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950,
1. L'Assemblée, le Conseil et la Commission soulignent l'importance primordiale qu'ils attachent au respect des droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des constitutions des États membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
2. Dans l'exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes, ils respectent et continueront à respecter ces droits. »

[952] TOURNEPICHE, Anne-Marie, *Les accords interinstitutionnels dans l'UE*, *op. cit.*, p. 193.

[953] « LE PARLEMENT EUROPÉEN, LE CONSEIL, LES REPRÉSENTANTS DES ÉTATS MEMBRES RÉUNIS AU SEIN DU CONSEIL ET LA COMMISSION, constatant l'existence et la croissance dans la Communauté d'attitudes, de mouvements et d'actes de violence xénophobes souvent dirigés contre des immigrés; considérant l'importance primordiale que les institutions des Communautés attachent au respect des droits fondamentaux proclamés solennellement dans la déclaration commune du 5 avril 1977 ainsi qu'au principe de la libre circulation des personnes tel que prévu par le traité de Rome; considérant que le respect de la dignité de la personne humaine et l'élimination des manifestations de discrimination raciale font partie du patrimoine culturel et juridique commun de tous les États membres; conscients de la contribution positive que les travailleurs originaires d'autres États membres ou de pays tiers ont apportée et peuvent continuer d'apporter au développement de l'État membre dans lequel ils séjournent légalement et du bénéfice qui en résulte pour la Communauté dans son ensemble,
1. condamnent avec vigueur toutes les manifestations d'intolérance, d'hostilité et d'utilisation de force à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de différences raciale, religieuse, culturelle, sociale ou nationale;
2. affirment leur volonté de sauvegarder la personnalité et la dignité de chaque membre de la société et de refuser toute forme de ségrégation à l'encontre des étrangers;
3. estiment indispensable que soient prises toutes les dispositions nécessaires pour garantir la réalisation de cette volonté commune;
4. sont déterminés à poursuivre les efforts déjà entrepris pour protéger l'individualité et la dignité de tout membre de la société et à refuser toute forme de ségrégation des étrangers;
5. soulignent l'importance d'une information adéquate et objective et de la sensibilisation de tous les citoyens face aux dangers du racisme et de la xénophobie, ainsi que la nécessité d'une vigilance constante pour prévenir ou réprimer tout acte ou forme de discrimination. » *JOCE*, n°C 158 du 25 juin 1986, p. 1 ; http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.1986.158.01.0001.01.FRA&toc=OJ:C:1986:158:TOC ; v. aussi TOURNEPICHE, Anne-Marie, *Les accords interinstitutionnels dans l'UE*, *op. cit.*, p. 191.

436. Ces déclarations ont-elles un statut juridique ? La réponse n'apparaît pas de manière très claire. Si l'on s'en tient à leur statut d'« accord interinstitutionnel », l'article 295 du TFUE, qui a ajouté une deuxième phrase à l'article 218 §1 TCE, dispose que « [l]e Parlement européen, le Conseil et la Commission procèdent à des consultations réciproques et organisent d'un commun accord les modalités de leur coopération. À cet effet, ils peuvent, dans le respect des traités, conclure des accords interinstitutionnels qui peuvent revêtir un caractère contraignant ». Une lecture littérale nous incite à conclure que ces accords interinstitutionnels concernent uniquement la procédure externe (coopération) et qu'ils n'ont pas nécessairement un caractère contraignant. Toutefois, la jurisprudence de la Cour à ce sujet est plus nuancée et privilégie une approche au cas par cas[954]. Citons brièvement deux affaires de l'année 1996 qui illustrent la démarche de la Cour.

437. La première affaire[955] concerne à proprement parler la coopération entre les institutions de l'UE. Pendant l'élaboration d'un accord sur les navires de pêche à l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (OAA/FAO), le Conseil a pris une décision en faveur du vote par les Etats membres à l'OAA. La Commission contesta cette décision, en considérant qu'elle privait la Communauté de son droit de vote et qu'elle violait surtout l'« Arrangement » conclu entre la Commission et le Conseil qui permettait à la Commission d'exposer sa position sous certaines conditions. Le Conseil avait donc manifestement violé cet « Arrangement ». Dans son arrêt, la Cour de justice admit d'abord la recevabilité du recours assez facilement. Ensuite, confrontée à l'effectivité de cet « arrangement », la Cour souligna que cet accord mettait en œuvre l'obligation de coopération loyale entre la Communauté et les Etats membres et qu'en particulier, « [i]l ressort (…) des termes de l'arrangement que les deux institutions ont entendu se lier l'une vis-à-vis de l'autre » (§49). Par conséquent, la Cour considéra que le Conseil était bien tenu de respecter cet engagement.

---

[954] PRIOLLAUD, François-Xavier, et David SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne*, Paris, La documentation française, 2008, p. 368 ; TOURNEPICHE, Anne-Marie, *Les accords interinstitutionnels dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 426.

[955] CJCE, 19 mars 1996, *Commission c. Conseil*, C-25/94 ; pour d'autres arrêts plus anciens (souvent en matière budgétaire), v. entre autres, CJCE, 3 juillet 1986, *Conseil c. Parlement*, aff. 34/86, *Rec.* p. 2155 ; CJCE, 27 septembre 1988, *Grèce c. Conseil*, aff. 204/86, *Rec.* p. 5323 ; arrêts cités par TOURNEPICHE, Anne-Marie, *Les accords interinstitutionnels dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 436 et s.

Dans la deuxième affaire[956], il était question du droit d'accès aux documents dans le sillage de la « Déclaration de Birmingham » de 1992 qui voulait renforcer la transparence de la Communauté aux bénéfices des citoyens. A cette fin, la Commission et le Conseil avaient adopté en 1993 un code de conduite[957] qui était à l'origine d'autres décisions internes ultérieures. La Cour fut saisie par un recours en annulation contre ce code de conduite. Or, un tel recours n'était recevable que si le code de conduite était à considérer comme une décision produisant des effets juridiques. Les juges mirent alors l'accent sur les termes employés par le code de conduite, en particulier sur l'expression « mise en œuvre » dans l'avant dernier alinéa. Cette interprétation littérale permit alors à la Cour de conclure que « ce code reflète l'accord entre la Commission et le Conseil sur les principes qui auront à régir l'accès aux documents de ces deux institutions, tout en invitant ces dernières à mettre en œuvre ces principes par des dispositions réglementaires spécifiques ». Le code de conduite ne ferait alors que « préfigurer des décisions ultérieures destinées, contrairement au code, à produire des effets de droit » (§§25-26). L'analyse de la Cour est en réalité un peu difficile à saisir[958]. Il est donné l'impression que la Cour distingue toujours les règles (comme les modalités de vote dans l'« Arrangement » pour les réunions de l'OAA) et les principes qui ne sont que des déclarations politiques.

438. Pour revenir aux deux déclarations à propos des droits fondamentaux des personnes, si l'on suit bien l'approche de la Cour, on est en effet tenté de conclure au caractère politique de ces engagements[959]. Les institutions ne s'engageaient en effet que sur la prise en compte des droits fondamentaux dans leurs futures activités. Il est d'ailleurs souvent rappelé que la Déclaration de 1977 a été particulièrement simple, précisément pour donner un signal politique clair. Cet argument est par ailleurs utile pour expliquer le statut que l'on a réservé à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs qui rencontre d'importants obstacles concernant sa valeur juridique. Pour partagée qu'elle soit, cette analyse ne semble pas moins paradoxale à nos yeux, car elle repose sur un présupposé qui tient pour

---

[956] CJCE, 30 avril 1996, *Pays-Bas et Parlement c. Conseil*, C-58/94.

[957] Code de conduite (93/730/CE) concernant l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission (*JOCE* L 340, p. 41).

[958] V. aussi TOURNEPICHE, Anne-Marie, *Les accords interinstitutionnels dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 430, où l'auteur montre que le Tribunal de première instance des Communautés avait une analyse différente à propos de ce code de conduite : TPI, 19 octobre 1995, *John Carvel c. conseil*, T-194/94.

[959] Le P[r] Tournepiche arrive aux mêmes résultats, en opérant toutefois une distinction entre approches formelle et matérielle. Dans son analyse, le formel renvoie à la dénomination des actes et le matériel aux termes employés dans les actes. Nous ne suivons pas cette distinction qui nous semble limiter excessivement le sens de « formel ». v. TOURNEPICHE, Anne-Marie, *Les accords interinstitutionnels dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 422 et s.

étanche la séparation entre volontés politique et juridique. Toutefois, avec l'approche concrétiste, nous avons précisément critiqué ce type de distinction trop formel qui domine encore les débats sur les « droits » et les « principes » de la Charte des droits fondamentaux. Si l'on regarde la Déclaration interinstitutionnelle sur le respect des droits fondamentaux de 1977, il nous paraît plus cohérent de considérer que ce n'est pas une simple déclaration politique dans la mesure où elle reconnaît déjà la jurisprudence de la Cour de justice qui protège ces droits en tant que principes généraux du droit de l'UE. Simplement, nous n'avons pas immédiatement les indications précises sur les contraintes dans le processus législatif. Il faudrait mettre en œuvre la concrétisation, comme nous le verrons tout au long de ce chapitre. Pour la même raison, en l'absence d'une concrétisation argumentée et développée, nous n'aurons toujours que des exigences normatives très faibles, même si l'on dispose de prescriptions parfaitement juridiques. C'est le cas de certaines dispositions dans les Traités.

b. Les dispositions générales dans les Traités : l'exemple de « *Gender Mainstreaming* »

439. Il arrive que les Traités imposent directement des obligations au législateur européen. En matière sociale, il est particulièrement frappant de voir la promotion de la méthode de « *Mainstreaming* » dans le TFUE.

En effet, cette méthode correspond aux clauses transversales prévues aux articles 8 à 12 du TFUE[960]. Le terme de « *mainstream* » qui veut dire littéralement « courant principal » désigne une promotion générale de son objet dans toutes les actions politiques. Le Traité de Lisbonne a introduit deux nouvelles clauses transversales : l'une (art. 9) concerne les objectifs sociaux et l'autre (art. 10) la non-discrimination. Si l'article 10 précise l'objectif général de combattre les discriminations (art. 3§3, TUE) en explicitant les motifs discriminatoires, l'article 9 présente des différences de rédaction avec les mêmes objectifs dans l'art. 3 du TUE. Par exemple, le « plein emploi » est devenu « un niveau d'emploi élevé », « un niveau élevé de protection » devenu « une protection sociale adéquate ». Or, les autorités européennes ont veillé à écarter toute interprétation divergente voire minimisante. La présidence belge a indiqué en 2010 que le « niveau élevé d'emploi » devrait être compris dans un sens aussi bien qualitatif et

[960] SIMON, Denys, « Les fondations : l'Europe modeste ? Symboles, valeurs et objectifs », *in* SIMON, Denys (dir.), *Le Traité de Lisbonne : oui, non, mais à quoi?*, *Europe* 2008, n°7 (dossier), p. 32, spéc., p. 35

quantitatif[961]. La plus ancienne disposition dans cette catégorie reste l'égalité entre femmes et hommes. L''histoire de son introduction dans le droit de l'UE a commencé avec le troisième programme d'action sur l'égalité des chances (1991-1996) et la conférence de l'ONU sur les femmes à Pékin en 1995, au cours de laquelle la Commission a soutenu cette méthode[962]. Finalement, c'est l'article 3.2 du traité d'Amsterdam (aujourd'hui l'article 8 du TFUE) qui a prévu que « [p]our toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes ». Arrêtons-nous un moment donc sur cet exemple. Remarquons au passage que, si l'UE prône cette méthode en particulier dans le domaine social, elle peut parfaitement être utilisée pour l'ensemble des droits fondamentaux[963].

440. Prenons maintenant l'exemple le plus ancien qu'est l'égalité entre hommes et femmes. On peut constater que, depuis le Traité d'Amsterdam, des actions mises en œuvre relèvent essentiellement de programmes politiques ou de mesures d'incitation. Nous pouvons noter l'adoption d'un programme général (feuille de route pour l'égalité entre femmes et hommes) de 2006 à 2010, de même que des mesures d'évaluation, des rapports ou des aides financières[964]. Dans des domaines comme les politiques de recherches, les relations externes ou les aides au développement, on peut observer une progression importante de l'égalité entre hommes et femmes. Un auteur considère que les effets du « *gender mainstreaming* » consistent en la rationalisation des politiques qui étaient ou auraient été initialement séparées : « Il possède un rôle spécifique qui est celui de donner une cohérence à cette accumulation de facteurs [en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes]. [Il] est l'élément qui fait faire système aux autres »[965] . Avec cette systématisation, on a remarqué un élargissement et une nouvelle légitimité du champ d'intervention de l'UE[966]. Par consequent, « *not only is gender policy now woven into a broader, multifaceted social exclusion agenda, it is also firmly tied to the broad*

---

[961] VIELLE, Pascale, « How the horizontal social clause can be made to work: the lessons of Gender Mainstreaming », *in* BRUUN, Niklas, Klaus LÖRCHER et Isabelle SCHÖMANN, *The Lison Treaty and Social Europe,* Hart Publishing, 2012, pp. 105-121, spéc. p. 115

[962] BEVERIDGE, Fiona, « Building against the past: the impact of mainstreaming on EU gender law and policy », *E. L. Rev*. 2007, 32(2), pp. 193-212, p. 195.

[963] V. par exemple l'OMC, PETERSMAN, Ernst-Ulrich, « From "negative" to "positive" integration in the World Trade Organisation: Time for "mainstreaming human rights" into World Trade Organisation Law ? », *CML Rev.* 2000, n°6, vol. 37, pp. 1363-1382.

[964] *Ibid.*, p. 112

[965] JAQUOT, Sophie, « Le *gender mainstreaming* et l'Union européenne : quels effets ? », *Lien social et Politiques*, n°69, 2013, pp. 17-34. Nous ne sommes toutefois pas d'accord avec l'analyse de l'auteur sur le passage d'une égalité dans le marché à une égalité soumise et au service du marché intérieur.

[966] *Ibid.*, pp. 28-29.

political goals of the EU, giving it a central place in the economic and social dimensions of the EU project »[967].. Autrement dit, l'égalité entre femmes et hommes obtient ainsi une certaine priorité dans l'agenda politique des institutions de l'UE. Mais ces effets ne semblent pas véritablement contrôlables au niveau juridique. Quels seraient alors ces effets au niveau juridique ?

441. Le Pr Pascale Vielle constate que « *[w]ith the noteworthy and unfortunate exception of the Court of Justice, gender mainstreaming methods and structures have been put in place by all the European institutions* »[968]. Est-ce à dire que l'article 8 du TFUE ne peut servir de fondement d'un contrôle juridictionnel des activités des institutions ? Il nous semble que la remarque puisse être un peu plus nuancée. Dans l'arrêt *Test-Achats ASBL* par exemple[969], il s'agissait de savoir si le sexe pouvait être un facteur contribuant à la détermination de primes et de prestations d'assurance. La directive 2004/113 relative à l'égalité des sexes dans l'accès aux biens et aux services prévoyait à son article 5 §2 une dérogation au principe général d'égalité à cet égard, sans limitation dans le temps. Pour apprécier la légalité de cette disposition, la Cour a donné une illustration intéressante du contrôle de la concrétisation législative des droits sociaux fondamentaux au regard de ses obligations en matière de « *Gender mainstreaming* ». En effet, en citant le TUE et la Charte des droits fondamentaux (§§16-17), elle rappela d'abord le respect par les institutions de l'UE des droits fondamentaux, en particulier de l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe. Ensuite, à l'appui de l'article 8 du TFUE, elle examina l'action du législateur. Selon la Cour, « c'est le législateur de l'Union qui (…) détermine le moment de son intervention en tenant compte de l'évolution des conditions économiques et sociales dans l'Union » (§20). La conclusion de ce raisonnement est que le législateur peut prévoir une mise en œuvre graduelle de l'égalité entre hommes et femmes, en tenant compte des réalités sociales dans les Etats membres (en l'occurrence, les pratiques nationales permettant la prise en compte du sexe comme facteur actuariel). Toutefois, cette action législative reste toujours soumise au contrôle judiciaire du respect des droits

[967] BEVERIDGE, Fiona, « Building against the past (…) », *op. cit.*, p. 209
[968] VIELLE, Pascale, *op. cit.*, spéc. p. 111. Elle donne notamment l'exemple de la Commission qui travaille avec une série de « groupes » œuvrant pour l'égalité hommes-femmes, tels que « le Groupe des commissaires chargé des droits fondamentaux, de la lutte contre les discriminations et de l'égalité des chances », « l'unité chargée de l'égalité des chances ». Elle est d'ailleurs en contact avec des partenaires sociaux et des lobbies.
[969] CJUE, 1er mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, C-236/09, *AJDA* 2011, p. 967, n. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2011, p. 1592, n. M. Robineau ; *Dr. soc.* 2011, p. 689, étude E. Grass.

fondamentaux. En l'espèce, la Cour a aussi sanctionné effectivement le législateur pour ne pas avoir limité la dérogation dans le temps (§26).

Tout en confirmant ainsi indirectement la méthode de « *Gender mainstreaming* », la Cour nous donne donc plusieurs renseignements supplémentaires : 1) ces clauses transversales sont considérées avant tout comme une confirmation et un renforcement de la compétence de l'UE dans ces domaines ; 2) le législateur dispose toujours d'une liberté presque discrétionnaire quant aux actions à entreprendre ; 3) une fois la législation faite, l'article 8 ne suffit pas à rendre la législation conforme aux droits fondamentaux déclarés par la Charte : la Cour garde toujours son pouvoir d'un contrôle classique. Autrement dit, les clauses transversales imposent bien des exigences juridiques de législation au législateur de l'UE, mais elles restent juridiquement peu importantes pour la détermination de l'agenda législatif (puisque le législateur est presque discrétionnaire).

Outre les obligations imposées par les traités, les réglementations internes des institutions prévoient aussi certaines exigences en matière de respect des droits fondamentaux.

2. Les règlements internes de chaque institution participant à la législation

442. Au-delà des engagements en général, souvent pris conjointement par les institutions de l'UE, on peut aussi s'attendre à ce que le respect des droits fondamentaux dans la procédure législative se concrétise dans les règlements intérieurs de chaque organe législateur, en vertu du principe de l'autonomie des institutions.

443. A première vue, les contraintes restent aussi relativement faibles. Déjà, le règlement intérieur du Conseil ne dit rien sur la question[970]. Le Comité des représentants permanents (Coreper) a approuvé le 19 décembre 2014 les « lignes directrices à l'intention des instances préparatoires du Conseil » pour le contrôle de compatibilité des projets législatifs avec les droits fondamentaux[971]. Mais vu de près, ce document est beaucoup plus informatif que directif. Il précise d'emblée que ces lignes directrices sont « non-contraignantes » et se contente de rappeler des liaisons possibles que l'on peut faire avec les droits fondamentaux lors de la

[970] Décision du Conseil du 1er décembre 2009 portant adoption de son règlement intérieur (2009/937/UE). V. aussi l'art. 240 §3 du TFUE : « Le Conseil statue à la majorité simple pour les questions de procédure ainsi que pour l'adoption de son règlement intérieur. »
[971] Conseil de l'UE, *Compatibilité avec les droits fondamentaux*, Luxembourg, Office des publications de l'UE, 2015.

première lecture d'un projet. On y retrouve l'idée de base qui donne lieu à la méthode de « *mainstreaming* », le rappel des sources (Charte des droits fondamentaux, Conv. EDH) et quelques aides matérielles, le tout en trois pages.

444. A la différence du Conseil, le règlement du Parlement européen en fait mention, mais il s'agit souvent d'actions externes du Parlement : il s'engage en effet dans la protection des droits fondamentaux dans les affaires extérieures (art. 114 du Règlement) et intérieures de l'UE (art. 135) à travers la prise de résolutions et de recommandations. Ce n'est toutefois pas le sujet qui nous intéresse ici, à savoir la procédure législative. A ce propos, le règlement du Parlement a aussi prévu une procédure spécifique, qui reste toutefois assez sommaire. En effet, l'article 38 du Règlement[972] reprend d'abord les exigences issues de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 6 du TUE. Il prévoit ensuite à son paragraphe 2 la possibilité de saisir la commission parlementaire compétente en matière de droits fondamentaux pour un avis, lorsqu'il y a un doute sur la conformité du projet législatif avec ces droits[973].

Le modèle est connu dans certains droits nationaux[974], mais si l'on compare cette faculté de saisine avec le contrôle systématisé en droit anglais, le mécanisme prévu par le Parlement européen reste encore relativement sommaire. En effet, Le *Joint Committee on Human Rights* de la Chambre des Communes, créé le 17 janvier 2001, est chargé en pratique d'étudier tous « les projets de loi susceptibles de ne pas être compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme » [975]. Il concentre le contrôle de tout projet de loi et « [émet] un avis sur chaque texte présenté au Parlement ». Le *Joint Committee* dispose par ailleurs de nombreux pouvoirs pour réaliser cette fonction, tels que le pouvoir de questionner un ministre ou celui de solliciter un expert externe. Ses avis ne sont pas non plus obligatoires mais revêtent ainsi une force persuasive assurément plus grande que les rapports établis par la commission compétente au Parlement européen.

---

[972] « 1. Le Parlement respecte intégralement, dans toutes ses activités, les droits fondamentaux établis dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.
Le Parlement respecte aussi intégralement les droits et principes consacrés à l'article 2 et à l'article 6, paragraphes 2 et 3, du traité sur l'Union européenne. »

[973] « 2. Si la commission est compétente pour la matière visée, mais qu'un groupe politique ou quarante députés au moins estiment qu'une proposition d'acte législatif ou des parties de cette proposition ne respectent pas les droits consacrés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la question est renvoyée, à leur demande, à la commission compétente pour l'interprétation de la charte. L'avis de cette commission est annexé au rapport de la commission compétente pour la matière visée. »

[974] BARBE, Vanessa, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 180 et s.

[975] *Ibid.*, p. 182 et s.

Au final, c'est plutôt la Commission européenne qui « prit très vite les rennes du sujet en égrenant au fil des années des communications qui ont eu pour objet (…) de mettre en place une "culture des droits fondamentaux" »[976].

B. Le rôle actif de la Commission

445. La Commission a notamment publié trois communications afin de renforcer le respect des droits fondamentaux dans ses activités, deux avant l'entrée en vigueur de la Charte et une après[977]. A vrai dire, ces diverses tentatives concernent plutôt la phase pré-législative, notamment la préparation de la proposition au sein de la Commission. L'organisation interne de ces activités échapperait normalement au contrôle de la Cour. Il serait donc plus juste d'y voir une sorte de *soft law*, qui à terme peut devenir aussi du droit au sens plein s'il venait à être inscrit dans les Traités[978]. Au-delà de cette préparation technique de la loi que nous étudierons en particulier à travers l'exemple d'étude d'impact en matière de droits fondamentaux (1), la Commission affirme aussi de manière ponctuelle certains droits sociaux fondamentaux comme des priorités dans la législation (2).

1. L'utilisation des études d'impact

446. Comme il a déjà été mentionné, l'idée de la Commission est de « renforcer la culture des droits fondamentaux », afin d'améliorer l'effectivité de ces derniers. Concrètement, il s'agit d'assurer « un contrôle systématique de la compatibilité avec la Charte de ses propositions législatives et des actes qu'elle adopte »[979]. Les actes concernés sont compris de manière large : il s'agit des propositions législatives, des actes délégués (article 290 TFUE) et au-delà du domaine législatif, des actes d'exécution (article 291 TFUE)[980]. De même, la systématicité du contrôle est conçue de manière large : elle se traduit aussi bien par la mobilisation de tous les services au sein de la Commission que par l'établissement d'un

[976] BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « L'intrusion de la Charte des droits fondamentaux dans la fabrication du droit de l'UE », *op. cit.*, p. 210.
[977] SEC(2000) 380/3 du 13 mai 2001 ; COM(2005) 172 du 27 avril 2005 et COM(2010) 573 final du 10 octobre 2010. Leurs contenus seront étudiés ci-après.
[978] L'atténuation de la distinction entre *soft* et *hard law* est parfois remarquée comme l'une des caractéristiques de la nouvelle méthode législative, v. VAN WAEYENBERGE, Arnaud, « Vers une meilleure méthode communautaire ? », *in* PERALDI-LENEUF, Fabienne, et Stéphane DE LA ROSA (dir.), *op. cit.*, pp. 7-16, spéc., p. 9.
[979] Commission européenne, COM(2010) 573 final, Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'UE, p. 5
[980] *Ibid*., p. 6

processus législatif[981]. La Commission écrit par exemple qu'« [i]l est nécessaire de promouvoir une "culture des droits fondamentaux" à tous les stades de la procédure, dès les premières étapes de la conception d'une proposition au sein des services de la Commission, au moment de l'analyse d'impact et jusqu'au contrôle de la légalité du texte final d'un projet d'acte »[982].

447. A propos de ces études d'impact, clarifions donc d'abord deux de leurs caractéristiques. En premier lieu, ces études sont parfois présentées (par la Commission elle-même) comme précédant le processus législatif[983] et ne procédant pas « à l'examen juridique de la conformité du projet d'acte avec les droits fondamentaux »[984]. On se souviendra que, dans l'arrêt *Test Achats ASBL*, l'obligation du législateur d'agir en faveur de l'égalité entre hommes et femmes n'est pas confondue avec l'appréciation juridictionnelle de la légalité de la directive. La prise en compte des droits fondamentaux dans les études d'impact est aussi à comprendre en ce sens-là : elle est une activité interne de la Commission qui n'affecte pas juridiquement le pouvoir du juge de contrôler la légalité de l'acte législatif final. Il reste que la préparation d'une proposition renvoie à la procédure interne de législation et ces obligations procédurales peuvent être pleinement juridiques. En second lieu, on peut noter que la Commission distingue encore trois étapes dans l'élaboration des propositions interne à la Commission : les consultations préparatoires ; l'analyse d'impact et le contrôle de légalité. Si ce dernier contrôle nécessite en effet des qualifications proprement juridiques qui devraient pouvoir « faciliter un éventuel contrôle juridictionnel »[985], l'analyse d'impact rassemble au contraire des informations factuelles, présentant « les avantages et inconvénients des options politiques envisageables »[986]. Toutefois, cette analyse devrait être un outil « pour *préparer* le contrôle juridique définitif »[987]. Autrement dit, l'information factuelle contribue à la qualification juridique, même si elle ne l'est pas en tant que telle. A nouveau, on retrouve cette combinaison intéressante entre les faits et le droit, caractéristique de la méthode concrétiste. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point dans le paragraphe suivant pour voir comment le juge peut faire de la prise en compte d'éléments factuels une obligation juridique dans le processus législatif. Pour l'instant, on

[981] V. DE JESUS BUTLER, Israel, « Ensuring compliance with the Charter of Fundamental Rights in legislative drafting : the practice of the European Commission », *E. L. Rev.* 2012, 37(4), pp. 397-418.
[982] *Ibid.*, p. 5
[983] Commission européenne, COM(2010) 573 final, *préc.*, p. 8.
[984] *Ibid*., p. 7.
[985] *Ibid*., p. 8.
[986] Commission européenne, SEC(2009) 92, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact, p. 5.
[987] Commission européenne, COM(2005) 172 final, Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission, p. 4.

s'intéressera surtout à la modalité d'évaluation. Cette évaluation en amont, élément du processus législatif en général (b), doit être bien distinguée de l'évaluation en aval (a).

a. L'évaluation *ex post* de l'impact des activités de l'UE sur les droits fondamentaux

448. Malgré leurs divergences, l'évaluation en aval vise aussi à rendre les acteurs conscients des conséquences de leurs actions. L'exemple le plus connu reste sans doute le rapport annuel de la Commission sur l'application de la Charte des droits fondamentaux. Depuis 2010, soit l'entrée en vigueur de la Charte, l'établissement d'un rapport annuel sur l'application de la Charte fait partie de la stratégie de la Commission pour rendre la Charte effective[988]. Cette évaluation contribue à faciliter le dialogue entre le Parlement européen et le Conseil de l'UE et à l'information des citoyens. En même temps, « la Commission travaillera en partenariat avec toutes les institutions et parties intéressées afin de recueillir l'information et les données nécessaires, y compris la jurisprudence en matière de droits fondamentaux de la Cour de justice ainsi que celle de la Cour européenne des droits de l'homme et des juridictions nationales lorsqu'elle concerne le droit de l'Union. »[989]. Autrement dit, il s'agit bien d'une évaluation relativement complète des conséquences de l'application de la Charte. Dans le dernier rapport par exemple[990], l'évaluation est effectuée pour chaque article de la Charte, en présentant successivement les activités législatives et l'évolution jurisprudentielle. Toutefois, on peut constater en même temps que cette évaluation devient en quelque sorte une compilation dans ce rapport. Le rapport ne donne que des constats souvent chiffrés. On pourrait penser que le rapport ne vise qu'à donner une image fidèle du développement des droits fondamentaux dans l'Union sans apporter une vraie « évaluation ». La Commission n'hésite pas à conclure que la Charte gagne en importance, après avoir constaté simplement qu'il existe plus d'actions en justice où l'on a invoqué la Charte[991]. D'autres rapports semblent plus inspirés par un esprit évaluateur ou critique. On peut citer par exemple l'étude du Parlement européen intitulée « Droits sociaux et des travailleurs dans l'Union et droit du marché intérieur de l'Union »[992]. Elle constate les frictions entre droits sociaux et libertés économiques dans l'application du droit de l'UE et préconise une définition du marché intérieur comme « marché façonné par la

[988] Commission européenne, COM(2011) 160 final, p. 13.
[989] *Ibid*., p. 14.
[990] COM(2016)265 final, Bruxelles, 19 mai 2016.
[991] Communiqué de Presse de la Commission sur le rapport 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-422_fr.htm ; le communiqué de presse de 2015 est en effet moins explicite sur ce type de jugements.
[992] Parlement européen, 2015, 563. 457.

constitution » dont la base serait la Charte des droits fondamentaux. A nos yeux, c'est ce dernier type d'évaluation critique qui se rapproche le plus des études d'impacts réalisées en amont.

b. L'évaluation *ex ante* de la loi à la lumière des droits fondamentaux

449. L'utilisation d'études d'impact dans le processus législatif est plus large que la question des droits fondamentaux[993]. Mais c'est sans doute dans ce domaine que l'évaluation a trouvé son sens le plus juste. Si « l'évaluation » consiste bien à apprécier la valeur d'une action, la bonne mesure devient alors une question essentielle. En effet, la dérive serait de passer à « l'emprise d'une rationalité "technico-économique" étrangère au monde du droit »[994]. La confiance donnée de manière aveugle aux « indicateurs » est sans doute la plus préoccupante, car comme le note le P^r^ Supiot, « [r]abattre le jugement sur le calcul conduit à se couper progressivement de la complexité du réel, autrement dit à substituer la carte au territoire »[995].

Le but de l'évaluation *ex ante* de la loi dans la stratégie de la Commission ne devrait pas être un simple calcul d'utilité et d'efficacité. La méthodologie vise à « permettre aux services de la Commission de vérifier *systématiquement et rigoureusement* le respect de tous les droits fondamentaux concernés lors de l'élaboration de toute proposition législative de la Commission »[996]. L'aune utilisée est donc « le respect des droits fondamentaux ». Deux mesures concrètes sont à prendre : l'établissement d'une analyse d'impact et l'exposé des motifs dans les propositions de la Commission. L'analyse d'impact suit une procédure spécifique[997], dans laquelle les acteurs principaux (Groupe de pilotage de l'analyse d'impact) et secondaires (Comité d'analyse d'impact, qui exerce une fonction centralisée de contrôle et d'appui) devraient intégrer systématiquement les droits fondamentaux. Plus concrètement, l'analyse doit répondre à une série de questions préétablies, comme par exemple, « Quels sont les droits fondamentaux concernés ? », « Quels sont les impacts (…) ? S'agit-il d'impacts positifs (promotion des droits fondamentaux) ou négatifs (limitations des droits

[993] Pour une présentation plus détaillée de la question, v. BEST, Edward, *EU Law-Making in Principle and in Practice*, London, Routledge, 2014, p. 24 et s.
[994] CHEVALLIER, Jacques, « Peut-on rationaliser la production du droit ? », *in* PERALDI-LENEUF, Fabienne, et Stéphane DE LA ROSA (dir.), *op. cit.*, pp. 17-30, spéc., p. 19. Nous rediscuterons au prochain chapitre de la question de tendance technique dans le processus normatif, v. infra n° 470.
[995] SUPIOT, Alain, *La Gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 250.
[996] Commission européenne, COM(2005) 172, 27 avril 2005, Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission – Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux, p. 3. Nous soulignons.
[997] Commission européenne, SEC(2009) 92, 15 janvier 2009, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact.

fondamentaux) ? »[998]. Ces questions préétablies ne sauraient être exhaustives. Les acteurs impliqués devraient alors soulever des questions spécifiquement adaptées à chaque proposition législative. Quant à l'exposé des motifs, c'est la phase rédactionnelle des propositions qui intègre donc certains éléments de l'étude d'impact dans les motifs législatifs. La Commission met l'accent sur la nécessité « d'éviter toute banalisation qui découlerait d'un usage généralisé d'un considérant constatant la conformité avec la Charte. L'insertion des considérations n'est pas une simple formalité mais le reflet du contrôle approfondi de la conformité de la proposition avec la Charte. »[999]. En effet, le risque d'une formalité administrative existe pour toutes les activités de la promotion indirecte des droits fondamentaux. L'exposé des motifs devrait donc être déjà précédée d'un examen « approfondi » de la conformité au regard des droits fondamentaux et en expliquant clairement les motifs, il permet de prolonger cet examen jusqu'au niveau juridictionnel.

450. L'effet réel de ces procédés reste à mesurer. Les acteurs européens ne sont jamais à l'abri du risque d'un traitement formel et bureaucratique de ces obligations. On peut prendre l'exemple de la récente proposition de réforme de la directive détachement[1000], qui propose essentiellement deux changements face au dumping social créé par la directive 96/71 et son application par la Cour de justice : la limitation de la durée maximale de détachement à 24 mois et l'application du principe « travail égal, salaire égal » aux travailleurs détachés (avec des prévisions concernant la sous-traitance). A la lecture de l'étude d'impact, l'effort sérieux engagé dans l'analyse n'est pas douteux[1001] : le problème politique, juridique et économique fut mis en perspective, quatre orientations de réforme envisagées et les conséquences étudiées. En matière sociale, l'analyse s'est concentrée sur le bénéfice qu'aurait apporté l'application du principe de « travail égal, salaire égal ». Si elle mentionne aussi les droits sociaux fondamentaux, elle évoque seulement l'interdiction de la discrimination et juge la proposition conforme. Mais elle laisse de côté la question des droits collectifs des travailleurs et nous paraît finalement encore limitée. Certes, la réforme ne concerne pas directement ce sujet mais une étude d'impact a sans doute pour mission d'envisager de manière plus systématique les

[998] Commission européenne, COM(2010) 573 final, Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'UE, p. 5 et p. 7.
[999] *Ibid*., p. 8.
[1000] COM(2016) 128 final, 8 mars 2016, v. SAVARY, Gilles, « Détachement des travailleurs : la construction européenne à l'épreuve des disparités sociales nationales », *Dr. soc.* 2016, pp. 592-597.
[1001] SWD(2016) 52 final, 8 mars 2016, Etude d'impact accompagnant la proposition de directive révisant la directive 96/71 relative au détachement des travailleurs, 103p.

nouvelles questions concernant les droits fondamentaux et d'avertir ainsi le législateur européen. A notre avis, des améliorations restent donc encore à accomplir.

Outre cette évaluation assurant le respect des droits fondamentaux, la Commission adopte parfois des programmes plus spécifiques et souvent plus flexibles aussi, pour promouvoir certains droits fondamentaux comme les droits sociaux.

2. L'identification des priorités

451. Cette démarche, qui consiste à mettre en avant certains droits en vue d'orienter les politiques et la législation dans l'UE (comparable dans une certaine mesure à la méthode de « *mainstreaming* »), n'est pas spécialement théorisée par la Commission. Elle reste pourtant très associée aux actions législatives en faveur des droits sociaux fondamentaux. On peut comprendre cette tendance de la Commission, puisque le fort caractère économique de l'Union a aussi besoin d'une légitimité fondée sur la justice sociale. La question du « modèle social européen » est donc en partie portée aussi par la valorisation de ces droits sociaux fondamentaux dans les activités quotidiennes des institutions.

452. Un exemple déjà ancien peut être la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989[1002]. Bien qu'elle fût adoptée au Conseil européen de Strasbourg, sa préparation était largement accomplie par la Commission sous la présidence de Jacques Delors[1003]. En tant que décision *sui generis* du Conseil européen sans être suivie par une procédure de ratification comme dans le cas de l'Acte unique européen[1004], la Charte ne prévoit aucune obligation juridique pour les Etats membres. Toutefois, elle n'a pas été sans effet sur la législation sociale de l'UE. Outre le fait qu'elle impose à la Commission l'obligation d'établir un rapport annuel sur l'application de la Charte (art. 29)[1005], elle sert surtout d'instrument d'orientation de la législation, en amont du processus législatif. Comme

[1002] Texte publié par la Commission, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1990, 21 p.
[1003] V. le texte explicatif du Président Delors qui précède la Charte : « La présente charte est le fruit d'un engagement que j'ai pris en mai 1988 à Stockholm devant le Congrès de la Confédération européenne des syndicats. Près de dix-huit mois plus tard, réunis lors du Conseil européen de Strasbourg les 8 et décembre 1989, les chefs d'État ou de gouvernement de onze États membres de la Communauté européenne ont adopté la « charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs ».
[1004] PETTITI, Christophe, « La charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : un progrès ? », *Dr. soc.* 1990, p. 387.
[1005] La pratique ne semble pas avoir perduré. Le dernier rapport que nous ayons trouvé est le quatrième rapport datant de 1996 : *Rapport sur l'application de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 232 p.

son article 28 l'indique, « [l]e Conseil européen invite la Commission à présenter, le plus vite possible, les initiatives qui relèvent de ses compétences prévues aux traités en vue de l'adoption des instruments juridiques pour la mise en œuvre effective, au fur et à mesure de la réalisation du marché intérieur, de ceux des droits qui relèvent de la compétence de la Communauté. » Dans son premier programme d'action relatif à la mise en œuvre de la Charte, on trouve pas moins de quarante-sept initiatives[1006]. Le Pr Rodière note aussi que la Commission a ainsi agi avec succès dans des domaines divers tels que l'information et la consultation, la protection des enfants et des adolescents, etc., et écrit à cet égard que « la Charte a démontré son utilité *de lege ferenda* »[1007].

453. Malgré leur influence sur les activités législative, ce genre de démarche reste très souvent déterminé par le contexte socio-économique en général qui pose souvent le problème de légitimation aux institutions européennes. Une telle fonction peut être perçue dans une initiative récente de la Commission présidée par M. Jean-Claude Juncker. En mars 2016, la Commission a lancé une « consultation sur un socle européen des droits sociaux »[1008] - on notera au passage que l'expression de « socle » était déjà utilisée par les rédacteurs de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Rappelons donc brièvement le contexte général (a) afin de mieux percevoir les éventuels effets d'une telle consultation (b).

a. Le contexte socio-économique nécessitant une nouvelle légitimation en matière sociale

454. Les défis économiques de l'Europe ne datent pas de la crise financière de 2008. Avec le passage à la monnaie unique qui constitue la troisième et la dernière phase de la construction de la zone économique et monétaire, le nouveau développement du marché unique consiste en son affirmation au sein d'une économie globalisée. En même temps, l'avènement d'une société d'information et de communication que d'aucuns qualifient de « troisième révolution industrielle »[1009] transforme profondément le mode productif. S'y est ajoutée la crise de l'Etat-providence qui éclatait déjà après les crises pétrolières des années soixante-dix. Il se fait donc sentir le besoin de redynamiser l'économie européenne et d'inventer un nouveau

[1006] COM (89)568, 29 novembre 1989. V. JONCKHEER, Pierre et Philippe POCHET, « De la charte sociale au programme d'action de la Communauté européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 8/1990 (n° 1273-1274), p. 1-55.
[1007] RODIERE, Pierre, *Traité du droit social de l'UE*, *op. cit.*, p. 164.
[1008] COM(2016) 127 final, 8 mars 2016.
[1009] RIFKIN, Jeremy, *La troisième révolution industrielle : comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, traduit par Françoise et Paul Chemla, Paris, Les liens qui libèrent, 2012.

modèle social. C'est pourquoi à l'aube du XXI[e] siècle le Conseil européen a adopté la stratégie de Lisbonne (2000-2010), dont l'idée initiale était une réforme structurelle progressive qui fonderait la croissance économique durable sur la connaissance et l'innovation. Corrélativement, il était question de rendre le cadre institutionnel et législatif plus attrayant afin d'attirer les investissements de tout bord. Dans le programme initial, l'accent a été mis sur la transition de modèle économique et social. Les enjeux environnementaux, du développement durable et de la cohésion sociale n'étaient pas oubliés. Toutefois, dans l'exécution du programme, il est très vite devenu une tentative de remplacer les relations traditionnelles de travail par une flexicurité, symbole pour de nombreux pays de précarité et d'ultra-libéralisme. Ces objectifs, revus plusieurs fois au cours de cette décennie, ne sont pas réalisés de façon satisfaisante. L'opinion aujourd'hui largement partagée consiste à imputer la responsabilité de cet échec à la Méthode Ouverte de Coordination qui n'a qu'une force peu contraignante dans la mise en place de la stratégie de Lisbonne[1010]. D'ailleurs, la crise financière a tout simplement privé l'agenda de Lisbonne de son sens. La tâche est devenue, même aujourd'hui, la sortie de la crise.

Ainsi, en 2010, une nouvelle stratégie dénommée « Europe 2020 » fut proposée par la Commission. Son but, selon les termes de M. Barroso, est de « redresser la barre et maintenir le cap »[1011]. Outre la nécessité de mieux réguler le marché financier et de lutter contre le chômage, la nouvelle stratégie réaffirme les objectifs de la stratégie de Lisbonne, à savoir, l'innovation, le développement durable et la cohésion sociale. Ayant appris la leçon de la stratégie européenne, des mesures de suivi ont été adoptées. La Commission adresse en effet chaque année des recommandations spécifiques à chacun des Etats membres. Malgré ces efforts, l'Europe se trouve toujours dans une passe difficile, telle qu'on l'a rappelé dans l'introduction.

455. Le plan Juncker arrive précisément dans ce contexte-là. Il prend acte du recul « spectaculaire » des investissements dans l'UE et tente d'inverser la tendance. De ce point de vue, il s'inscrit dans le cadre de la stratégie européenne 2020 mais se présente comme une mesure particulière. Son but spécifique est de stimuler la croissance économique afin de créer de nouveaux emplois en Europe. La mesure est donc conjoncturelle. C'est une différence

[1010] Pour une évaluation détaillée et critique de la stratégie de Lisbonne, V. *Revue de l'IRES*, 2009/1, n°60, dossier, « Stratégie de Lisbonne : échec ou solution pour le futur ? »
[1011] Commission européenne, COM(2010) 2020 final, 3 mars 2010, *Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*.

majeure avec les investissements publics que recommanderait une politique keynésienne. La communication de la Commission mentionne simplement « l'amélioration de la compétitivité » comme un objectif à long terme. Autrement dit, l'orientation générale de la politique économique reste d'inspiration néo-libérale. En tout cas, c'est dans ce contexte général que la Commission lance la consultation sur « le socle européen des droits sociaux »[1012].

b. D'éventuels effets d'un nouveau « socle » de droits sociaux

456. Dans sa communication sur cette initiative, la Commission énonce tant l'objectif général de construire une économie sociale de marché (art. 3, TUE) que les défis de la crise financière et des changements structurels. « L'investissement dans le capital humain » serait alors un gage pour la performance économique[1013]. Ainsi, ces droits sociaux du « socle » auraient pour mission de « garantir le bon fonctionnement et l'équité des marchés du travail et des systèmes sociaux. »[1014]. Bien que sa nature juridique reste encore floue[1015], ce socle est clairement conçu comme un cadre pour les législations européenne, nationale et locale, car selon la Commission, « le socle devrait devenir un cadre de référence permettant d'examiner les performances des États membres participants en matière sociale et d'emploi, d'accomplir des réformes à l'échelon national et, de manière plus spécifique, de servir de boussole pour le retour à la convergence dans la zone euro. »[1016]

Trois axes seraient essentiels dans ce socle : l'égalité des chances et l'accès au marché du travail ; des conditions de travail équitables et une protection sociale adéquate et viable. On est en fait tenté de se demander pourquoi ne pas s'appuyer sur les instruments existants : l'UE ne dispose-t-elle pas déjà de la Charte des droits fondamentaux et de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux ? Par ailleurs, les droits relevant de ces trois axes s'y trouvent parfaitement consacrés. La Commission explique toutefois la valeur ajoutée de cette initiative par deux arguments : d'une part, ce socle définit de manière plus détaillée les principes

[1012] ROBIN-OLIVIER, Sophie, « Le temps de la renaissance des droits sociaux est-il venu ? Lecture critique du projet de socle européen des droits sociaux proposé par la Commission européenne », *RTD eur.* 2016, pp. 835-840 ; CHATZILAOU, Konstantina, « Vers un socle européen des droits sociaux : quelles inspirations ? », *RDT* 2017, pp. 175-180.
[1013] Commission européenne, COM(2016) 127 final, p. 5.
[1014] *Ibid.*, p. 9.
[1015] La Commission évoque la possibilité de le mettre en œuvre par une recommandation (v. p. 11 de la Communication), mais insiste aussi sur l'importance d'associer le Parlement européen et le Conseil, ce qui laisse penser à un instrument juridique contraignant, ou tout au moins un accord interinstitutionnel ayant des effets juridiques, tel que nous l'avons décrit plus haut.
[1016] *Ibid.*, p. 9.

communs en matière sociale dans l'UE (et dans un premier temps uniquement dans la zone euro) ; d'autre part, l'établissement de ce socle présente une occasion de « revisiter l'acquis » de l'UE qui « a été mis en place étape par étape ».

457. A notre avis, le second argument à lui seul n'est pas convaincant. Il est vrai que l'acquis communautaire progresse constamment et rend donc son réexamen nécessaire à un moment donné. Toutefois, cela ne signifie pas que les principes essentiels ou les droits sociaux fondamentaux ont changé. D'ailleurs, l'élaboration des deux chartes de l'UE sur les droits sociaux était déjà réalisée avec une démarche globale. Leurs résultats ne semblent pas être mis en cause aujourd'hui par les défis évoqués par la Commission. C'est donc le premier argument, la nécessité de détailler ces droits fondamentaux, de les rendre plus effectifs, qui justifie davantage leur reconsidération. Autrement dit, on revient à une injonction à une meilleure législation guidée par les droits sociaux fondamentaux.

De telles démarches risquent néanmoins de retomber dans le même piège des déclarations purement politiques. Il conviendrait maintenant de revoir les bases profondes de ces mesures de protection et de promotion des droits fondamentaux, pour rendre ces procédés effectifs.

§2. La justification des obligations procédurales

458. Au regard de la diversité des obligations pesant sur le législateur européen, il serait sans doute dommage de tout réduire à la recherche d'efficacité du type de *New Public Management*. Déjà, on voit que, confrontées au respect des droits fondamentaux, les obligations procédurales réalisent aussi une fonction importante de légitimation des actions législatives. En effet, on pourrait essayer de justifier ces obligations sous l'angle de la « légistique », qui reste, il est vrai, une redéfinition de la légitimité traditionnelle de la loi. Pendant longtemps, la légitimité des normes juridiques reposait sur la justification de l'exercice du pouvoir souverain. Le législateur, en recevant le mandat du peuple souverain, peut voter des lois conformément à la procédure établie dans la Constitution. La « qualité » de la loi, qui exprime directement sa rationalité, est souvent considérée comme une question à part uniquement à la charge des experts ou des commissions. L'exigence matérielle et concrète de protéger les droits

fondamentaux, et en particulier les droits sociaux fondamentaux[1017], produit à la fois une revalorisation de la « légistique » (A) et un développement de nouvelles obligations législatives (B).

A. La revalorisation de la légistique comme l'élément de la rationalité dans la législation

459. Si la tradition de la légistique est bien ancienne (1), son renouveau actuel doit en partie à la reconnaissance de plus en plus générale des droits sociaux comme droits fondamentaux (2).

1. La tradition de la « légistique » centrée sur la rédaction des textes juridiques

460. Les termes qui désignent cette question sont multiples : la science de la législation, la méthode législative, la technique législative, ou encore la « légistique » utilisée dans notre étude. On n'entre pas ici dans les distinctions subtiles de ces notions[1018], car notre propos porte plus spécifiquement sur leurs liens avec les droits fondamentaux. Nous employons donc indifféremment ici « science de la législation » et « légistique », pour étudier l'action de produire une norme légale, ou tout simplement la législation.

461. Si l'on tourne notre regard vers l'histoire de la législation, il apparaît clairement que l'action législative fut très tôt prise en compte par de nombreux auteurs, si bien qu'elle semble être un « thème éternel »[1019]. Les premières opinions en la matière peuvent être aperçues

[1017] Le passage de l'Etat libéral à l'Etat-Providence serait l'une des causes de la dégradation de la qualité législative, v. CHEVALLIER, Jacques, « Peut-on rationaliser la production du droit ? », *op. cit.*, p. 18.

[1018] Par exemple, le fondateur de cette discipline en Allemagne, Peter Noll, distingue dans son ouvrage de 1973 *Gesetzgebungslehre* (Hambourg, Rowohlt-Taschenbuch-Verlag) la méthode législative et la technique législative. Selon Luzius Mader, « [m]ettant l'accent sur la fonction régulative (sic) ou instrumentale de la législation, P. Noll esquisse dans son ouvrage les principes d'une *méthode législative* basée sur le modèle de l'action individuelle consciente. A cette méthode législative, dont le but est de faciliter la recherche du contenu normatif optimal, il oppose la *technique législative* qui a une fonction auxiliaire par rapport à la première ; ce n'est qu'"un moyen de réaliser l'objectif poursuivi par la loi" ». v. MADER, Luzius, *L'évaluation législative, pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot Lausanne, 1985, p. 15. L. Mader lui-même considère que la science de la législation peut se décomposer en la sociologie législative, la technique législative, la procédure législative, et la méthodologie législative. En ce sens, « la technique législative, parfois appelée légistique, n'aurait donc pour objet que les aspects formels de la législation, et en particulier les problèmes liés à la rédaction des textes légaux. » (p. 20) En revanche, la méthodologie législative s'intéresse au procédé de fabrication de la loi. (p. 26) En réalité, ces différents domaines sont plus des « orientations de recherche » que des composantes toutes différentes les unes des autres. La distinction n'est pas rigoureuse non plus. Il nous semble surtout important de souligner que la science de la législation prend en compte principalement deux catégories de problème : l'expression de la norme, ou la rédaction, et le procédé de fabrication de la norme, ou la procédure. C'est ce que nous allons expliquer par la suite dans notre texte principal.

[1019] MADER, Luzius, *L'évaluation législative*, *op. cit.*, p. 11.

dans les efforts de la clarification du droit, engagés dès l'Ancien Régime en France[1020]. La traduction concrète de ces efforts consistait en des tentatives diverses de codification aux 17e et 18e siècles. Jean Domat avait en effet écrit dans la préface de son « Traité des loix civiles dans leur ordre naturel et le Droit public » que l'« [o]n s'est proposé deux premiers effets de cet ordre, la brièveté par retranchement de l'inutile et du superflu, et la clarté par le simple effet de l'aménagement »[1021]. L'opinion fut partagée par d'autres auteurs comme Montesquieu[1022] et Bentham[1023].

Cette qualité formelle de la loi, en lien avec la démarche codificatrice, était encore au cœur de la science de la législation au début du 20ème siècle. Le doyen Gény, par exemple, s'exprima ainsi lors du centenaire du Code civil français : « Pour diriger la conduite de l'humanité dans la sphère extérieure, que circonscrit l'horizon juridique, il ne suffit pas, faisant œuvre de science, de dégager, par l'observation et la réflexion, des principes qui répondent aux conditions de la vie sociale. Il faut mettre en œuvre ces principes et les adapter aux circonstances concrètes. Dans ce but, un ensemble de procédés ou de moyens pratiques apparaît nécessaire, qui représente la part spécifique de l'art ou du métier dans le Droit et qu'on peut appeler sa technique. Ainsi s'oppose à l'élément substantiel de la jurisprudence, de nature morale et sociologique, un élément formel, d'ordre proprement pratique, qui, s'il ne se sépare pas toujours aisément du premier, dans la réalité des choses, s'en distingue, du moins, fort nettement, pour l'esprit, en ce qu'il tend exclusivement à assurer la réalisation effective des règles, suivant les exigences de la nature et des faits. »[1024]. Ce côté pratique, ou technique du droit, contient notamment une partie formelle. « D'une façon plus large, il faut dire que la législation représente une œuvre littéraire *sui generis*, j'entends ayant un objet nettement spécifié. Dès lors, on s'accordera sans peine à reconnaître que la "bonne loi", le "bon code", doivent, avant tout, présenter les qualités requises de toute œuvre littéraire, qui s'adresse à l'intelligence et à la volonté plutôt qu'à l'imagination et au sentiment : unité, ordre, précision, clarté. »[1025] Mais on peut remarquer déjà que la pensée de Gény sur la législation, du fait de sa systématicité, ne se concentre plus uniquement sur la rédaction du texte. Il conçoit en effet la loi comme un moyen

[1020] DUPRAT, Jean-Pierre, « Genèse et développement de la légistique », *in* DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Rapport pour l'Académie des sciences morales et politiques, PUF, 2005, pp. 11-49, spéc., p. 16.
[1021] Cité par DUPRAT, Jean-Pierre, *Ibidem.*
[1022] De l'Esprit des lois, chap. 16 du Livre XXIX, cité par DUPRAT, Jean-Pierre, *op. cit.*, p. 21.
[1023] cité par DUPRAT, Jean-Pierre, *op. cit.*, p. 19.
[1024] GENY, François, « La technique législative dans la codification civile moderne », *in Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004 (réimpression), p. 991.
[1025] *Ibid.*, p. 996.

pour régir les comportements humains en société. Par conséquent, il faut aussi que la loi soit réellement capable d' « adapter à des fins données l'activité des hommes »[1026].

462. Plus récemment, la science de la législation a prêté davantage attention à cette capacité effective de régir les comportements humains. On peut l'analyser comme un mouvement de rationalisation de la loi[1027]. La rationalité de la loi dépasse alors le simple cadre de la décision politique et de la qualité rédactionnelle pour trouver une rationalité pratique. Une telle rationalité est plus étroitement associée aux réalités sociales ou à « la nature des choses » comme le dit la Cour constitutionnelle allemande. En tant que complément de la rationalité politique, « [e]lle ne vise ainsi pas à indiquer quelles sont les bonnes finalités, les bonnes lois (…). Elle peut en revanche dire si certains moyens sont propres à atteindre certaines finalités. »[1028]. De ce point de vue, c'est toujours l'aspect technique et instrumental de la loi qui est envisagé. L'on voit en même temps que les faits jouent donc un rôle non négligeable dans la détermination de la norme juridique qu'est la loi. Il n'est donc pas non plus possible de séparer sur le plan pratique les faits et la norme. Cette évolution de la rationalité législative va précisément permettre sa rencontre avec les droits fondamentaux dans la procédure législative.

2. La renouveau de la légistique sous l'influence des droits (sociaux) fondamentaux

463. En vérité, les droits (sociaux) fondamentaux n'ont pas joué un rôle de premier plan dans le renouveau de la légistique à l'heure actuelle. Ils ont plutôt favorisé ce mouvement. De manière générale, c'est la qualité déclinante et la quantité grandissante des normes juridiques qui ont alerté les chercheurs et le grand public. Outre la fameuse analyse du doyen Carbonnier que nous avons déjà mentionnée[1029], il ne manque pas de diagnostics de la part d'autres auteurs français[1030] et étrangers[1031]. L'Union européenne serait par ailleurs affectée par une « qualité

[1026] *Ibidem.*
[1027] CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2014, p. 148 et s.
[1028] MORAND, Charles-Albert, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et société*, n°10, 1988, pp. 391-406, spéc., p. 393.
[1029] CARBONNIER, Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 30 et s.
[1030] VIANDIER, Alain, « La crise de la technique législative », *Droits*, 1986, pp. 75-80, spéc., p. 75 : « Alors que le tissu législatif s'épaissit de législature en législature, sa qualité se dégrade. Médiocrement rédigées, obscures, souvent ineffectives, à faible durée de vie, les lois contemporaines offrent le triste spectacle d'une déchéance qui s'accélère. »
[1031] KARPEN, Ulrich, *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, Legistics – freshly evaluated*, Baden-Baden Nomos, 2006, spéc., p. 91 : « *The complaint that there are too many and too bad laws is as old as it is widespread – in Germany as in all countries of Europe.* »

évidemment mauvaise » de sa législation[1032]. Les droits sociaux sont néanmoins doublement engagés dans ce renouveau.

464. D'une part, ils ont été considérés par une partie de la doctrine comme la cause de la « crise législative ». On a pu écrire par exemple que la première cause « tient peut-être à l'enrôlement de la législation dans le mouvement de conquête de la *justice sociale*. Le législateur s'épuise à suivre les revendications exprimées par les différents groupes d'intérêts, économiques et sociaux ; à chaque privilège ou garantie accordés, répond une demande de même nature émanant d'un autre groupe et la trame législative se tisse ainsi, toujours plus serrée » [1033]. L'idée peut en effet venir de la réception des idées de Hayek par certains chercheurs en science de la législation[1034]. On comprend ainsi que les droits sociaux fondamentaux ont une place très délicate. D'un côté, ils peuvent être le guide pour la législation qui les concrétise ; de l'autre, ils peuvent aussi être utilisés dans ce contexte-là comme un argument justifiant la régression de l'Etat social et un outil de la dérégulation[1035]. Il suffit de remarquer pour l'instant que la connotation liée à la dérégulation n'est pas absente dans les discours des instances de l'UE. Dans la communication sur le socle européen des droits sociaux, la Commission s'est donc sentie obligée de préciser à propos de sa stratégie qu'« il ne s'agit pas de moins légiférer, mais d'adopter une approche de la réglementation qui tienne pleinement compte des incidences économiques, sociales et environnementales sur le terrain, de sorte que l'objectif de chaque initiative soit atteint de la meilleure façon possible »[1036].

D'autre part, l'accession des droits sociaux au statut de droit fondamental fait qu'ils doivent être mieux pris en compte dans le processus législatif. Leur concrétisation législative s'effectue donc avec une évaluation de la faisabilité des mesures mises en place[1037]. L'initiative

---

[1032] XANTHAKI, Helen, « The Problem of Quality in EU Legislation : What on Earth is Really Wrong ? », *CML Rev.* 2001, pp. 651-676, sépc., p. 651. Il est vrai que dans cet article, l'auteur a montré surtout les défaillances rédactionnelles dans la législation européenne.

[1033] VIANDIER, Alain, « La crise de la technique législative », *op. cit.*, p. 78.

[1034] V. par exemple, KARPEN, Ulrich, *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, Legistics – freshly evaluated*, *op. cit.*, p. 93, « *The market economy needs relatively few laws. The more the social market economy emerges, the more laws are necessary.* » ; p. 94 : « *The path from liberalization through deregulation to competitive management is supposed to provide relief to the legislative branch. It follows that the development of the welfare state is a principle cause for the overburdening of that branch.* »

[1035] Nous aurons l'occasion de revenir sur la question de la régression dans la section suivante à propos de la limitation substantielle de la liberté du législateur par les droits sociaux fondamentaux. V. infra, n 490 et s.

[1036] Commission européenne, COM(2016) 127 final, préc., p. 7.

[1037] KARPEN, Ulrich, *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, Legistics – freshly evaluated*, *op. cit.*, p. 124 : « *In a constitutional state each state action basically needs to be particulary and detailled legitimized by the constitution. The main instruments of legitimation of state action are laws and budget as enacted by parliament. Since fundamental rights as "defensive rights" – or the source of individual claims – fundamental rights as "sharing*

de la Commission pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux rejoint cette considération. Dès lors, il n'est pas entièrement sûr que les diverses initiatives de la Commission restent bien des exigences de *soft law*, étant donné le caractère contraignant de ces droits. Le juge peut parfaitement inclure ces obligations procédurales dans les effets objectifs des droits (sociaux) fondamentaux. C'est ce qu'il convient d'examiner de manière plus approfondie à présent.

B. De nouvelles obligations procédurales comme source de légitimité de la législation

465. Sur ces bases, certaines obligations procédurales semblent désormais contrôlables par le juge compétent (1). En même temps que cette évolution rend les contraintes plus effectives, le risque d'instrumentalisation de la loi devient d'autant plus grand (2).

1. Des procédés pouvant être contrôlés par le juge

466. Bien qu'il s'agisse d'un contrôle classique effectué par le juge constitutionnel, le contrôle procédural présente un avantage particulier. Le juge devrait normalement apprécier la conformité du contenu d'une législation aux droits fondamentaux. Il peut arriver toutefois que le contenu soit d'une technicité ou d'une complexité si importante que le juge constitutionnel se sent incompétent ou incapable de bien appréhender le fond. Il peut alors tenter de s'appuyer sur certains procédés qu'il impose alors au législateur pour vérifier la constitutionnalité de la loi. Ce faisant, il respecte aussi la liberté du législateur et la répartition des pouvoirs. C'est particulièrement le cas en droit social : comme nous l'avons dit, en concrétisant les droits sociaux fondamentaux, la législation répond souvent de manière ciblée à une question factuellement complexe. Le droit allemand offre à cet égard un exemple intéressant.

Le P[r] Charles-Albert Morand, en comparant le droit suisse avec le droit allemand, remarque déjà dans les années 1980 que le tribunal fédéral suisse « effectue lui-même le contrôle matériel des résultats obtenus à l'issue du processus législatif ; il se prononce lui-même sur le fondement d'une législation dans la réalité, sur l'aptitude de certains moyens à produire certains effets dans la réalité », tandis que la Cour constitutionnelle allemande « [r]enonçant à opérer un contrôle matériel, pour se borner à prescrire et à contrôler le respect de principes en quelque sorte procéduraux de méthode législative, la Cour évite de procéder elle-même à la

rights" -, the legislator in the process of drafting the law has to evaluate the impact of his product on fundamental rights. »

recherche de faits qu'elle est incapable de connaître, mais s'assure par là un contrôle optimal de la rationalité des opérations législatives »[1038].

467. Outre certains arrêts anciens[1039], la décision sur la loi *Hartz IV*[1040] constitue une bonne illustration de cette hypothèse. Rappelons d'abord simplement que la Loi fondamentale allemande n'impose pas de procédure législative interne particulière. Le contrôle de la loi est largement fondé sur le respect des droits fondamentaux et concerne donc le contenu de la loi[1041]. Le juge constitutionnel ne peut donc imposer des obligations législatives indirectement à travers les droits fondamentaux. La décision sur la loi *Hartz IV* montre justement comment la Cour constitutionnelle allemande, tout en respectant la marge de manœuvre du législateur pour instaurer un revenu minimal, invalide la loi sur le fondement de l'inadéquation de la méthode appliquée par le législateur. La décision a déjà fait l'objet d'excellents commentaires en France[1042]. Il est souvent souligné que, la Loi fondamentale allemande ne consacrant pas directement le droit à un minimum vital, c'est par la combinaison entre la dignité humaine (art. 1 de la Loi fondamentale) et le principe de l'Etat social (art. 20) que le juge arrive à reconnaître un tel droit. La décision *Hartz IV* confirme donc l'indivisibilité des droits de la personne qui se fonde sur la dignité humaine : avec le principe de l'Etat social, cette dernière arrive à donner lieu à un droit qui n'est pas textuellement contenu dans la Loi fondamentale et qui a pourtant un aspect éminemment fondamental pour une existence digne. Nous n'allons pas étudier en détail cet aspect bien souligné. En revanche, nous examinerons surtout les effets que ce droit produit sur la législation.

468. En effet, la loi *Hartz IV*, entrée en vigueur en 2005, avait pour objet de modifier le code de la sécurité sociale allemand en y introduisant une assurance de base pour les personnes

---

[1038] MORAND, Charles-Albert, « Les exigences de la méthode législative (…) », *op. cit.*, p. 397.
[1039] Par exemple l'arrêt du 19 décembre 1978, BVerfGE, 50, 57, analysé par GUSY, Christoph, « Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre ? », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1985, p. 291 et s., cité par MORAND, Charles-Albert, *Ibid.*, p. 396.
[1040] BVerfGE 125, 175-260, 9 février 2010. Une traduction en anglais est disponible sur le site de la Cour constitutionnelle fédérale allemande : http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/ls20100209_1bvl000109en.html;jsessionid=BE62DFB2AA5B8198889A05BAD2A1D843.1_cid392
[1041] ROSE-ACKERMAN, Susan, Stefanie EGIDY et James FOWKES, *Due Process of Lawmaking, op. cit.*, 2015, p. 172.
[1042] FERCOT, Céline, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision "Hartz IV" de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », *RDSS*, 2010, pp. 653-661 ; PALPANT, Catherine, « L'arrêt de Karlsruhe relatif à la loi Hartz IV : vers une redéfinition de l'Etat social allemand ? », *Dr. soc.*, 2010, pp. 696-697 ; v. aussi, EGIDY, Stefanie, « Casenote – The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Constitutional Court », *German Law Journal*, 2011, p. 1961.

inactives, afin de leur permettre de « mener une vie conforme à la dignité humaine ». Remarquons au passage que c'est cette prestation-là qui a été demandée par des citoyens européens dans les affaires *Dano*, *Alimanovic* et *Nieto* que nous étudierons dans le chapitre suivant[1043]. La Cour constitutionnelle allemande, saisie dans trois affaires différentes, devait apprécier l'adéquation de la prestation au regard du droit à un revenu minimal de subsistance. Pour ce faire, la Cour précise d'abord que la marge de manœuvre du législateur correspond à un contrôle restreint de la constitutionnalité de la loi, c'est-à-dire les erreurs manifestes de la législation (§141). Ensuite, en refusant de voir dans le droit au minimum vital la fixation d'une somme quantifiée, la Cour se tourne vers le procédé législatif. Selon la Cour, « *[t]he protection of the fundamental right therefore also covers the procedure to ascertain the subsistence minimum because a review of results can only be carried out to a restricted degree by the standard of this fundamental right. In order to ensure the traceability of the extent of the statutory assistance as commensurate with the significance of the fundamental right, as well as to ensure the review of the benefits by the courts, the assessment of the benefits must be clearly justifiable on the basis of reliable figures and plausible methods of calculation* » (§142). Le contrôle du respect du droit fondamental au minimum vital ne s'exerce donc pas sur le contenu, mais sur la procédure de la législation. La Cour assure ainsi un équilibre entre la nécessité de protéger les droits sociaux fondamentaux et le respect du pouvoir législatif.

Par la suite, elle précise ces obligations procédurales du législateur : il faut d'abord que la méthode soit rendue publique pour permettre son contrôle, donc transparence de la procédure. (§144). De même, la méthode employée doit être justifiable (§159). La Cour constate que l'ancienne prestation qui remplissait la même fonction était calculée conformément à l'indice de base pour l'assistance sociale (*basic standard rate according to social assistance law*) qui prenait en compte tous les besoins de consommation d'un individu[1044] (§160). Cette méthode était rationnelle et le législateur n'était pas obligé d'appliquer un autre modèle de calcul (§166). Or, le législateur ne peut changer de méthode sans une justification suffisante. (§171, §173). Le nouveau calcul, ne s'appuyant pas sur un échantillon fiable (§174) et utilisant des équivalences

[1043] V. infra, n° 538 et s.
[1044] Le calcul prend en compte le niveau de consommation des vingt derniers pourcents des ménages en termes de dépenses.

non justifiées (§183), ne présente pas une justification suffisante[1045]. Par conséquent, la loi *Hartz IV* ne respecte donc pas le droit au minimum vital, protégé par la Loi fondamentale.

469. Cette décision a été confirmée et en partie nuancée par un arrêt en 2012. Cette fois-ci, c'est le montant des prestations pour les demandeurs d'asile (*Asylbewerberleistungsgesetz*) qui était mise en cause[1046]. La Cour constitutionnelle allemande a à nouveau confirmé l'existence du droit au minimum vital, dérivé de la dignité humaine et du principe de l'Etat social (§88). Ce droit fondamental, « en tant que droit de l'homme », devrait par ailleurs bénéficier à toute personne séjournant en Allemagne, quelle que soit leur nationalité (§89). La Cour cite par ailleurs la directive 2003/9 de l'UE sur les conditions d'accueil des demandeurs d'asile, le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels et la Convention internationale sur les droits de l'enfant de 1989, pour préciser les obligations du législateur (§94). Ces références aux droits européen et international constituent une différence notable avec l'arrêt *Hartz IV*. En ce qui concerne la procédure législative, la Cour rappelle la solution dégagée par l'arrêt *Hartz IV* : le législateur jouit d'une marge de manœuvre et la Cour se borne à un contrôle de l'insuffisance évidente des prestations (§103) ; la détermination du montant de ces prestations doit se faire à l'aide d'une méthode justifiée (§104). Mais en même temps, la Cour rappelle que la Loi fondamentale elle-même n'impose aucune procédure, ni méthode particulière (§96) et souligne surtout la transparence de la procédure. Voici donc une autre nuance apportée à l'arrêt *Hartz IV*. A notre avis, cette précision n'invalide pas les analyses qui voient dans ces décisions une exigence constitutionnelle sur la procédure législative interne[1047]. Le nouvel arrêt montre assez bien que ces exigences procédurales sont formulées toujours à travers la protection des droits fondamentaux. Constatant, entre autres, l'absence de méthode permettant d'évaluer réellement les besoins des personnes (§116), la Cour constitutionnelle déclara la loi inconstitutionnelle. Incontestablement, une telle évolution rend le respect des droits sociaux fondamentaux beaucoup plus contraignant dans le processus législatif. En même

[1045] La Cour juge de même que la réduction de la prestation de 40% pour les enfants de moins de 14 ans ne trouve pas de justification suffisante non plus.
[1046] BVerfGE 132, 134-179, 20 juin 2012, *NJW* 2012, p. 3020 ; *JA* 2012, p. 794, n. S. Muckel.
[1047] NOLTE, Jakkob, « Rationale Rechtsfindung im Sozialrecht » *Der Staat*, 2013, p. 245 ; DANN, Philipp, « Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität », *Der Staat*, 2010, p. 630 ; BRENNER, Michael, « Das innere Gesetzgebungsverfahren im Lichte der Hartz IV – Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts », *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2011, p. 394 ; cités par ROSE-ACKERMAN, Susan, Stefanie EGIDY et James FOWKES, *Due Process of Lawmaking*, *op. cit.*, p 174 et p. 181.

temps, en raison du caractère procédural de ces obligations législatives, il faut aussi se garder d'une éventuelle tendance à la collecte aveugle des données.

2. Le risque d'instrumentalisation d'un éventuel passage au droit de l'UE

470. En suivant l'analyse du doyen Carbonnier qui parle de « l'invasion du droit bureaucratique »[1048], le Pr Duprat mentionne aussi le risque de l'instrumentalisation de la loi dans ces tendances. Selon lui, « [d]'un point de vue organique, le parlement est concurrencé, ainsi que la conception de la loi qui en découle, par le rôle attribué au contrôle de constitutionnalité et surtout l'ascendant exercé par le gouvernement, donc les services administratifs, sur la production législative. »[1049]. Il est vrai que, comme nous l'avons expliqué, cette nouvelle science de la législation conçoit la loi dans sa dimension technique comme un moyen pour atteindre des résultats souhaités. Les obligations procédurales (surtout internes) tendent alors à assurer « l'optimisation des résultats »[1050] qui se traduit aussi par « l'efficience » de la loi évaluée par une analyse coût-bénéfice[1051].

En effet, le risque d'un basculement du règne de la loi à la gouvernance par les nombres[1052] n'est pas à exclure. Si l'on revient à des procédés tels que l'analyse d'impact, les lignes directrices établies par la Commission montrent que, d'une part, la collecte et l'analyse des données, ainsi que la consultation des experts, sont « essentielles » pour effectuer l'évaluation[1053] ; et d'autre part, que la comparaison entre différentes options législatives se réalise à travers l'analyse coût-bénéfice[1054]. Cette tendance bureaucratique et technocratique menace en effet d'affaiblir encore plus le législateur européen, déjà en butte à la critique sur

[1048] CARBONNIER, Jean, *Droit et passion du Droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 30.
[1049] DUPRAT, Jean-Pierre, « Genèse et développement de la légistique », *op. cit.*, p. 32.
[1050] MORAND, Charles-Albert, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *op. cit.*, p. 402. Le passage suivant mérite aussi d'être cité en détail : « la méthode législative est une discipline carrefour qui utilise les connaissances et les méthodes développées dans le cadre de toutes les sciences de l'homme et occasionnellement, selon l'objet de la législation, par les sciences de la nature. La sociologie et la logique forment l'armature centrale de la discipline. Mais celle-ci recourt à d'autres types de connaissances : l'économie pour l'analyse d'efficience, la psychologie pour l'étude des comportements. Elle forme un complexe normatif englobant les préceptes méthodologiques empruntés aux diverses disciplines qui la composent. Elle est constituée de règles d'expérience appliquées à la genèse de la législation. Tournées vers l'optimalisation des résultats, ces règles ont un caractère praxéologique marqué. »
[1051] MADER, Luzius, *L'évaluation législative, pour une analyse empirique des effets de la législation*, *op. cit.*, p. 86.
[1052] SUPIOT, Alain, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 157 et s.
[1053] Commission européenne, SEC(2009) 92, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact, p. 19.
[1054] *Ibid.*, p. 50.

son déficit démocratique[1055]. Nous avons déjà évoqué le rapport annuel sur l'application de la Charte des droits fondamentaux qui s'appuie sur le nombre croissant de cas où la Charte se trouve mentionnée ou invoquée[1056].

471. S'il convient d'être vigilant sur le risque d'une instrumentalisation de la législation européenne, il nous paraît aussi nécessaire de ne pas aller trop vite en besogne avec un rejet complet de cette approche. Comme nous l'avons vu dans le cas allemand, les procédés législatifs, orientés vers la protection des droits (sociaux) fondamentaux, renforcent la transparence, la rationalité, et la légitimité de la loi. Contrairement à l'assujettissement et l'instrumentalisation de la loi, elles essaient de mieux la fonder dans un ordre juridique qui reconnaît le principe de l'Etat de droit et qui respecte les droits fondamentaux (art. 2, TUE). L'essentiel est de garder la « bonne mesure » ou le critère approprié pour le contrôle, c'est-à-dire les droits fondamentaux. Le travail législatif est alors apprécié comme un élément de la concrétisation de ces droits et non pas la simple gouvernance qui au final réduirait les droits fondamentaux à un paravent rhétorique. Nous pouvons préciser cette observation de deux manières :

472. 1° Tout d'abord, l'existence de certaines procédures législatives internes peut réellement contribuer au respect des droits fondamentaux par la loi. En droit de l'UE, la Cour de justice a déjà eu l'occasion d'invalider une directive pour sa rédaction insuffisamment protectrice des droits fondamentaux. Dans l'affaire *Digital Rights Ireland Ltd. et al.*[1057], il était question de la compatibilité entre la directive 2006/24 sur la conservation des données électroniques en ligne et les articles 7, 8 et 11 de la Charte, relatifs respectivement à la protection de la vie privée, à la protection des données personnelles et à la liberté d'expression. En ce qui nous concerne, on peut simplement remarquer que la Cour nota surtout que la directive ne prévoyait aucune règle concernant la limitation de l'accès à ces données par les autorités nationales (§61) et qu'elle ne respectait donc pas la Charte. On pourrait donc analyser cette décision dans le cadre de « l'omission législative »[1058], mais il est également clair que c'est

---

[1055] VAUCHEZ, Antoine, *Démocratiser l'Europe*, Paris, Seuil, 2014, p. 33 et s. sur la question de l'expertise dans la construction européenne.
[1056] V. par ex., le Rapport pour 2014, p. 6 : « *As a young source of law, the Charter has steadily gained legal importance. In 2014, 210 decisions in EU Courts quoted the Charter, compared with 43 in 2011, 87 in 2012 and 114 in 2013.* »
[1057] CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd et Kärntner Landesregierung*, aff. jtes, C-293/12 et C-594/12, *AJDA* 2014, p. 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2014, p. 1355, n. C. Castets-Renard ; *RTD eur.* 2015, p. 168, chron. Fl. Benoît-Rohmer.
[1058] V. infra, n° 475.

l'insuffisance de la procédure législative qui a conduit à une omission aussi importante[1059]. Du moins, la Commission interprète ainsi la leçon de cet arrêt[1060].

En matière sociale, l'examen des procédés législatifs permettrait aussi de concilier plus facilement la protection des droits sociaux fondamentaux et la marge d'appréciation des législateurs nationaux, comme c'est potentiellement le cas dans l'arrêt *Brey*[1061]. Il était question de l'octroi d'une prestation sociale à caractère non contributif en Autriche. La loi générale relative à la sécurité sociale de l'Autriche (*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*) prévoyait un complément de pension pour les retraités ayant des ressources faibles. Elle conditionnait néanmoins l'octroi de cette pension aux citoyens européens à la possession de ressources suffisantes. C'est ainsi qu'une caisse avait refusé la demande d'un retraité allemand qui demandait cette prestation. Nous aurons l'occasion de revenir sur l'interprétation du contenu de l'égalité de traitement et la solidarité entre les citoyens européens dans le chapitre suivant ; ce qui est intéressant ici, c'est que la Cour, tout en reconnaissant la légitimité d'une condition de ressources (conformément à la directive 2004/38) pour sauvegarder le système de la sécurité sociale autrichien, condamne toute appréciation arbitraire des autorités nationales. La Cour considère que « les autorités nationales compétentes ne sauraient tirer une telle conclusion [i. e. le fait qu'il existe une charge déraisonnable pour le système de sécurité sociale] sans avoir procédé à une appréciation globale de la charge que représenterait concrètement l'octroi de cette prestation sur l'ensemble du système national d'assistance sociale en fonction des circonstances individuelles caractérisant la situation de l'intéressé. » (§64). Bien que cette injonction s'adresse en l'espèce à des autorités administratives autrichiennes, il n'y pas de raison d'exclure le législateur de ces « autorités compétentes ». La Cour pourrait donc poser indirectement une obligation procédurale législative, en vertu de la protection des droits sociaux fondamentaux de l'UE. L'arrêt *Commission contre Chypre*[1062] confirme une telle analyse, bien que dans un domaine un peu différent. En l'occurrence, Chypre prévoyait une réduction

[1059] Il est aussi intéressant de remarquer dans cet arrêt que la directive était bien précédée par une analyse d'impact et une consultation d'experts. La Cour a noté cette circonstance elle-même (§11), mais elle n'a pas suffi à démontrer une protection suffisante des droits fondamentaux aux yeux de la Cour. Est-ce à dire que la Cour ne reconnaît ni le caractère juridique de ces procédés, ni leur utilité pour la protection des droits fondamentaux ? La réponse n'est pas tout à fait claire. Mais on peut comprendre que ces obligations commencent simplement à émerger. La Cour peut s'appuyer sur ces éléments-là (voire les rendre obligatoires à un moment donné), mais n'a pas l'intention de les prendre comme des critères suffisants en matière de protection des droits fondamentaux.
[1060] Commission européenne, *Le Rapport 2014 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux*, Luxembourg, Publications de l'UE, p. 7.
[1061] CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, C-140/12, *RDSS* 2013, p. 1039, n. C. Boutayeb.
[1062] CJUE, 21 janvier 2016, *Commission contre Chypre*, C-515/14, *Europe* 2016, n°3, p. 48, n. A. Rigaux.

forfaitaire des droits de pension pour les fonctionnaires démissionnant avant l'âge de 45 ans. Le gouvernement chypriote justifia cette mesure, qui constituait selon la Cour une entrave à la libre circulation des travailleurs, par la nécessité de préserver l'équilibre du système national de sécurité sociale. La Cour reconnut cet objectif comme légitime, mais jugea que « [l]es raisons justificatives susceptibles d'être invoquées par un État membre doivent donc être accompagnées des preuves appropriées ou d'une analyse de l'aptitude et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par cet État, ainsi que des éléments précis permettant d'étayer son argumentation. Il importe qu'une telle analyse objective, circonstanciée et chiffrée soit en mesure de démontrer, à l'aide de données sérieuses, convergentes et de nature probante, qu'il existe effectivement des risques pour l'équilibre du système de sécurité sociale » (§54). C'est donc bien une obligation d'analyse qui est imposée au législateur de Chypre.

473. 2° Ensuite, on peut aussi éviter de tomber dans le piège de la rationalité technico-économique d'un point de vue théorique. D'après le P[r] Helen Xanthaki, nous pouvons bénéficier de la distinction que faisait déjà Aristote entre science (*epistèmè*), art (*technè*) et raison pratique (*phronesis*)[1063]. En effet, le risque d'instrumentalisation existe seulement lorsque la législation est pensée sur le seul modèle « technique ». Elle serait dès lors conçue en effet comme un pur moyen pour atteindre les résultats escomptés. Toutefois, il semble indéniable que la législation conformément au principe de l'Etat de droit exige aussi une appréciation de la justesse de l'action législative dans un contexte particulier. C'est le propre de la raison pratique de prendre en considération les circonstances particulières pour choisir la bonne action[1064]. Des procédés tels que l'analyse d'impact doivent donc être compris et appliqués dans ce sens phronétique et non pas dans un sens purement technique. En termes pratiques, on peut penser que la loi reste l'expression d'une volonté politique qui est prise sur un modèle délibératif. Les analyses techniques contribuent à améliorer son effectivité,

---

[1063] V. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, livre VI, chapitres 5 à 11, cité par XANTHAKI, Helen, *Drafting Legislation. Art and Technology of Rules for Regulation*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, p. 11.

[1064] *Ibid*., p. 15 : « *Law, and consequently drafting, is a liberal discipline where theoretical principles guide the drafter to conscious decisions made in a series of subjective empirical and concrete choices. And, as it is phronetic, law is context dependent, in the sense that it can only inform on what might work in certain circumstances, but the decision about what to do in any specific circumstance will always depend on normative judgements what have to be made by those who are there. It is also subject to revision as new perspectives are encountered: it is always revisable. (...) phronetic legislative drafting is centrally about decisions on how things can and should be done, and actually how to perform the task.* » Remarquons par ailleurs que cette possibilité (voire nécessité) de réadapter la loi à de nouvelles circonstances est en effet prise en compte par certaines doctrines constitutionnelles actuelles. Un exemple un peu extrême est la loi soumise à une « *sunset clause* » qui exige le réexamen de la loi au bout d'une durée définie. V. KOUROUTAKIS, Antonios, *The constitutional value of sunset clauses : an historical and normative analysis*, London, Routledge, 2017.

notamment lorsqu'elle affecte l'exercice des droits fondamentaux. Mais ces analyses ne sauraient remplacer la décision que le législateur doit prendre lorsqu'il est dûment informé. Comme nous l'avons dit, la valorisation du contrôle des procédures législatives aurait aussi l'avantage de faire respecter davantage cette décision du législateur, le juge s'assurant surtout que ce dernier a été correctement informé avant sa prise de décision. C'est sans doute pourquoi certains auteurs qualifient ce type de contrôle comme « semi-procédural »[1065] : pour éviter tant la transformation d'une démocratie surtout parlementaire au « gouvernement des juges » que l'impossible contrôle des faits complexes, le juge renonce à exercer un contrôle substantiel complet et se limite à examiner si certains procédés législatifs ont été correctement effectués pour garantir la rationalité pratique de la loi, notamment en ce qui concerne le respect des droits (sociaux) fondamentaux.

Avec cette remarque, nous sommes aussi conduits à nous demander s'il y a des contraintes générales sur la liberté substantielle du législateur qui résulteraient des droits fondamentaux.

Section 2 : Des contraintes éventuelles sur la liberté substantielle du législateur

474. Tout en restant dans l'étude de la production des normes législatives, on s'approche déjà sensiblement du contrôle du contenu des lois au regard des droits fondamentaux : il s'agit toujours du niveau substantiel de la protection des droits fondamentaux. Néanmoins, il reste que dans le contrôle du contenu au sens strict, ce sont les exigences d'un ou de plusieurs droits fondamentaux pris dans leur particularité. Cette section étudie en revanche les contraintes sur la liberté substantielle du législateur qui sont issues de la qualité même de droit fondamental. Si l'on reprend notre définition du droit fondamental comme principe qui demande à être construit de la meilleure manière, il y aurait dès lors une exigence objective pour le législateur de réaliser ces droits. Deux exigences plus concrètes peuvent en résulter ou devraient au moins susciter l'attention doctrinale : en premier lieu, la « construction » étant une action, le législateur ne devrait donc pas s'abstenir (§1) ; en second lieu, la « construction » ayant une

[1065] MESSERSCHMIDT, Klaus, « The Race to Rationality Review and the Score of the German Constitutional Court », *Legisprudence* 2012, pp. 347-378 ; v. aussi, BAR-SIMAN-TOV, Ittali, « The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process », *Boston University Law Review* 2011, pp. 1915-1974, disponible à https://ssrn.com/abstract=1843564.

connotation positive, le législateur ne devrait pas non plus défaire le niveau de protection déjà acquis (§2).

§1. L'omission législative

475. L'omission législative se caractérise par une abstention du législateur incompatible avec la Constitution ou, dans le contexte européen, avec les traités. Cependant, si la question est largement discutée à propos des ordres juridiques des Etats membres, la doctrine ne s'est pas encore, nous semble-t-il, intéressée au même phénomène en droit de l'UE. Nous partons donc d'abord de quelques exemples nationaux pour clarifier le concept de « l'omission législative » (A), avant d'étudier le droit de l'UE (B).

A. La systématisation du régime de l'omission législative

476. De nombreux systèmes juridiques en Europe connaissent aujourd'hui un contrôle de l'omission législative[1066]. Mais la situation concrète varie encore fortement d'un pays à l'autre : si la France n'est qu'au début de cette évolution[1067], le Portugal consacre même expressément un article à cette question[1068] dans la Constitution. Nous nous servirons donc de ces exemples nationaux pour déterminer les types d'omission législative et leurs caractéristiques essentielles (1) ; ils nous montrent en même temps des difficultés nationales relatives à la sanction à adopter en cas d'omission (2).

1. Les différents types de l'omission législative

477. Le fondement du contrôle de l'omission législative est assez facile à comprendre. En effet, « les silences législatifs peuvent faire naître des normes implicites potentiellement inconstitutionnelles et doivent donc faire l'objet d'un contrôle juridique »[1069]. Mais sa réalité

[1066] V. les rapports nationaux rédigés pour la 14ème Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes : « Problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle ». Disponible à : http://www.confeuconstco.org/

[1067] QUINART, Emilien, « Quand le Conseil constitutionnel propose la loi ? », *AJDA*, 2014, pp. 142-146.

[1068] V. l'article 283 de la Constitution du Portugal : « Article 283 (Inconstitutionnalité par omission)
1. A la demande du président de la République, du médiateur ou en se fondant sur la violation des droits des régions autonomes, des présidents des Assemblées législatives des régions autonomes, le Tribunal constitutionnel apprécie et constate l'inobservation de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires à l'application de normes constitutionnelles.
2. Quand le Tribunal constitutionnel constate l'existence d'une inconstitutionnalité par omission, il en donnera connaissance à l'organe législatif compétent. (traduction disponible à http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976a.htm#p3)

[1069] QUINART, Emilien, « Quand le Conseil constitutionnel propose la loi ? », *op. cit.*, p. 144.

paraît moins facile à saisir : est-ce une inaction totale du législateur, si bien que l'on peut parler du « droit à la norme »[1070] ? Suffit-il qu'il existe des imprécisions qui semblent relever plutôt de la « suffisance du texte »[1071] ? Pour répondre à ces questions, il convient de préciser les distinctions (ou non) entre omission et incompétence négative (a), entre omission réelle et omission apparente (b), entre omission intrinsèque et omission extrinsèque (c).

a. Omission législative et incompétence négative

478. A cet égard, le cas français est particulièrement intéressant, car le Conseil constitutionnel connaît depuis longtemps le contrôle de l'incompétence négative[1072] et soulève même d'office ce moyen. A l'origine, l'incompétence négative semblait désigner le cas où « l'autorité compétente n'avait pas du tout exercé sa compétence – le cas donc d'une omission »[1073]. Au fur et à mesure, l'incompétence négative est devenue « le fait pour le législateur de ne pas avoir épuisé entièrement sa compétence telle qu'elle a été instituée par la Constitution »[1074]. Certes, l'omission n'est plus totale, mais l'incompétence négative semble constituer au moins un cas d'omission partielle.

479. Cependant, il semble que l'incompétence négative ne soit pas tout à fait semblable à l'omission. Si le contrôle de la première vise la manière dont le législateur exerce sa compétence, le contrôle de la dernière est centré sur ce qu'a réellement prévu le législateur. On peut reprendre des notions classiques pour dire que l'incompétence négative est sanctionnée en vertu de la « constitutionnalité externe » (notamment la compétence du législateur), alors que l'omission législative doit rester dans le domaine de la « constitutionnalité interne »[1075] (il s'agit alors d'apprécier le contenu de la loi). Comme M[me] Patricia Rrapi l'a bien montré, cette confusion vient de la jurisprudence sur les Questions Prioritaires de Constitutionnalité du Conseil constitutionnel lui-même[1076] qui n'accepte le moyen d'incompétence négative dans le

[1070] RIBES, Didier, « Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, pp. 237-274.
[1071] RRAPI, Patricia, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Etude sur la « qualité de la loi »*, Dalloz, 2014, p. 139 : « La "suffisance du texte", entendue dans le sens de la prédétermination de l'utilisation du texte, permet d'articuler un contrôle de constitutionnalité destiné à renforcer la protection des droits et libertés fondamentaux. »
[1072] Pour une présentation générale, v. ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2013, 10[e] éd., p. 135 et s.
[1073] RRAPI, Patricia, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 39.
[1074] *Ibid*.
[1075] ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 139
[1076] RRAPI, Patricia, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 171

cadre d'une QPC que si cette dernière affecte un droit fondamental[1077]. Comme ce n'est pas le sujet ici, nous n'entrons pas dans les détails. Il suffit de remarquer que l'omission législative peut aussi exister lorsque le législateur a pleinement exercé sa compétence.

Cette hypothèse semble présente dans une décision récente[1078] sur le travail des personnes incarcérées, où le Conseil, tout en déclarant la loi conforme à la Constitution française, formula une critique contre l'abstention du législateur. Il s'agit de l'article 717-3 du Code de procédure pénale qui dispose entre autres que « [l]es relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail ». Certains détenus ont contesté cette disposition sur le fondement des alinéas cinq et six du Préambule de la Constitution de 1946, relatifs respectivement au droit d'obtenir un emploi et à la liberté syndicale. Le Conseil constitutionnel, appréciant l'ensemble des dispositions de cet article, ne l'a pas jugé contraire à la Constitution, mais il précisa qu' « il [était] loisible au législateur de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits ». A la première lecture, on peut penser qu'il n'y a aucun grief d'inconstitutionnalité, externe ou interne. Mais à regarder de plus près, l'affirmation du Conseil semble plutôt vouloir expliquer qu'il y a tout de même une insuffisance dans la protection des droits sociaux fondamentaux des détenus, mais de toute façon, il n'est en aucun cas possible de penser qu'il y eût une incompétence négative.

b. Omissions réelle et apparente

480. Cette distinction vient de la doctrine constitutionnelle allemande. Etant donné que les droits fondamentaux n'ont pas seulement un effet défensif face à l'ingérence du législateur, une omission législative peut aussi constituer une violation de ces droits-là. La Cour constitutionnelle allemande, après un premier temps d'hésitation, a accepté la possibilité pour une personne privée de formuler une plainte constitutionnelle (*Verfassungsbeschwerde*) contre une omission législative[1079]. Il reste que cette action ne doit pas être confondue avec d'autres plaintes qui visent l'inconstitutionnalité d'une disposition législative en particulier. C'est ici

---

[1077] Conseil constitutionnel, 18 juin 2010, *SNC Kimberly-Clark*, n°2010-5 QPC, *Revue de droit fiscal* 2010, décembre, n°48, pp. 16-18, n. M. Guichard et R. Grau.
[1078] Conseil constitutionnel, 14 juin 2013, M. Yacine T. et autre, n°2013-320/321 QPC, *RDT* 2013, p. 565, obs. C. Wolmark ; *RDSS* 2013, p. 639, note S. Brimo ; *Constitutions* 2013, p. 408, chron. M. Ghevontian ; *AJDA* 2014, p. 142, étude E. Quinart ; *D.* 2014, p. 1115, chron. P. Lokiek et J. Porta.
[1079] BVerfGE 77, 170 (214), citée par GERHARDT, Michael, « Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's Case-Law », 2007, Rapport de l'Allemagne pour le 14e Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, p. 17, disponible à : http://www.confeuconstco.org/

que l'on trouve la distinction entre omissions réelle (*echtes Unterlassen*) et apparente (*unechtes Unterlassen*).

Selon M. Michael Gerhardt, ancien juge à la Cour constitutionnelle allemande, « *[a] genuine omission exists not only in the (rare) cases in which the legislature has not taken any action at all, but above all if a statutory regulation exists but protection that goes beyond the regulation has not yet been granted, with the consequence that no decision has been passed as yet concerning the protection sought by the citizen. If the subject-matter of the constitutional complaint is a statutory regulation on the basis of which the claim for protection asserted by the citizen has been rejected, the constitutional complaint challenges a non-genuine omission.* »[1080]. Autrement dit, l'omission législative correspond bien à une inaction du législateur, y compris l'inertie face à des changements de circonstances[1081]. La loi existe certes, mais ne traite pas de la protection des droits fondamentaux. En revanche, une loi qui prend en compte les droits fondamentaux, mais qui donne une réponse négative ou insuffisante, doit être considérée comme une omission apparente du législateur. C'est pourquoi l'abstention du législateur de réduire le taux d'alcool permis pour les conducteurs ne constitue pas une omission réelle au regard de la protection de la sécurité routière et du droit à l'intégrité corporelle[1082]. En doctrine, on parle aussi des omissions relatives, qui résultent de l'insuffisance d'une norme existante et des omissions absolues, qui renvoient à une absence totale de norme législative[1083].

c. Omissions intrinsèque et extrinsèque

481. Les deux distinctions précédentes nous permettent surtout d'écarter l'incompétence négative et l'omission apparente du champ de l'omission législative. Au sein des omissions réelles, il est aussi utile de noter la différence entre omissions intrinsèque et extrinsèque. On trouve cette distinction par exemple en droit constitutionnel belge, où l'on parle plus exactement

---

[1080] *Ibid.*, p. 18

[1081] La Cour constitutionnelle allemande reconnaît aussi une « obligation d'amélioration » (*Nachbesserungspflicht*) de la part du législateur.

[1082] BVerfG, 91, 207, du 27 avril 1995, AZ. 1 BvR 729/93, *NJW* 1995, 2343, citée par GERHARDT, Michael, « Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's Case-Law », *op. cit.*, p. 18.

[1083] WESSEL, F. K. M., « Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde », *Deutsches Verwaltungsblatt*, Bd. 67(6), 15 März 1952, pp. 161-164; cité par TUSSEAU, Guillaume, « Commentaire de la décision du Tribunal constitutionnel du Pérou du 3 septembre 2015, Caso Ley de presupuesto publico », *RFDA*, 2015, pp. 1209-1214 ; et cité *in ibid.*, SAGUES, Francisco Fernández, « Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omision. Los tribunales constitucionales en latinoamérica como legisladores suplentes y precarios », *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 13-69.

de « lacunes » intrinsèques (ou qualifiées) et extrinsèques (ou simples)[1084]. Ces deux sortes de lacunes sont constatées dans un contentieux très fertile pour l'omission législative, à savoir le contentieux de la non-discrimination. Ayant ce contexte en vue, on peut donc dire que la lacune intrinsèque est une omission relative au contenu même de la norme législative contrôlée, alors que la lacune extrinsèque renvoie à l'absence d'une norme formellement indépendante de la norme contrôlée, mais qui reste comparable à cette dernière[1085].

Par exemple, l'absence du droit de recours du personnel d'une assemblée législative contre leur employeur en Belgique était condamnée par la Cour constitutionnelle belge (à l'époque encore dénommée « Cour d'arbitrage ») comme une lacune extrinsèque, puisque les personnels employés par des autorités administratives diverses avaient déjà un droit de recours et que les deux types de personnels étaient jugés comparables par la Cour[1086]. En revanche, une loi qui crée un régime avantageux pour les inspecteurs de l'enseignement qui ont réussi leur concours après une date spécifique, commet une omission intrinsèque, dans la mesure où les inspecteurs ayant réussi le concours avant la date donnée étaient ignorés par la loi[1087]. En sortant du contexte particulier de la non-discrimination, on peut ajouter qu'une omission extrinsèque (ou simple) peut aussi consister en une abstention pure et simple du législateur. La décision n°474/02 du 19 novembre 2002 de la Cour constitutionnelle portugaise présente cette hypothèse. En l'espèce, le législateur portugais n'a pas mis en œuvre un régime complet d'assurance chômage pour l'ensemble des employés de l'administration publique. La Cour constitutionnelle constate alors l'existence d'une omission partielle concernant un droit social fondamental[1088].

Ces distinctions sont en effet utiles pour déterminer les conséquences à donner pour une omission législative.

[1084] MELCHIOR, Michel, et Claude COURTOY, « L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle », Rapport de la Belgique pour le 14e Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, disponible à www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report_Belgium_fr.pdf

[1085] *Ibid.*, pp. 5-6.

[1086] Cour d'arbitrage, 15 mai 1996, n°31/96, cité par MELCHIOR, Michel, et Claude COURTOY, *op. cit.*, p. 9.

[1087] Cour d'arbitrage, 10 mars 1998, n°25/98, cité par MELCHIOR, Michel, et Claude COURTOY, *op. cit.*, p. 19.

[1088] V. SERRA, Bravo, Luís Nunes de ALMEIDA, Artur Maurício MAURICIO, Guilherme DA FONSECA, Maria dos PRAZERES, Pizarro BELEZA, José de SOUSA E BRITO, et Maria Helena BRITO, «"Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European
Constitutional Courts », p. 44, disponible à http://www.confeuconstco.org/

2. La sanction de l'omission législative

482. La question relative aux conséquences de l'omission législative constitue parfois un motif pour le juge constitutionnel de refuser un tel contrôle. Ce fut le cas en Allemagne avant que la Cour de Karlsruhe ne changeât sa position[1089]. On comprend assez bien la difficulté : lorsqu'il condamne une abstention du législateur, le juge peut facilement s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, en établissant surtout « la bonne norme » qu'il faudrait appliquer. On aurait pu donc étudier cette question sous l'angle de l'office du juge en matière des droits fondamentaux[1090]. Mais il est aussi évident qu'il s'agit avant tout de l'obligation du législateur au regard des droits fondamentaux. En raison de cette difficulté, chaque droit national tend à construire son propre équilibre, mais au-delà des différences en droit positif, la problématique théorique nous paraît commune à tous ces systèmes juridiques : en cas d'omission du législateur, est-il permis au juge constitutionnel d'y remédier par sa jurisprudence ? Si oui, quelles en sont les limites ?

483. Si l'on reprend les distinctions établies ci-dessus, on devrait pouvoir affirmer les analyses suivantes :

Tout d'abord, le juge constitutionnel ne peut déclarer une loi nulle, puisque une omission réelle n'est ni une incompétence négative, ni une omission apparente. N'étant pas une incompétence négative, le législateur a donc correctement exercé sa compétence ; n'étant pas une omission apparente, ce ne sont donc pas les mesures mises en œuvre qui portent atteinte aux droits fondamentaux, autrement dit, il n'y a pas lieu de les déclarer nulles. En somme, l'omission réelle, en tant qu'abstention, ne peut être sanctionnée par une annulation (il n'y a rien à annuler), mais par une action ou une obligation d'action. C'est dire que le juge constitutionnel doit soit lui-même créer une norme, auquel cas il devient en effet un « législateur positif » ; soit imposer au législateur une obligation de légiférer.

Ensuite, la distinction entre omissions intrinsèque et extrinsèque peut aider à faire ce choix difficile. En effet, si l'omission est extrinsèque, il paraît que le juge ne dispose d'aucune

[1089] V. les décisions BVerfGE 1, 97 (100-101) et 11, 255 (261) ; citées par GERHARDT, Michael, « Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's Case-Law », *op. cit.*, p. 17.
[1090] Ce qui a été fait à plusieurs reprises concernant aussi bien le droit de l'UE que certains droits nationaux. V. notamment TINIERE, Romain, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.* ; BEHRENDT, Christian, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif : une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles & Paris, Bruylant & LGDJ, 2006 ; SENAC, Charles-Edouard, *L'office du juge constitutionnel: étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ-Lextenso, 2015.

légitimité pour créer la norme. Car il s'agit de créer une loi à part entière pour une catégorie particulière de personnes. En d'autres termes, le juge n'a ni compétence pour créer un régime nouveau (contenu de la loi), ni compétence pour définir un nouveau champ d'application d'une loi tant personnel que matériel. Dans cette hypothèse-là, le juge ne peut que « constater » l'inconstitutionnalité de la lacune législative et demander ensuite au législateur d'adopter lui-même une nouvelle loi. La décision du Conseil constitutionnel susmentionné sur le travail pénitentiaire ressemble à cette hypothèse. En droit allemand, ce type de décision est appelé soit « appel au législateur » (*Appell*) soit « l'obligation d'observation » (*Beobachtungspflicht*)[1091] (ou « l'obligation de veille »). L'appel présente un lien avec les obligations législatives susmentionnées : le juge constitutionnel ne considère pas le texte législatif en tant que tel inconstitutionnel, mais impose au législateur une obligation de vérifier le contenu de la loi par rapport à une exigence particulière[1092]. L'obligation d'observation est davantage liée avec le changement de circonstances. Le juge constitutionnel peut considérer que la loi contestée est conforme à la Constitution au moment de son contrôle, mais que le législateur doit contrôler après une certaine période si l'application de la loi respecte toujours la Constitution. Si les circonstances ont évolué, le législateur devrait alors procéder aussi à une modification de la loi. En revanche, s'il s'agit d'une omission intrinsèque, par exemple une différence de traitement au sein de la catégorie des personnes visée par la loi en cause, le juge constitutionnel doit pouvoir étendre les bénéfices à l'ensemble de la catégorie, car dans ce cas-là la norme est déjà établie par le législateur. Examinons maintenant si ces analyses peuvent trouver un écho dans le domaine des droits fondamentaux de l'UE.

B. L'existence actuelle du contrôle de l'omission législative en droit de l'UE

484. En partant du droit de l'UE, il est naturel de se demander si un tel recours est prévu par les traités (1). Or, cette approche *a priori* peut aussi occulter la question lorsque l'on se limite aux seuls textes de droit primaire (2).

[1091] GERHARDT, Michael, « Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's Case-Law », *op. cit.*, p. 43 et p. 44.

[1092] Dans une décision du 4 juillet 2000 par exemple (BVerfGE, 103, 242, disponible à http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv103242.html), une charge d'impôt plus importante pour les familles avec de nombreux enfants était contestée sur le fondement du principe de l'égalité (art. 3, GG) et de la protection de la famille (art. 6, GG). La Cour constitutionnelle jugea que la différence de traitement entre famille sans enfant et famille avec de nombreux enfants n'était pas en soi contraire à la Loi fondamentale. Cependant, lorsque le législateur ne prenait pas du compte de la charge des parents dans l'éducation des enfants, la loi violait alors le principe d'égalité en combinaison avec le droit à la protection de la famille. En ce qui nous concerne, cette décision précisa par ailleurs que le législateur devait aussi vérifier si *d'autres dispositions en matière de la sécurité sociale* avait dûment tenu compte de cette différence entre les familles.

1. Le fondement du contrôle juridictionnel de l'omission législative

485. On pourrait prendre pour hypothèse de départ que le recours en carence constitue la voie qui serait prévue à cet effet. En termes de champ d'application matériel, il est tout à fait vrai que le recours en carence, prévu à l'article 265 du TFUE, vise l'inaction (ou omission) des autorités de l'UE. En cela, il s'oppose au recours en annulation qui concerne en revanche une action positive. Il est vrai que les deux recours concernent la légalité d'un acte de l'UE et constituent alors « l'expression » d'une seule et même voie du droit[1093], mais leur opposition renvoie bien à la distinction entre omissions réelle et apparente[1094]. Seul le recours en carence peut traiter d'une omission réelle.

En pratique, toutefois, cette possibilité semble néanmoins extrêmement limitée. Dans l'affaire *Hansen contre Commission* par exemple, un citoyen suédois a introduit un recours en carence devant le tribunal de première instance (aujourd'hui tribunal) pour lui faire déclarer que « la Commission est tenue d'exercer son droit d'initiative et, partant, de prendre des mesures et de soutenir des initiatives destinées à promouvoir le droit des handicapés à l'égalité et à la non-discrimination dans la vie professionnelle, ainsi que de renforcer sa surveillance de l'application par les États membres du droit dérivé concerné et de la mise en œuvre de celui-ci en droit national »[1095]. Or, le tribunal lui répondit que la juridiction communautaire « n'a pas compétence pour prononcer des injonctions à l'endroit des institutions et organes communautaires ». Quant au droit interne, le requérant a aussi demandé au tribunal de condamner le refus de la Commission d'introduire un recours en manquement contre l'Etat suédois. Là encore, le tribunal répète la jurisprudence bien établie qui considère que le refus, ou la non satisfaction de la demande, n'est pas une carence et ne peut être contesté que par un recours en annulation. Qui plus est, le recours en manquement contre les Etats membres relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission et sa décision en la matière n'est donc pas soumise au recours en annulation. La demande fut donc rejetée par le tribunal et son appel également écarté facilement par la Cour de justice[1096].

[1093] C'est la Cour de justice qui le dit. V. CJCE, 18 novembre 1970, aff. 15/70, *Chevalley*, cité par LOTARSKI, Jaroslaw, *Droit du contentieux de l'UE*, LGDJ, 2014, p. 119.
[1094] Pour l'évolution et la particularité du recours en carence (la nécessité d'une procédure pré-contentieuse), v. DONY, Marianne et Thierry RONSE, « Réflexions sur le recours en carence », *Cah. dr. eur.* 2000, pp. 595-636.
[1095] TPICE, (Ordonnance) 17 novembre 2009, *Hansen c. Commission*, T-295/09.
[1096] CJCE, (Ordonnance) 6 mai 2010, *Hansen c. Commission*, C-26/10 P.

486. Le recours en carence débouche en effet très rarement sur une condamnation des institutions de l'UE[1097], mais on ne doit pas considérer ce résultat comme impossible. Dans un domaine qui ne relève pas directement des droits sociaux fondamentaux, on peut voir que, face à la question de savoir si un produit incluant des organismes génétiquement modifiés est commercialisable, le tribunal condamne la carence illégale de la Commission qui ne prenait pas l'initiative législative permettant au Conseil de prendre sa décision sur ce sujet[1098]. En l'occurrence, cette action de la Commission est expressément prévue par l'article 18 de la directive 2001/18 du 12 mars 2001, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement. On est alors enclin à penser que la Cour de justice et, en particulier, le tribunal, apprécient aussi la carence en fonction de la précision de l'obligation. Plus l'obligation est précise, plus la carence est facile à constater. Par conséquent, les droits sociaux fondamentaux, en raison de leur caractère général et abstrait, ne semblent alors pas particulièrement appropriés pour soutenir un recours en carence selon la logique actuelle de la Cour. Mais le recours en carence est-il vraiment l'unique remède contre une omission législative ? La pratique judiciaire semble répondre par la négative. Tout comme en droit national, on voit en droit de l'UE une combinaison entre le principe de non-discrimination et la carence illégale. Dès lors, pallier une omission peut très bien se réaliser par d'autres voies de recours, telles que le recours préjudiciel et le recours en manquement.

2. Une obligation déduite de la protection des droits (sociaux) fondamentaux

487. Actuellement, les exemples ne sont pas très nombreux non plus. Mais nous voyons à travers la lutte contre la discrimination une tendance bien claire de la Cour de justice à condamner toute législation nationale qui favorise une catégorie de personnes sans prendre en compte d'autres catégories similaires. Dans la classification des omissions, il s'agit alors le plus souvent de l'omission extrinsèque.

Dans l'arrêt *Griesmar*[1099] par exemple, le régime français de retraite des fonctionnaires prévoyait une bonification en faveur des femmes en fonction du nombre d'enfants élevés, les hommes n'étant pas concernés. Un fonctionnaire masculin avait contesté ce régime sur le fondement de la non-discrimination entre hommes et femmes. Après avoir qualifié la

[1097] Pour un cas similaire, v. CJUE, (Ordonnance) 4 juillet 2012, *Trevisanato c. Commission*, C-25/12 P, qui concerne les droits des travailleurs dépendants italiens dans les licenciements collectifs.
[1098] Tribunal, 26 septembre 2013, *Pioneer Hi-Bred International c. Commission*, T-164/10.
[1099] CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99, *Dr. soc.* 2002, pp. 178-190, étude M.-L. Lanquetin.

bonification en rémunération, la Cour appliqua son raisonnement habituel en matière de non-discrimination : les fonctionnaires masculins et féminins se trouvaient dans une situation comparable au regard de l'éducation d'un enfant (§40) ; la bonification n'apportait pas de remèdes aux problèmes de l'évolution de carrière rencontrés par les femmes (§65). Par conséquent, il y avait bien une discrimination directe dans la législation française. De notre point de vue, nous pouvons aussi affirmer qu'en l'occurrence, nous rencontrons bien un cas d'omission extrinsèque où le législateur agissait uniquement en faveur d'une catégorie de personnes. A la suite de cet arrêt, le législateur a modifié ce régime, en posant de nouvelles conditions telles qu'une interruption d'activité de deux mois. Elle fut à nouveau qualifiée par la Cour de justice de discrimination indirecte, car le congé de maternité, obligatoire pour les femmes, était pris en compte dans le calcul de cette interruption[1100]. Cette dernière décision, discutable à certains égards, sort déjà du champ de l'omission, car en l'occurrence, la disposition en cause concerne désormais aussi bien les fonctionnaires féminins que masculins.

488. Quant au recours en manquement, il n'est pas défini en termes d'action ou d'omission non plus. C'est un « constat objectif qu'une action ou qu'une inaction d'un Etat est contraire à ses obligations envers l'Union »[1101]. Il peut donc aussi être mobilisé en cas d'omission législative de la part des Etats membres. Le P[r] Tinière a ainsi noté que la stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux de la Commission précise que cette dernière « est déterminée à utiliser tous les moyens à sa disposition pour assurer le respect de la Charte par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Elle lancera chaque fois que cela est nécessaire des procédures d'infraction contre les États membres pour non-respect de la Charte dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Les infractions qui soulèvent des questions de principe ou qui ont des conséquences négatives particulièrement importantes pour les citoyens feront l'objet d'un traitement prioritaire. » [1102]

[1100] CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13, *AJDA* 2014, p. 2296, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser.
[1101] LOTARSKI, Jaroslaw, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 127.
[1102] TINIERE, Romain, « Le recours en manquement et la protection des droits fondamentaux », *R. D. L. F.* 2011, n°4, disponible à http://www.revuedlf.com/droit-ue/le-recours-en-manquement-et-la-protection-des-droits-fondamentaux-2/

§2. L'existence d'un principe de non-régression en matière de droits sociaux ?

489. Etant donné que les droits fondamentaux sont des principes qui demandent à être construits de la meilleure manière qu'il soit, on pourrait se demander s'il existe un principe de non-régression qui garantirait leur niveau de réalisation. Son existence en général étant encore très incertaine (A), nous examinerons aussi un autre principe similaire qu'est la protection de la confiance légitime (B).

A. L'absence de principe de non-régression en général

490. Ce principe relativement nouveau conserve encore une part de mystère. On peut noter déjà que certains auteurs constatent l'absence d'une dénomination commune de ce principe : on parle aussi bien du « principe de non régression », que du « principe de *standstill* », de « règle du cliquet », d'intangibilité des droits fondamentaux, ou encore d'irréversibilité des droits de l'homme, etc[1103]. Fréquemment invoqué en droit de l'environnement (1), il est toutefois beaucoup plus nuancé en matière de droits sociaux (2).

1. Un principe surtout défendu en droit de l'environnement

491. Principe très controversé, il est longtemps considéré par la doctrine comme ayant existé en droit français, au moins à l'égard de la liberté de communication, en vertu d'une décision du Conseil constitutionnel en 1984[1104]. Bien qu'également invoqué en matière sociale[1105], il doit surtout sa vigueur actuelle au développement du droit de l'environnement[1106]. Pour notre propos, il est intéressant de remarquer deux aspects de ce principe en droit de l'environnement : d'une part, son lien avec le « droit à l'environnement » et, d'autre part, son contenu exact.

[1103] PRIEUR, Michel, « Le nouveau principe de "non régression" en droit de l'environnement », *in* PRIEUR, Michel, et Gonzalo SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, pp. 5-46, spéc., p. 8.

[1104] Conseil constitutionnel, 10 et 11 octobre 1984, décision n° 84-181 DC, v. GAÏA, Patrick et al., *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz, 2016 (18e éd.), p. 467, spéc., p. 481 : « c'est la première fois que le juge constitutionnel indique [que] le législateur ne peut intervenir que pour rendre plus effectif l'exercice d'une liberté ; v. aussi CHAGNOLLAUD, Dominique, « Au panthéon des concepts "fourre-tout" : le syndrome de l'artichaut », *Droits* 2006/2 (n° 44), p. 93-100, spéc. p. 99.

[1105] PARARAS, Petros, « Le droit à un logement décent, dignité de l'homme et contrôle de constitutionalité de la loi », *RTDH* 2003, pp. 49-70.

[1106] KROLIK, Christophe, « Vers un principe de non-régression de la protection de l'environnement », *AJDA* 2013, pp. 2247-2250.

Sur le premier aspect, le P[r] Michel Prieur, qui est l'un des pionniers dans ce domaine, écrit que « [l]e droit à l'environnement est aussi la reconnaissance d'un niveau satisfaisant (et pas simplement minimum de jouissance des ressources communes (…). Le principe de non régression du droit de l'environnement est inhérent aux lois environnementales qui ont toujours pour finalité une plus grande protection de l'environnement (…) »[1107]. L'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE semble confirmer cette analyse, en déclarant qu' « [u]n niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ». Qualifié de « principe » au sens de la Charte par les Explications, cet article ne produit donc normalement aucun droit subjectif, mais semble contenir, en effet, un principe objectif de maintien d'un niveau satisfaisant de l'environnement.

492. Comment faudrait-il comprendre alors la non-régression dans ce contexte ? S'agit-il d'un « non-retour » législatif qui restreindrait fortement la liberté du législateur ou bien de la simple garantie d'un certain « plancher » ? Selon le P[r] Jessica Makowiak[1108] qui analyse la consécration de ce principe par la loi récente sur la bio-diversité[1109], l'objet de la « non-régression » n'est pas une législation en particulier, mais le niveau de protection. Il serait donc loisible au législateur de modifier une loi même dans un sens moins protecteur pour répondre à l'évolution de l'environnement. A notre avis, cette clarification est essentielle pour une application raisonnable du principe de non-régression. L'effet « cliquet » ne peut signifier une immobilisation totale de « l'acquis » législatif qui tuerait l'esprit de la loi par sa lettre. Mais il faut aussi éviter qu'un tel principe ne soit devenu une simple réaffirmation de la garantie du contenu essentiel des droits fondamentaux. Autrement dit, la législation doit toujours être animée par l'esprit d'améliorer, sinon un droit particulier, au moins l'état général de la protection de l'environnement. Peut-on transposer alors cette analyse en matière de droits sociaux dans l'UE ?

2. Un principe latent en matière de droits sociaux

[1107] PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz (Précis), 2011, 6[e] éd., p. 79.
[1108] MAKOWIAC, Jessica, « Ce que non-régression veut dire », *Droit de l'environnment*, 2017, n°253, pp. 54-58.
[1109] Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, qui ajoute la disposition suivante à l'article L110-1-II du Code de l'environnement : « La protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante. »

493. En matière sociale, il y a aussi une commune croyance dans le caractère progressiste en sens unique de la législation sociale. Gérard Lyon-Cean nuançait déjà cette impression avec une phrase très célèbre : « Le Droit du travail, c'est Pénélope devenue juriste »[1110]. Il reste que de nombreux arguments semblent être favorables à la reconnaissance du principe de non-régression à l'égard des droits sociaux dans l'UE. De manière générale, la doctrine de « l'acquis communautaire » peut être remobilisée. Cette doctrine implique que l'avancée de l'intégration européenne devrait être sans cesse renforcée. Mais d'aucuns ont remarqué que cette exigence initialement inscrite dans le traité de Maastricht a curieusement disparu dans le traité de Lisbonne[1111]. Il est néanmoins trop tôt pour déclarer la disparition de cette doctrine. La notion de « l'acquis de l'UE » existe toujours et sert à préciser les conditions d'adhésion d'un nouvel Etat membre annoncées dans l'art. 49 du TUE[1112].

494. Par ailleurs, l'UE précise souvent dans son droit dérivé que la réglementation de l'UE n'empêche pas les Etats membres ou les partenaires sociaux de prendre des mesures plus favorables[1113]. Comme dans la directive 2008/104 relative au travail intérimaire, on lit dans le considérant 19 que « [l]a présente directive n'affecte pas l'autonomie des partenaires sociaux ni les relations entre les partenaires sociaux, y compris le droit de négocier et de conclure des conventions collectives conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, tout en respectant la législation communautaire en vigueur. » Parfois, elle se présente sous une forme négative qui impose aux Etats membres dans la mise en œuvre du droit de l'UE une obligation de ne pas diminuer le niveau existant du dispositif national en vigueur. Par exemple, la directive 2003/88 relative à l'aménagement du temps de travail dispose à son article 23 que « [s]ans préjudice du droit des États membres de développer, eu égard à l'évolution de la situation, des dispositions législatives, réglementaires et contractuelles différentes dans le domaine du temps de travail, pour autant que les exigences minimales prévues dans la présente directive soient respectées, la mise en œuvre de la présente directive ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des

---

[1110] LYON-CAEN, Gérard, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz (Connaissance du droit), 1995, p. 7.
[1111] *Ibid*., p. 21.
[1112] V. par exemple le site de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/enlargement/policy/conditions-membership/chapters-of-the-acquis/index_en.htm
[1113] Sur la question des conséquences nationales entraînées par l'application (ou la réalisation) du droit de l'UE, v. MOIZARD, Nicolas, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée : l'exemple du droit du travail français*, (2 volumes) avec une préface de Pierre Rodière, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

travailleurs. » On pourrait encore citer d'autres exemples[1114], Le sens de ces dispositions montre donc une nécessité de progrès dans la protection des droits sociaux.

495. A l'égard ensuite des droits sociaux fondamentaux, ils sont aussi fortement marqués par une exigence de progrès dans leur réalisation et restent donc comparables au « droit à l'environnement ». L'article 2, §1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU dispose que chaque Etat partie doit « assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens approprié ». De même, la Charte sociale européenne mentionne aussi le « progrès économique et social » (Préambule), réduction « progressive » du temps de travail (art. 2), l'institution « progressive » des services de santé (art. 3), porter « progressivement » le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut (art.12), l'élimination « progressive » de l'état de sans-abri (art. 31), etc. Le droit de l'UE lui-même a d'ailleurs pour but de promouvoir le progrès économique et social (Préambules du TUE et du TFUE, art. 3 du TUE) et d'égaliser les conditions d'emploi dans le progrès (art. 151, TFUE). Par ailleurs, en matière de décision juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle, il semble que le Comité européen des droits sociaux a fait usage de ce principe pour résister aux effets de la crise économique[1115]. Mais nous aurons l'occasion de voir que l'interprétation du Comité semble réduire toutefois la portée de ce principe à la garantie du contenu essentiel des droits sociaux[1116].

496. Il reste que, à notre connaissance, la Cour de justice n'a jamais reconnu ce principe en tant que tel dans sa jurisprudence. Au mieux, nous pouvons seulement parler d'un principe latent qui peut un jour intervenir dans la protection des droits sociaux dans l'UE. Un consensus plus large sur le contenu de ce principe devrait être élaboré en Europe. A l'heure actuelle, on voit encore un rejet clair de « l'interdiction de régression », comme dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle portugaise[1117]. Ce rejet se fonde encore sur la crainte d'une immobilisation de la législation. Face à cela, on peut penser que, s'il est souhaitable de reconnaître le principe de non-régression en vue de la promotion des droits sociaux

---

[1114] V. par ex., le cas des contrats à durée déterminée, MAZUYER, Emmanuelle, « La jurisprudence de la CJUE relative aux contrats à durée déterminée dans le secteur public », *RDT* 2013, pp. 681-688.
[1115] MARGUENAUD, Jean-Pierre, et Jean MOULY, « Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique », *Dr. soc.*, 2013, pp. 339-344.
[1116] V. infra, n° 696.
[1117] GUERRA MARTINS, Ana Maria, « La jurisprudence constitutionnelle portugaise sur la crise de la dette publique, vue de l'intérieur », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des sociaux en Europe*, *SSL*, Supplément du 28 novembre 2016, pp. 35-44, spéc., p. 40.

fondamentaux, la reconnaissance ne devrait alors pas signifier qu'il n'y aurait aucune modification de la législation sociale dans un sens moins favorable pour les travailleurs. Il pourrait impliquer une obligation de justification renforcée pour la régression. Deux justifications peuvent être envisagées : l'une serait fondée sur l'existence d'un motif impérieux d'intérêt général ; l'autre pourrait concerner l'évolution des conditions générales de la société. Un contrôle de proportionnalité s'ensuivra. Comme le dit la Cour, « il appartient aux autorités nationales compétentes, lorsqu'elles adoptent une mesure dérogatoire à un principe consacré par le droit de l'Union, de prouver, dans chaque cas d'espèce, que ladite mesure est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci »[1118].

En attendant que le principe de non-régression reçoive une véritable attention de la part des acteurs juridiques dans l'UE, nous pouvons remarquer aussi l'utilisation du principe de protection de la confiance légitime qui assure parfois la même fonction.

B. Le principe de protection de la confiance légitime

497. Très proche du principe de sécurité juridique, le principe de confiance légitime est apparu très tôt dans la jurisprudence de la Cour de justice qui l'a consacré pour la première fois dès les années 1960[1119]. Le contenu du principe de sécurité juridique est cependant très vaste, voire flou[1120], incluant aussi bien le principe de protection de la confiance légitime que celui de clarté et de prévisibilité de la loi. On a pu même parler des « douze travaux » de la Cour de justice[1121].

Quant au principe de confiance légitime, certains le présentent comme le « versant subjectif du principe objectif de sécurité juridique »[1122], alors que d'autres le distingue du

[1118] CJUE, 21 janvier 2016, *Commission contre Chypre*, C-515/14, §54.
[1119] V. par ex., CJCE, 6 avril 1962, *Société Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd*, aff. 13/61.
[1120] BOULOUIS, Jean, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », *in* CAPOTORTI, Francesco (éd.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden Baden, Nomos, 1987, pp. 53-58, spéc., p. 57.
[1121] VAN MEERBEECK, Jérémie, *De la certitude à la confiance*, avec une préface de François Ost, Bruxelles, Anthémis, Université Saint-Louis, 2014, p. 575 et s.
[1122] SIMON, Denys, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, pp. 733-752, p. 749.

principe de sécurité juridique par ses conditions d'application[1123] – ce qui revient plus ou moins à la même chose : la confiance légitime existe lorsqu'une autorité a créé « une base de confiance », que le changement comporte des conséquences individuelles imprévisibles et que la situation n'est entachée d'aucune illégalité[1124]. Il est donc assez naturel que ce principe trouve son domaine d'application favori en matière de protection des droits subjectifs des personnes privées[1125]. Quel rôle joue-t-il alors en matière de droits sociaux fondamentaux ? Contribue-t-il à maintenir le niveau des droits des personnes là où le principe de non régression n'arrive pas à le faire ? L'examen de la jurisprudence révèle un tableau contrasté. En effet, si l'on voit que le principe de confiance légitime protège surtout les droits sociaux des personnes dans des circonstances transitoires (1), on constate aussi qu'il est parfois invoqué pour s'opposer à une amélioration des droits sociaux, notamment en matière de non-discrimination (2).

1. L'utilisation en faveur de la protection des droits sociaux

498. Dans ce sens, le principe de confiance légitime s'est trouvé invoqué en matière de sécurité sociale et de niveau de rémunération[1126]. Concernant la retraite, il arrive que la Cour de justice redouble la protection des droits acquis des travailleurs par une utilisation du principe de confiance légitime. Dans l'affaire *Kaske*[1127] par exemple, la requérante demandait au juge allemand d'écarter le règlement n°1408/71 nouvellement entré en vigueur à l'égard de l'Autriche et d'appliquer la convention bilatérale de sécurité sociale entre l'Allemagne et l'Autriche. Interrogée sur ce point, la Cour de justice reconnut l'existence d'une confiance légitime de la requérante de se voir appliquer la convention bilatérale (§27). De même, dans un arrêt récent du tribunal de l'Union européenne[1128], le juge a admis que le principe de confiance légitime devait limiter aussi la décision de la Banque centrale européenne qui modifie le taux d'augmentation des pensions de retraite de son personnel. Simplement, il est précisé que lorsque le changement est prévisible ou que le changement ne fait qu'augmenter les bénéfices des

[1123] VAN MEERBEECK, Jérémie, *op. cit.*, p. 580, « [s]i le principe de sécurité juridique n'est pas soumis à des conditions précises, il en va différemment de son corollaire [i.e. le principe de confiance légitime] qui requiert, selon la doctrine trois éléments. »
[1124] V. la présentation synthétique et claire dans SIMON, Denys, « La confiance légitime en droit communautaire (…) », *op. cit.*, pp. 737-743.
[1125] V. par exemple de nombreux cas en faveur des droits des agriculteurs face à la Politique agricole commune. Pour une application récente (infructueuse) : CJUE, 14 mars 2013, *Agrargenossenschaft Neuzelle*, C-545/11.
[1126] V. CJUE, 11 avril 2013, *Jeltes, Peeters et Arnold,* C-443/11, à propos des conséquences de l'entrée en vigueur du règlement n°883/2004 sur les travailleurs frontaliers.
[1127] CJCE, 5 février 2002, *Kaske*, C-277/99, *Europe* 2002, n°4, p. 16, n. L. Idot.
[1128] Tribunal, 18 juin 2013, *Heath*, T-645/11P.

travailleurs, il n'y a pas de violation du principe de confiance légitime. La fonction protectrice de ce principe est donc bien visible.

2. L'utilisation en dépit des droits sociaux

499. Dans le sens inverse, on s'aperçoit que ce principe peut aussi être invoqué pour faire opposition à des revendications en matière de droits sociaux. La logique est parfaitement simple : la modification d'une mesure qui ne respecte pas les droits sociaux constitue malgré tout un changement de situation et serait donc susceptible d'affecter la confiance légitime d'autres intéressés que les travailleurs.

Une telle application de ce principe reste néanmoins assez stricte dans la jurisprudence de la CJUE. Dans l'affaire *Hennigs*[1129] à propos des négociations collectives adoptant un nouveau régime de rémunération non-discriminatoire, la Cour a considéré que la protection des droits d'une catégorie de travailleurs pouvait constituer une raison impérieuse d'intérêt général justifiant même une discrimination directe fondée sur l'âge. Les partenaires sociaux pouvaient donc maintenir une certaine différence de traitement dans leur régime transitoire qui devrait aboutir à terme à un régime non-discriminatoire. Elle appliqua néanmoins de manière scrupuleuse son contrôle de proportionnalité à ces mesures transitoires. Autrement dit, la protection de la confiance légitime a été vue comme la raison créant une exception à la non-discrimination qui restait le cadre général et fondamental.

500. Dans d'autres cas, où la confiance légitime est inspirée par une disposition nationale contraire au droit de l'UE, la Cour de justice n'a jamais hésité à appliquer pleinement le principe de primauté. Dans l'affaire *Kücükdeveci*[1130] par exemple, outre la question de l'effet direct de la non-discrimination fondée sur l'âge prévue par la directive 2000/78, il était aussi question de savoir si, pour protéger la confiance légitime des justiciables, la juridiction de renvoi avait l'obligation de saisir la Cour de justice pour confirmer l'incompatibilité du droit national avec le droit de l'UE. La Cour de justice, faisant valoir l'obligation des Etats membres de garantir le plein effet du droit de l'UE, précisait que la saisine de la Cour de justice n'était

[1129] CJUE, 8 septembre 2011, *Hennigs* et *Mai*, aff. jtes C-297, 298/10, *RJS* 2011, p. 816. Notons que le principe de protection de confiance légitime est simplement évoqué par la juridiction de renvoi, sans que la Cour l'ait examiné.
[1130] CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07.

que facultative. Autrement dit, la protection de confiance légitime ne saurait faire obstacle à l'application immédiate et directe du principe de non-discrimination fondée sur l'âge.

Cette question a connu un rebondissement récent dans l'affaire *Dansk Industri*[1131]. La Cour suprême danoise, faisant face à une situation similaire, a interrogé la Cour de justice pour savoir si c'était nécessaire de « mettre en balance » les deux principes en conflit. Très soucieuse de protéger la primauté du droit de l'UE, la Cour de justice affirma catégoriquement qu'« il y a lieu de souligner qu'une juridiction nationale ne saurait s'appuyer sur ledit principe [i.e. confiance légitime] afin de continuer à appliquer une règle de droit national contraire au principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78 » (§38). La juridiction nationale ne pouvait « accorder la primauté à la protection de la confiance du particulier, en l'occurrence l'employeur, qui s'est conformé au droit national » (§42). En réalité, la protection de confiance légitime est bien un principe général du droit de l'UE. Mais la Cour écarte ici très clairement tout raisonnement de « mise en balance », contrairement au cas *Hennigs*. La Cour aurait pu dire que la législation nationale, étant contraire au droit de l'UE, ne pouvait inspirer une confiance suffisamment légitime. Mais ce que la Cour de justice dit en réalité ici, c'est que le principe de primauté a presque un statut absolu et l'emporte en l'occurrence sur toute autre considération.

501. En contraste avec le principe de non-régression, nous pouvons dire que le principe de protection de confiance légitime est moins attaché aux droits (sociaux) fondamentaux. C'est une nécessité objective de l'ordre juridique qui doit présenter un minimum de stabilité pour les sujets juridiques qui s'y trouvent. C'est pourquoi il peut retarder aussi bien la réduction que l'amélioration des droits sociaux, bien que la Cour de justice semble plus sévère face à des réductions imprévisibles[1132]. De plus, si l'on renvient à la perspective générale de ce paragraphe qui concerne la limitation de la liberté substantielle du législateur, le principe de protection de la confiance légitime paraît donc avoir des effets beaucoup plus modérés que la non-régression, car le législateur est certes empêché de toucher à certains droits déjà constitués, mais sa liberté pour réglementer l'avenir est entièrement préservée. En tout cas, l'alliance de ces deux principes avec les droits sociaux fondamentaux reste encore assez rare aujourd'hui en droit de l'UE.

[1131] CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri*, C-441/14.

[1132] Les questions soulevées par la crise économique semblent nécessiter une analyse à part entière, puisque la Cour a fixé les débats avant tout sur le terrain de sa compétence. V. infra, n° 634 et s.

Conclusion du Chapitre Un

502. Au cours de ce chapitre, nous avons étudié les différentes obligations du législateur pouvant résulter du respect des droits (sociaux) fondamentaux : les unes sont relativement souples ; les autres peuvent en revanche faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

A l'heure actuelle, l'examen des sources écrites du droit de l'UE ne donne pas d'exigences précises sur le processus législatif. L'examen des déclarations interinstitutionnels et des règlements internes de chaque organe législatif de l'UE fait apparaître plutôt une démarche volontaire de l'inclusion des droits fondamentaux à cet égard. L'action la plus représentative de cette démarche reste celle de la Commission européenne qui vise la « mise en œuvre effective » de la Charte. Empruntant des moyens tels que l'étude d'impact et les actions prioritaires, la Commission fait preuve d'une sensibilité à la nécessité d'un « socle européen des droits sociaux ». Il reste que cette démarche qui participe de la concrétisation législative peut être menacée par une approche bureaucratique. Une certaine juridicisation semble donc souhaitable.

503. En réalité, certaines obligations procédurales sont déjà contrôlables par le juge, tant en droit de l'UE que dans certains Etats membres, en particulier l'Allemagne. Le juge peut s'appuyer sur l'insuffisance procédurale pour sanctionner une loi. Ce faisant, il garantit la rationalité de la loi au regard des droits fondamentaux, sans toutefois se substituer au législateur. De même, certaines orientations générales peuvent être déduites de la nécessaire « construction » des droits sociaux fondamentaux, telle que la vérification d'une éventuelle omission législative ou encore la justification renforcée lorsque le législateur veut réduire le niveau de leur protection.

Nous voyons que les obligations législatives posées par ces principes en vertu des droits (sociaux) fondamentaux dépendent aussi largement de l'interprétation que leur donne la Cour de justice. Il est alors temps d'y regarder de plus près.

Chapitre Deux L'orientation du juge

Le Judiciaire (…) n'a influence ni sur l'épée, ni sur la bourse.

Hamilton, *Le Fédéraliste* (n°78)

504. Le pouvoir judiciaire est traditionnellement considéré comme le plus faible des pouvoirs étatiques, comme nous le montre Hamilton. Dans le cadre de l'UE, la Cour de justice semble toutefois posséder un pouvoir considérable. Dès les années 1970, une étude tenta d'expliciter la contribution de la Cour dans l'intégration européenne, en mettant l'accent non seulement sur le contexte institutionnel, mais aussi sur les méthodes d'interprétation de la Cour[1133]. « Pétri de téléologie »[1134], l'ordre communautaire privilégie l'approche fonctionnaliste[1135]. Comme le dit le P[r] Loïc Azoulai, « [l]'interprétation téléologique et systémique qui prévaut dans le cadre communautaire résulte en réalité d'une double opération : l'universalisation des règles du marché, formant le droit commun du droit communautaire ; leur immédiatisation, afin de leur faire produire des effets de droit sur toutes les situations particulières comprises dans le cadre communautaire »[1136]. L'impact des objectifs et des valeurs de l'UE sur la jurisprudence de la Cour reste donc un thème bien classique. Un auteur écrit encore récemment que « *[t]he Union legal order demonstrates that a political objective, European integration, operates as a fundamental legal principle, informing the entirety of Union legal demands* » [1137].

[1133] MANN, Clarence, *The Function of Judicial Decision in European Economic Integration*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1972, v. p. 228 et s.

[1134] PESCATORE, Pierre, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice », *in Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch,* Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1972*,* tome 2, p. 325 et s., spéc. p. 327.

[1135] *Ibid.*, p. 231 : « *the Court has not hesitated to elaborate those major Treaty purposes which guide its interpretation.* » V. aussi, BREDIMAS, Anna, *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1978.

[1136] AZOULAI, Loïc, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD eur.* 2008, pp. 29-45, spéc., p. 35

[1137] MOORHEAD, Timothy, *The Legal Order of the European Union. The Institutional Role of the Court of Justice*, New York, Routledge, 2014, p. 8.

505. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer de manière abstraite quelques raisons en faveur d'un contrôle juridictionnel de l'action législative[1138]. Notons que, à propos de la Cour de justice en particulier, plusieurs controverses ont eu lieu depuis les années 1980[1139] et il existe une critique constante sur l'influence politique débridée de la Cour[1140], même si ce constat semble contestable d'un point de vue empirique[1141]. Les droits fondamentaux, avec leur origine jurisprudentielle dans l'UE, ne font que renforcer ces tensions, car ils ont particulièrement besoin d'être concrétisés par le juge. Le juge devrait normalement adopter une méthode extensive d'interprétation pour assurer leur perfectionnement. Mais cette exigence peut facilement se confondre avec la volonté d'assurer la plus grande effectivité des normes de l'UE et porte ensuite atteinte aux principes de subsidiarité et de proportionnalité dans l'exercice des compétences de l'UE. De même, la Cour de justice devrait être attentive à la tendance à privilégier les libertés économiques qui pourraient bénéficier d'un statut privilégié dans l'application des droits fondamentaux.

506. Nous verrons donc dans ce chapitre deux implications méthodologiques des droits fondamentaux pour le juge de l'UE : d'un côté, il s'agit de clarifier les contours d'une application extensive des droits fondamentaux. Nous examinerons cet aspect avec l'exemple de l'égalité de traitement entre les citoyens de l'UE, porteuse de la solidarité européenne (Section 1). De l'autre, il conviendrait d'étudier les limitations des droits fondamentaux à travers le principe de proportionnalité (Section 2). Examinées sous l'angle concrétiste, ces implications montreront à l'issue de ce chapitre que les droits fondamentaux exigent une reformulation de la préférence axiologique de la Cour qui a été jusqu'à présent essentiellement porteuse d'un « constitutionnalisme de marché »[1142].

[1138] V. supra, n° 424.
[1139] V. par ex., la présentation par WAELE, Henri de, « The Role of the European Court of Justice in the Integration Process : A Contemporary and Normative Assessment », *Hanse Law Review*, 2010, pp. 3-26.
[1140] *Ibid.*, p. 15 et s.
[1141] MARTINSEN, Dorte Sindbjerg, « Judicial Influence on Policy Outputs ? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union », *Comparative Political Studies*, 2015, pp. 1612-166 ; v. du même auteur, *An ever more powerful court ? The political constraints of legal integration in the European Union*, OUP, 2015.
[1142] AZOULAI, Loïc, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice (…) », *op. cit.*, p. 31.

Section 1 : L'application extensive des droits sociaux fondamentaux

507. Etant donné qu'il est préférable d'entrer en profondeur d'un droit pour montrer la méthode concrétiste à l'œuvre, il nous a paru plus intéressant de choisir un droit en particulier comme exemple. L'intérêt théorique, l'enjeu pratique, et la controverse réelle suscitée par l'égalité de traitement entre les citoyens européens nous font donc pencher pour l'étude de ce droit issu du traité de Maastricht et aujourd'hui consacré par les articles 18 et 20 du TFUE et des articles 20 et 45 de la Charte des droits fondamentaux. « Symbole, valeur fortement emblématique » dans l'intégration européenne[1143], facteur de marginalisation de la nationalité[1144], ou encore « élément clé » pour répondre au défi de la crise en Europe[1145], on ne saurait être exhaustif dans le recensement des débats actuels sur la citoyenneté européenne[1146]. En matière sociale, l'attention prêtée à la citoyenneté européenne n'est pas récente non plus. Le comité d'experts chargé d'un rapport sur l'avenir du travail et du droit du travail dirigé par le P[r] Supiot écrivait déjà en 1999 que « [l]a citoyenneté sociale est l'équivalent individuel de la cohésion sociale. Elle implique pour toute personne une capacité égale de prendre part de manière complète et active à la vie socio-économique de la communauté, cette capacité étant fondée sur les droits garantis par l'Etat. (…) Au plan communautaire, son contenu social spécifique est encore limité (égalité de traitement avec les nationaux), mais elle pourrait devenir le creuset d'une conception commune des responsabilités sociales de l'Union européenne »[1147].

En effet, la création d'une nouvelle catégorie juridique peut parfois entraîner de profondes transformations. Engels pensa par exemple que la réforme constitutionnelle de Clisthène, en regroupant les citoyens par lieu de résidence et non plus par phratrie, a permis l'avènement de l'Etat-cité dans le monde grec[1148]. A propos de la citoyenneté européenne, on

---

[1143] MARZO, Claire, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, avec une préface de Marie-Ange Moreau, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2011, p. 18.
[1144] PATAUT, Etienne, *La nationalité en déclin*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 64.
[1145] PULLANO, Teresa, *La citoyenneté européenne. Un espace quasi étatique*, Paris, Presses de Sciences Po., 2014, p. 17.
[1146] Des publications tout à fait récentes ne manquement pas, v. par ex., pour une approche politique, VENABLES Tony, *Vers un citoyen européen*, traduit de l'anglais par Agnès El Kaïm, Paris, Ed. Charles Léopold Meyer, 2016 ; pour une approche historique et socio-culturelle, CATALA, Michel, Stanislas JEANNESSON et Anne-Sophie LAMBLIN-GOURDIN (éd.), *L'Europe des citoyens et la citoyenneté européenne*, Bern, Peter Lang, 2016 ; pour une approche davantage politico-juridique, GURA, Radovan, et Gilles, ROUET (dir.), *Les citoyens de l'intégration européenne*, Paris, L'Harmattan, 2016.
[1147] SUPIOT, Alain (dir.), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, 1999, p. 209, republié avec une nouvelle préface en 2016.
[1148] ENGELS, Friedrich, *De l'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, Partie V : « Dans sa constitution nouvelle, Clisthène ignora les quatre tribus anciennes, basées sur les gentes et les phratries. Une toute nouvelle organisation s'y substitua, fondée uniquement sur la répartition des citoyens déjà essayée dans les *naucraries*, d'après leur lieu de résidence. Ce ne fut plus l'appartenance aux groupes consanguins qui décida, mais

peut suivre aussi l'affirmation du P[r] Chevallier qui considère que « tous les citoyens [sont] censés être, [non] seulement égaux devant la loi (*isonomia*), mais encore disposer d'un pouvoir égal d'intervention dans les décisions collectives (*isegoria*) »[1149]. En concrétisant l'égalité de traitement entre les citoyens, le juge de l'UE peut contribuer à accomplir la tâche voulue par les signataires du traité de Maastricht, à savoir le passage vers une réelle communauté politique. Vue sous l'angle juridique, la réalisation de cette tâche se traduit par une exigence particulière qui pèse sur le juge, à savoir : l'application du droit à l'égalité de traitement entre les citoyens[1150]. Pendant longtemps, la Cour de justice a élaboré une jurisprudence audacieuse à cet égard (§1), alors que la période récente, plus troublée par des crises en Europe, témoigne d'un changement de méthode injustifiée à nos yeux (§2).

§1. L'extension des bénéficiaires avant la création de la citoyenneté européenne

508. Nous savons qu'à l'origine, le droit de libre circulation et de l'égalité de traitement était seulement conféré au travailleur migrant et à certains membres de sa famille (A). Cela n'a toutefois pas empêché la Cour d'étendre ce droit déjà aux personnes non actives (B).

A. Le droit du travailleur et de sa famille : un privilège fonctionnel

509. Dans la perspective fonctionnaliste marquant fortement la CEE[1151], les traités avaient d'abord clairement identifié les bénéficiaires. La Cour de justice a élaboré une jurisprudence « pro-intégrationniste » en utilisant une interprétation extensive (1), qui nous paraît justifiée par l'importance fondamentale des droits en cause (2).

510. Précisons que, si l'on parle ici de l'interprétation, c'est parce qu'il s'agit bien du traitement des données textuelles et linguistiques et non pas de la concrétisation dans son ensemble. Elle n'est toutefois pas mécanique, comme nous allons la voir. Serait-il alors plus

---

seulement le domicile; on subdivisa non le peuple, mais le territoire; au point de vue politique, les habitants devinrent de simples accessoires du territoire. »

[1149] CHEVALLIER, Jacques, « L'Union européenne comme espace démocratique », *in* GURA, Radovan, et Gilles, ROUET (dir.), *Les citoyens de l'intégration européenne*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 11-25, spéc., p. 13.

[1150] Un « droit fondamental et individuel », comme le dit le considérant 1[er] de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. (ci-après, la directive 2004/38).

[1151] Sur cette « égalité » comme « instrument de la construction du marché commun », v. ROBIN-OLIVIER, Sophie, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, avec une préface de Marie-Ange Moreau, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 43 et s.

approprié de parler de la traduction, comme il est parfois proposé[1152] ? Si l'on les oppose, l'interprétation par opposition à la traduction peut être comprise comme une démarche mécanique qui consiste à trouver le « signifié » à travers le « signifiant », alors que la traduction se présente comme la rencontre de deux langages signifiants. En effet, l'interprétation extensive ne semble pas se réduire à une « découverte de sens » assouplie. Dans l'exemple du droit de l'UE, on voit qu'elle s'inscrit dans un système fonctionnaliste, ou un « ensemble signifiant », comme le dirait le P[r] François Ost[1153]. Toutefois, il nous semble que dans notre étude qui se focalise ici sur le travail du juge de l'UE seul, le paradigme de la traduction perdrait en réalité sa force théorique essentielle qui vise à expliquer le pluralisme juridique dans la mondialisation[1154]. D'un autre côté, la traduction est parfois employée comme une reformulation de la méthode syllogistique expliquant la totalité du travail du juge. Elle serait donc exclusive de la concrétisation employée dans notre étude[1155]. En réalité, nous verrons que de nombreuses activités du juge, telle que l'application du principe de proportionnalité, ne sauraient être analysées par le raisonnement syllogistique. Par conséquent, la concrétisation reste pour nous le modèle général du processus normatif et la traduction devrait donc être comprise comme la première étape de ce processus. Pour éviter toutes ces ambiguïtés, nous gardons donc « l'interprétation extensive » pour le présent.

1. Des bénéficiaires ayant un statut *sui generis*

511. La libre circulation des travailleurs et la non-discrimination en raison de la nationalité de ceux-ci étaient directement prévus par l'article 48 du Traité de Rome : « §1 La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté au plus tard à l'expiration de la période de transition. » Une question aurait pu surgir immédiatement à la lecture de ce texte, car il ne faisait pas de distinction entre différents types de travailleurs. Fallait-il alors introduire des distinctions ? On peut remarquer qu'à l'origine, le paragraphe 3 de l'article 48 demandait aux travailleurs mobiles de répondre à des emplois effectivement

[1152] BAILLEUX, Antoine, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure de juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2009, p. 459 et s.
[1153] OST, François, *Le droit comme traduction*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 36.
[1154] Sauf si l'on donne à la traduction son sens linguistique, comme le fait le P[r] Porta dans son examen de la réalisation du droit de l'UE à travers les droits nationaux, v. PORTA, Jérôme, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, tome 2, avec une préface d'Antoine Lyon-Caen, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2007, p. 723 et s.
[1155] BAILLEUX, Antoine, *op. cit.*, p. 473 et s., spéc., p. 476 : « Il semble en effet qu'une fois passée au prisme de la traduction, la figure du syllogisme judiciaire garde toute sa pertinence. »

offerts. Les P^rs Gérard et Antoine Lyon-Caen avaient écrit à l'époque que « ceci signifie qu'un travailleur n'est pas encore autorisé à se déplacer à l'intérieur de la Communauté à la recherche d'un emploi »[1156]. C'est le droit dérivé qui a progressivement enlevé cette contrainte. Alors que le premier règlement relatif à la libre circulation des travailleurs, à savoir le règlement n°15 et la directive du Conseil du 16 août 1961[1157], maintenait encore cette exigence, les deux règlements qui y ont succédé – le règlement n° 38/64 du 25 mars 1964 et le règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968 – ont levé ces obstacles pour construire un marché commun plus développé. La Cour de justice adopta alors sans difficulté particulière cette notion extensive de travailleur dans son arrêt *Royer*[1158]. En dehors de cette question spécifique des demandeurs d'emploi, on pouvait encore se demander s'il fallait distinguer les différentes formes de travail (a) et la consistance du travail lui-même au sein de chacune des formes (b). Ces deux types d'interrogation ont été clarifiés d'abord par la Cour de justice qui développe au fur et à mesure sa notion extensive et autonome de travailleur[1159].

a. L'interprétation extensive des formes de travail

512. Concernant les différentes formes de travail, la Cour s'en est saisie d'abord dans son interprétation du « travailleur migrant » au sens du règlement n°3 relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale[1160]. Dans l'un des premiers arrêts de la Cour sur la question, face à un travailleur domicilié en Belgique qui n'exerçait ses activités salariées que dans cet Etat, mais qui traversait les Pays-Bas pour se rendre au travail, la Cour dit clairement que « les termes généraux [i.e. « les travailleurs salariés ou assimilés »] démontrent que l'application du règlement n'est limitée ni aux travailleurs ayant exercé des emplois dans plusieurs États, ni aux travailleurs exerçant ou ayant exercé un emploi dans un État tout en résidant ou ayant résidé dans un autre. »[1161] L'arrêt *Singer* qui se situe dans cette lignée jurisprudentielle mérite

---

[1156] LYON-CAEN, Gérard, et Antoine LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 1985, 6^e éd., p. 215.
[1157] Règlement n° 15 relatif aux premières mesures pour la réalisation de la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. On n'a pu consulter directement le texte du règlement. Les informations sur ces instruments peuvent être trouvées dans LYON-CAEN, Gérard, et Antoine LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 215 et s.
[1158] CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, *Rec.* p. 497.
[1159] V. SQUIRE, Claire, *La notion de travailleur en droit de l'Union européenne*, thèse à l'Université Panthéon-Sorbonne, sous la direction de Pierre Rodière, Paris, 2013.
[1160] Il s'agit ici non pas d'une définition du travail lui-même, mais des formes de travail qui entreraient dans le champ d'application du droit communautaire. Il nous semble donc permis d'ignorer pour cette question précise la différence entre droit du travail et sécurité sociale, et d'évoquer la jurisprudence sur l'interprétation du règlement n°3. C'est d'ailleurs ce qu'ont fait aussi les professeurs Gérard et Antoine Lyon-Caen, v. *op. cit.*, p. 210 et s.
[1161] CJCE, 11 mars 1965, *Bertholet*, aff. 31/64 ; v. BOULOUIS, Jean, « Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes » *AFDI*, vol. 11, 1965. pp. 333-352. Dans les livraisons suivantes de sa chronique,

certainement une attention plus particulière[1162], car il s'agit non seulement de l'interprétation du travailleur – et donc du champ d'application du règlement n°3, mais aussi de la compétence de la Communauté européenne. En l'occurrence, un ressortissant allemand a eu un accident mortel lors de son voyage en France. Contre l'application du règlement n°3, la partie défenderesse a non seulement invoqué le fait que la personne décédée n'était en rien un travailleur migrant, mais aussi le fait que le règlement, qui ne se limitait pas à des travailleurs migrants *stricto sensu*, excèderait alors la compétence de la Communauté en matière de la sécurité sociale au regard de l'article 51 du traité de Rome. La Cour de justice rejeta tous ces arguments en estimant notamment que « l'établissement d'une liberté aussi complète que possible de la circulation des travailleurs s'inscrivaient dès lors dans les "fondements" de la Communauté, constitue ainsi le but ultime de l'article 51 (...); il ne serait pas conforme à cet esprit de limiter la notion de "travailleur" aux seuls travailleurs migrants stricto sensu ou aux seuls déplacements relatifs à l'exercice de leur emploi; rien dans l'article 51 n'impose de telles distinctions, qui d'ailleurs seraient susceptibles de rendre l'application des règles envisagées impraticable; par contre, le système adopté pour le règlement n°3, qui consiste à supprimer, autant que possible, les limites territoriales de l'application des différentes régimes de sécurité sociale, correspond bien aux objectifs de l'article 51 du traité. »

513. On peut déjà clairement percevoir les justifications de cette interprétation extensive : d'une part, le droit du travailleur est « fondamental » pour la Communauté ; c'est un droit qui doit être « aussi complet que possible ». Nous retrouvons donc exactement la définition que nous avons proposée pour les droits fondamentaux, à savoir les principes fondamentaux demandant la meilleure construction de la « personnalité »[1163]. C'est pourquoi les notions qui sont mentionnées par ce droit doivent normalement recevoir une interprétation extensive. De plus, nous voyons un autre sens de cette extension : non seulement la notion est à comprendre de manière large, le champ d'application dudit droit l'est aussi. De telles activités sont naturellement susceptibles d'être qualifiées d'action judiciaire pro-intégrationniste et nous pouvons même ajouter qu'il s'agit bien d'une intégration négative fondée sur la construction

---

Boulouis a constaté que l'interprétation du règlement n°3 a donné le plus grand nombre de renvois préjudiciels au cours de certaines périodes. Il n'est donc pas étonnant de voir que de nombreux arrêts sont venus confirmer cette interprétation. V. par ex., CJCE, 11 mars 1965, *Heseper Torfwerk GmbH*, aff. 33/64, s'agissant d'un travailleur « frontalier ».

[1162] CJCE, 9 décembre 1965, *Singer*, aff. 44/65. Dans cet arrêt, la Cour cite d'ailleurs expressément l'arrêt *Heseper Torfwerk*, v. note précédente.

[1163] V. supra, n° 142 et n° 144.

du marché commun[1164]. La Cour rappelle de temps à autre le principe établi dans l'arrêt *Even*[1165] : « les avantages que ce règlement [i.e. le règlement 1612/68] étend aux travailleurs ressortissants d'autres États membres sont tous ceux qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison principalement de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres États membres apparaît dès lors comme *apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté.* » Il reste que cette intégration peut trouver son versant positif, lorsque la nature de l'UE évolue, comme c'est le cas aujourd'hui. Notre tâche est avant tout d'examiner cette interprétation extensive, pour éventuellement la justifier et la clarifier. Pour revenir à la question de la différence entre les formes de travail (travail migrant *stricto sensu*, travail frontalier, etc.), retenons donc que la Cour a refusé une différence de régime applicable en utilisant une interprétation extensive.

b. L'interprétation extensive du travail subordonné en tant que tel

514. Outre les formes de travail, l'interprétation du travail en tant que tel est tout aussi symptomatique. Les arrêts *Levin*[1166], *Bettray*[1167] et surtout *Lawrie-Blum*[1168] restent aujourd'hui encore les références pour la définition du travail et du travailleur qui bénéficie de la libre circulation. Comme cette jurisprudence est plus connue[1169], rappelons simplement que, face à des activités qui semblent relever *a priori* des domaines éducatif, culturel ou encore sportif, la Cour de justice considère que « [l]a libre circulation des travailleurs constituant l'un des principes fondamentaux de la Communauté, la notion de travailleur au sens de l'article 48 ne saurait recevoir une interprétation variant selon les droits nationaux, mais revêt une portée communautaire. En tant qu'elle définit le champ d'application de cette liberté fondamentale, la notion communautaire de travailleur doit être interprétée de façon extensive. »[1170] Seules peuvent être exclues de la notion de « travail » les activités économiques marginales ou

---

[1164] V. SCHARPF, Fritz, *Gouverner l'Europe*, traduit par Roland Dehousse et Yves Surel, Paris, Presses de Sciences Po, 2000 ; JEANNE, Aimée, *L'intégration des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union européenne*, Thèse à l'Université Paris 1, sous la direction de Philippe Maddalon, 2013.
[1165] CJCE, 31 mai 1979, *Even*, aff. 207/78, *Rec.* p. 2019.
[1166] CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff. 53/81, *Rec.* p. 1035.
[1167] CJCE, 31 mai 1989, *Bettray*, aff. 344/87, *Rec.* p. 1641.
[1168] CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. 66/85.
[1169] LYON-CAEN, Antoine, « La libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne », *Dr. soc.* 1989, p. 526.
[1170] CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, préc., §16 ; la Cour l'avait déjà clairement dit dans l'arrêt Walrave et Koch (CJCE, 12 décembre 1974, aff. 36/74) que « la nature exacte du lien juridique en vertu duquel ces prestations sont accomplies est indifférente, la règle de non-discrimination s'étendant, en des termes identiques, à l'ensemble des prestations de travail ou de service. » (§7)

accessoires, autrement dit, qui ne sont pas réelles et effectives, telles que des activités accomplies uniquement dans un organisme de réinsertion[1171] ou encore celles accomplies uniquement dans le cadre d'études supérieures[1172]. Le Pr Antoine Lyon-Caen remarqua déjà en 1997 que « prétendre que les activités exercées ne peuvent être considérées comme des activités économiques réelles et effectives, n'est-ce pas confondre la position qu'occupe l'employeur et la situation du travailleur ? (…) le travail alloué, le travail organisé et offert afin d'assurer la socialisation de la personne, constitue, historiquement, la première version du travail inscrite dans les politiques publiques, et, avec les politiques d'insertion, cette vision a acquis une nouvelle et vigoureuse actualité. »[1173] Malgré cette exception, on peut affirmer que la Cour procède à un large regroupement de toutes activités économiques subordonnées en leur donnant la qualification de travail salarié. Cette interprétation extensive et autonome trouve un écho également dans la jurisprudence sur la sécurité sociale, comme nous le voyons dans l'arrêt *Unger*[1174] qui est resté classique.

En somme, à travers ces différentes questions liées aux bénéficiaires directs du droit de libre circulation, on voit apparaître une notion extensive de « travailleur » communautaire mobile qui reste homogène dans l'exercice de ce droit, malgré d'innombrables différences de forme ou de nature qui auraient pu conduire à une fragmentation.

2. L'extension justifiée par le caractère fondamental du droit

515. La reconnaissance de ce « caractère fondamental » est essentielle. Non seulement elle justifie l'effet direct horizontal dans certains cas comme nous l'avons vu, mais elle permet aussi de justifier l'interprétation extensive. A l'origine des Communautés européennes, cette « fondamentalité » était aussi fortement liée aux objectifs communautaires et relevait donc de l'approche fonctionnaliste. Dans un arrêt de 1954 relatif à la publicité des prix de ventes dans la CECA, la Cour dit clairement que « Les articles 2, 3 et 4 du Traité (...) constituent des dispositions fondamentales établissant le marché commun et les objectifs communs de la Communauté. (...) En autorisant la Haute Autorité à définir les pratiques interdites, le Traité

[1171] V. l'arrêt *Bettray* préc.
[1172] CJCE, 21 juin 1988, *Brown*, aff. 197/86, *Rec.* p. 3205.
[1173] LYON-CAEN, Antoine, « Les bénéficiaires de la libre circulation », *in* Michèle BONNECHERE (dir.), *Trente ans de libre circulation*, La documentation française, 1998, pp. 9-19, spéc., p. 13.
[1174] CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63 ; v. également CJCE, 19 décembre 1968, *De Cicco*, aff. 19/68, où la Cour juge à propos de l'assimilation des artisans aux salariés que cette assimilation a lieu « chaque fois que par l'effet d'une législation nationale, les dispositions d'un régime général sont étendues à une catégorie de personnes autres que les travailleurs salariés (…) ».

l'oblige à tenir compte de tous les buts prescrits par les articles 2, 3 et 4 »[1175]. Deux ans après, la Cour a repris ce motif à l'identique pour reconnaître l'effet direct de ces articles[1176]. Néanmoins, la construction du marché commun, en s'étendant, pouvait prendre de nombreuses directions. La progression sociale participait bien à la détermination du sens de la réalisation du droit communautaire.

Du point de vue global, M[me] Claire Marzo rappelle que le préambule du Traité de Rome énonçait clairement que l'objectif était d'« assurer par une action commune le progrès économique et social de leurs pays en éliminant les barrières qui divisent l'Europe »[1177]. Dans la concrétisation législative de la libre circulation des travailleurs, on voit avec le règlement 1612/68 que la liberté de circulation est non seulement une contribution « à la satisfaction des besoins économiques des Etats membres », mais aussi « un des moyens qui [garantissent au travailleur] la possibilité d'améliorer ses conditions de vie et de travail et de faciliter la promotion sociale »[1178]. Ainsi l'égalité de traitement est-elle conçue comme la condition nécessaire pour l'exercice du droit de libre circulation « dans des conditions objectives de liberté et de dignité »[1179].

516. Une conséquence corollaire est précisément le droit du travailleur au regroupement familial : la réunion familiale fait partie d'une intégration *digne* du travailleur dans l'Etat d'accueil. L'extension du droit prend ainsi un sens spécial, celui du respect de la dignité des travailleurs. Une telle intégration davantage positive est naturellement plus difficile à réaliser, comme l'arrêt *Reed* nous le montre[1180]. En l'occurrence, il s'agit d'une ressortissante britannique qui vivait depuis plus de cinq ans aux Pays-Bas avec son compagnon également britannique. Sans pouvoir remplir elle-même les conditions pour bénéficier du droit de séjour, elle voulait invoquer le statut de « conjoint » de son compagnon qui, lui, était un travailleur migrant. Une première question était donc de savoir si un partenaire stable non marié pouvait

---

[1175] CJCE, 21 décembre 1954, *France c. Haute Autorité*, aff. 1/54, Rec., p. 13, spéc., p. 23.
[1176] CJCE, 23 avril 1956, *Groupement des industries sidérurgiques Luxembourgeoises c. Haute Autorité*, aff. jointes 7/54 et 9/54, Rec., p. 53 et s., spéc., p. 91.
[1177] MARZO, Claire, *op. cit.*, p. 240.
[1178] Le troisième considérant du règlement 1612/68.
[1179] Le cinquième considérant du règlement 1612/68 : « le droit de libre circulation exige, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, que soit assurée, en fait et en droit, l'égalité de traitement pour tout ce qui se rapporte à l'exercice même d'une activité salariée et à l'accès au logement, et aussi que soient éliminés les obstacles qui s'opposent à la mobilité des travailleurs notamment en ce qui concerne le droit pour le travailleur de se faire rejoindre par sa famille, et les conditions d'intégration de cette famille dans le milieu du pays d'accueil ; »
[1180] CJCE, 17 avril 1986, *Reed*, aff. 59/85.

être considérée comme un « conjoint ». En même temps, le droit néerlandais de l'époque assimilait tout partenaire d'un ressortissant néerlandais à un conjoint, mais ne le faisait pas pour les partenaires des ressortissants d'autres Etats-membres. Une deuxième question était donc de savoir s'il y avait inégalité de traitement au détriment du droit de ce travailleur britannique. La Cour répondit à la première question par la négative, en considérant notamment que, comme son interprétation du règlement 1612/68 allait produire un effet directement applicable dans tous les Etats membres, «[e]n l'absence de toute indication d'une évolution sociale d'ordre général qui justifierait une interprétation extensive, et en l'absence de toute indication contraire dans le règlement, il faut constater que, en utilisant le mot "conjoint", l'article 10 du règlement vise seulement un rapport fondé sur le mariage » (§15). Quant à la deuxième question, la Cour reprit alors son interprétation extensive des « avantages sociaux » et considéra que « la possibilité pour un travailleur migrant d'obtenir que son partenaire non marié, non ressortissant de l'État membre d'accueil, soit autorisé à y séjourner avec lui peut contribuer à son intégration dans le milieu du pays d'accueil et donc à la réalisation de l'objectif de la libre circulation des travailleurs. Dans ces conditions, cette faculté doit être regardée également comme relevant de la notion d'avantage social (…) » (§28). En conséquence, aucune discrimination fondée sur la nationalité ne pouvait être permise à cet égard. Cet arrêt a perdu aujourd'hui sa pertinence, notamment en raison du droit de libre circulation de tous les citoyens européens et de la nouvelle définition des « membres de la famille » donnée par l'article 2 de la directive 2004/38. Mais il nous montre bien la plus facile progression de l'intégration négative en raison de la diversité socio-culturelle entre les Etats membres. Cependant, il paraît difficile d'affirmer que l'intégration négative soit la seule direction possible de l'interprétation extensive, car l'égal traitement des travailleurs assure aussi la protection d'une intégration digne. Dans les premiers arrêts de la Cour dans ce domaine, la référence à l'exercice de la libre circulation dans des conditions de liberté et de dignité n'était pas rare[1181]. C'est donc plutôt son absence dans les arrêts plus récents qui pourrait plutôt nous étonner.

En tout cas, justifiée par son caractère fondamental, l'extension du droit de libre circulation et de l'égalité de traitement qui s'en suit dépassa aussi l'interprétation extensive et commença rapidement à toucher des personnes non actives, rendant la concrétisation extensive dans son ensemble.

[1181] V. par ex., CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff. 9/74, *RTD eur.* 1975, p. 761, le §3 de l'arrêt cite directement le 5ème considérant du règlement 1612/68.

B. L'extension du droit de libre circulation aux personnes non actives

517. Cette concrétisation extensive s'est effectuée surtout par l'extension du champ d'application des dispositions en cause, le traitement des étudiants étant un exemple très significatif (1). Il reste que cette extension, pour rester légitime, doit aussi trouver ses limites (2).

1. L'extension du champ d'application

518. L'inégal traitement des étudiants relève avant tout de deux types de mesures : d'une part, l'accès limité aux établissements d'enseignement causé par un *numerus clausus* ou par des frais supplémentaires de scolarité, et d'autre part, l'obtention des aides financières. Repris en termes juridiques, ces obstacles se résumaient en l'absence de compétence de la Communauté européenne dans le domaine de l'enseignement et de la formation, et *a fortiori*, l'absence de réglementation communautaire en tant que telle. Or, comme nous le savons, ces difficultés n'avaient en rien empêché l'existence d'une vraie mobilité des étudiants avant les Directives 90/364, 365, 366 du 28 juin 1990[1182], voire avant l'article 8A de l'Acte unique européen qui prévoyait que la libre circulation de personnes en accord avec les prévisions du traité. La Cour de justice a utilisé deux arguments pour étendre le champ d'application de l'égal traitement.

Le premier argument consiste à trouver le rattachement au droit communautaire au travers des droits des travailleurs mobiles. En ce qui concerne l'accès à la formation, il suffisait de qualifier la formation comme « formation professionnelle » afin que le travailleur et les membres de sa famille pussent obtenir un égal accès à la formation par rapport aux ressortissants nationaux. C'est ce que la Cour a réalisé dans l'arrêt *Forcheri*[1183]. Elle s'est appuyée sur une décision du Conseil[1184] appliquant l'article 128 du Traité pour établir les principes généraux de la mise en œuvre d'une politique commune de formation professionnelle. En effet, « [l]es considérants de cette décision exposent, entre autres, que la mise en œuvre d'une politique commune de formation professionnelle efficace favorisera la réalisation de la libre circulation des travailleurs, et que chacun doit avoir, au cours des différentes étapes de sa vie professionnelle, la possibilité de recevoir une formation adéquate, de se perfectionner et de bénéficier de la réadaptation professionnelle dont il aurait besoin. (…) la politique commune

[1182] Relatifs respectivement aux personnes ne bénéficiant pas du droit de libre circulation en vertu d'autres dispositions, aux retraités et aux étudiants (cette directive étant finalement reprise par la directive 93/96).
[1183] CJCE, 13 juillet 1983, *Forcheri*, aff. 152/82, *Rec.* p. 2323.
[1184] Décision 63/266 du Conseil du 2 avril 1963.

de formation professionnelle doit tendre à certains objectifs fondamentaux, qui comprennent entre autres la réalisation des conditions qui rendent effectif pour tous le droit à recevoir une formation professionnelle adéquate et qui offrent à chacun, selon ses aspirations, ses aptitudes, ses connaissances et ses expériences du travail, l'accès à un niveau professionnel supérieur ou la préparation à une activité nouvelle de niveau plus élevé » (§§15-16). Par la suite, toutes les formations de l'enseignement supérieur ont été reconnues *a priori* comme relevant de la formation professionnelle[1185].

De même, pour l'octroi des aides à la formation, leur qualification en « avantages sociaux » permettait aux enfants d'un travailleur migrant d'en bénéficier, comme dans l'arrêt *Casagrande*[1186]. S'il n'est plus besoin de rappeler le fondement de cette qualification qui n'est autre que la garantie de la libre circulation – dans les conditions objectives de dignité et de liberté, comme la Cour le dit expressément dans cet arrêt, il nous semble en revanche important de souligner la nouveauté apportée par la question de l'éducation. On se garde en effet bien d'assimiler ces arrêts à l'arrêt *Reed* précité, à propos du droit de séjour de la compagne d'un travailleur migrant, car si tous ces cas concernent bien les droits dérivés des personnes qui accompagnent un travailleur migrant (conjoint, enfants, compagne), le domaine éducatif présente une caractéristique spécifique qui est le fait de relever d'un objectif de la Communauté, à savoir la formation professionnelle[1187]. Si l'on regarde attentivement l'assimilation d'une formation à la formation professionnelle, on se rend compte que cet objectif est en quelque sorte indépendant de l'existence ou non d'un travailleur migrant concret dont les droits rencontreraient des obstacles pour s'exercer. L'argumentation de la Cour mélange en effet deux sortes de considérations : d'un côté, il faut garantir que les travailleurs ont actuellement les conditions pour exercer leur droit de libre circulation ; de l'autre, il faut construire des régimes adéquats – en l'occurrence, des politiques communes de formation professionnelle, pour que, *dans le futur*, l'exercice de la libre circulation soit effectif. En revanche, la Communauté européenne n'avait pas d'objectif en matière de situation matrimoniale.

519. Dès lors, la question du champ d'application de l'égal traitement devint plus manifeste : les gouvernements nationaux avaient pratiquement tous soulevé cet argument pour

---

[1185] CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, C-24/86, *RTD eur.* 1989, p. 87 ; v. TRAVERSA, Enrico, « L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité en matière d'accès à l'enseignement », *RTD eur.* 1989, pp. 45-69.
[1186] CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff. 9/74.
[1187] On n'oublie pas, bien sûr, que cet objectif lui-même se rattache en dernier lieu à la garantie de la libre circulation.

contrer l'intervention de la Communauté dans leurs politiques nationales de l'enseignement. La Cour considère que « s'il est vrai que la politique d'enseignement et de formation ne fait pas partie, en tant que telle, des domaines que le traité a soumis à la compétence des institutions communautaires, l'accès à de telles formes d'instruction tombent, cependant, dans le domaine d'application du traité. »[1188] On voit donc une acception très extensive du « domaine d'application du traité » qui permet l'application de l'égal traitement dans la formation. La justification demeure toujours l'importance fondamentale de la libre circulation des travailleurs (futurs) et l'objectif de construire le marché commun. Le célèbre arrêt *Gravier* semble confirmer cette analyse[1189]. Il n'était pas surprenant de voir qu'une telle extension suscitait des craintes de la part des Etats membres en raison de l'éventuelle charge financière, même si la circulation des jeunes au début des années 1990 restait encore très limitée[1190]. La question de la limitation de cette extension s'est donc posée d'abord en ces termes pratiques.

2. Les limites de l'extension

520. Bien que la Cour limite aussi le champ d'application (a), elle identifie surtout des exceptions qui peuvent déroger au principe de l'égalité de traitement dans la concrétisation circonstancielle (b).

a. La limitation du champ d'application : une théorie de l'abus ?

[1188] CJCE, 13 juillet 1983, *Forcheri*, aff. 152/82, préc., §17 ; v. aussi les termes dans l'arrêt *Casagrande*, préc., §6 : « si la politique de l'enseignement et de la formation ne fait pas partie en tant que telle des domaines que le traité a soumis à la compétence des institutions communautaires, il ne s'ensuit pas que l'exercice des compétences transférées à la Communauté serait, de quelque façon, limité s'il était de nature à affecter les mesures prises en exécution d'une politique telle que celle de l'enseignement et de la formation. »

[1189] CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83 : En l'occurrence, il s'agissait d'une ressortissante française qui étudiait l'art des bandes dessinées dans un cycle de l'enseignement supérieur à l'Académie royale des beaux-arts à Liège, en Belgique. Ses parents résidant toujours en France, elle se voyait obligée d'acquitter des droits d'inscription supplémentaires uniquement parce qu'elle n'avait pas la nationalité belge. Selon le gouvernement belge, ces droits étaient perçus pour couvrir les frais engendrés dans l'enseignement supérieur. Une discrimination fondée sur la nationalité était donc facilement établie. La question était toutefois de savoir si elle était interdite par le droit communautaire. Comme l'étudiante n'était ni un travailleur migrant elle-même, ni un membre dans la famille d'un travailleur, ni un demandeur d'emploi, il n'était donc pas possible d'appliquer directement les règles de la libre circulation. Se trouvait alors en cause l'article 7 du Traité de Rome qui disposait à l'alinéa 1er que « [d]ans le domaine d'application du présent Traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. » Cette interdiction générale de la discrimination fondée sur la nationalité requérait alors la condition d'être dans le champ d'application du Traité. En parfaite cohérence avec sa jurisprudence antérieure, la Cour de justice décide alors que l'enseignement en cause constitue une formation professionnelle et que la mise en œuvre d'une politique commune de la formation professionnelle est un des objectifs de la Communauté. Par conséquent, le domaine en cause relève bien du domaine d'application du Traité.

[1190] SIMON, Gildas et Jacqueline COSTA-LASCOUX, « Une Europe communautaire de moins en moins mobile ? », *Revue européenne des migrations internationales*, 1991, pp. 41-61, spéc., p. 51.

521. Si la formation professionnelle pouvait nous donner l'impression d'être une sorte de cheval de Troie dans les mains de la Cour, elle faisait en revanche bien attention à ne pas dénaturer l'éducation aux seules fins d'étendre le champ d'application du droit communautaire. On peut constater cette réserve à travers son refus de qualifier l'enseignement en une prestation de service[1191]. Dans l'arrêt *Humbel*[1192], la Cour refusa de considérer les salaires des enseignants comme la rémunération d'une activité économique, au motif que « [d]'une part, en établissant et en maintenant un [système d'éducation nationale], l'État n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplit sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population. D'autre part, le système en cause est, en règle générale, financé par le budget public et non par les élèves ou leurs parents. » La Cour d'ajouter, le fait que les frais de scolarité contribuent au fonctionnement du système n'affectent pas la nature de cette activité. Nous ne pouvons qu'être d'accord avec la Cour dont la position est semblable à celle qu'elle a prise pour distinguer les régimes de sécurité sociale du domaine de la concurrence[1193]. En ce qui nous concerne ici, on voit que l'application du droit de l'UE ne peut donc se fonder sur une fausse qualification qui néglige la nature réelle d'une activité. De même, on peut constater cette limitation en matière de compétence. Dans la mise en œuvre de l'action programme Erasmus par exemple, le Conseil avait non seulement fondé sa décision sur l'article 128 relatif à la formation professionnelle, mais également sur l'article 235 du Traité de Rome (aujourd'hui l'article 352 du TFUE) sur la compétence exceptionnellement permise pour la réalisation d'une action. En effet, le programme Erasmus ne visait pas seulement la formation professionnelle, mais aussi des échanges dans les recherches scientifiques[1194]. La concrétisation programmatique, même si elle est extensive, doit nécessairement respecter la nature des choses et éviter un détournement de règles juridiques qui aurait pour seul but d'étendre le champ d'application : ce serait un abus de la part du juge.

522. La réalité de la jurisprudence entre naturellement moins bien dans une analyse aussi tranchée. On constate donc que la Cour de justice peut parfois restreindre directement le champ d'application des traités, sans que nous voyions réellement la raison. Dans l'arrêt *Lair*[1195] à propos de l'obtention des aides sociales par les étudiants, la Cour jugea qu' « *au stade actuel*

[1191] LONBAY, Julian, « Education and Law : the Community Context », *E. L. Rev.* 1989, 14(6), pp. 363-387, spec., p. 380 ; une telle qualification avait été proposée par l'avocat general Gordon Slynn dans l'affaire *Gravier*.
[1192] CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. 263/86.
[1193] V. supra, n° 410.
[1194] CJCE, 30 mai 1989, *Commission contre Conseil*, aff. 242/87.
[1195] CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, aff. 39/86.

de l'évolution du droit communautaire, une aide accordée aux étudiants pour l'entretien et pour la formation échappe en principe au domaine d'application du traité CEE au sens de son article 7. En effet, elle relève, d'une part, de la politique de l'enseignement, laquelle n'a pas été soumise en tant que telle à la compétence des institutions communautaires, et, d'autre part, de la politique sociale, qui appartient au domaine de la compétence des États membres dans la mesure où elle ne fait pas l'objet de dispositions particulières du traité CEE »[1196]. Il est vrai que la Cour a prononcé ce jugement sous réserve que les frais de scolarité respectent toujours le principe de l'égalité de traitement, conformément à l'arrêt *Gravier*. Mais à regarder de plus près, la solution semble plutôt être au contre-pied du principe posé par l'arrêt *Gravier*. D'une part, le fait que ces domaines échappent aux compétences de la CEE ne devrait pas empêcher l'application du principe de l'égalité de traitement (art. 7) ; d'autre part, on ne voit pas clairement la différence entre les frais de scolarité et les aides à la formation, dès lors qu'elles peuvent toutes conditionner le « fonctionnement de la formation professionnelle », comme la Cour l'exigeait dans l'arrêt *Gravier*.

b. La limitation par l'identification des exceptions

523. On voit apparaître progressivement l'exigence d'un lien réel avec l'Etat d'accueil et le maintien de l'équilibre budgétaire. Dans l'arrêt *Gravier*, les autorités publiques avaient soulevé la question de la charge financière de l'Etat d'accueil, mais la Cour de justice ne l'a pas prise en compte. C'est plutôt le lien qui était mis en avant par la CJCE dans les arrêts *Lair* et *Brown*[1197]. Comme la Cour avait exclu la possibilité d'étendre les conclusions de l'arrêt *Gravier* aux aides sociales, il fallait donc toujours établir un lien avec la libre circulation des travailleurs et l'égalité de traitement. Dans l'arrêt *Lair*, la Cour a d'abord exigé qu'il y eût une certaine continuité entre le travail et les études poursuivies, sauf en cas de chômage involontaire. Dans l'arrêt *Brown*, la Cour précisa ensuite que le travail effectué sous condition d'accès à l'université était accessoire par rapport à la formation, et ne permettait donc pas de donner le droit de séjour à l'étudiant en cause.

Au niveau communautaire, on voyait donc ce lien avec l'Etat d'accueil encore établi à travers le statut de travailleur. Ce sont des dispositifs nationaux qui faisaient émerger un lien d'intégration évalué en fonction d'une certaine durée. Dans l'arrêt *Lair*, par exemple, le droit

[1196] CJCE, 21 juin 1988, aff. 39/86, §15, nous soulignons.
[1197] CJCE, 21 juin 1988, *Brown*, aff. 197/86.

allemand assimilait certains étudiants aux étudiants nationaux pour l'octroi des aides, à condition qu'ils eussent travaillé pendant au moins cinq ans en Allemagne. A cet égard, la Cour de justice a simplement déclaré que « [d]ans la mesure où l'argumentation des trois États membres en question est animée par la préoccupation de prévenir certains abus, qui pourraient par exemple se présenter lorsque des éléments objectifs permettent d'établir qu'un travailleur entre dans un État membre dans le seul but d'y bénéficier, après une très courte période d'activités professionnelles, du système d'aide aux étudiants, il y a lieu d'observer que de tels abus ne sont pas couverts par les dispositions communautaires en cause » (§43). Il est intéressant de remarquer l'invocation de l'abus par le juge lui-même. Mais cet abus n'existe pas dans l'interprétation d'une notion ou dans l'analyse du champ d'application d'une règle. C'est un abus venant des pratiques réelles. Autrement dit, il s'agit d'une exception dans la concrétisation circonstancielle. En tout cas, la construction de cette exception atteignit son étape finale avec l'arrêt *Raulin*[1198]. Dans cet arrêt, la Cour a d'une part défendu le principe posé par l'arrêt *Gravier* et, d'autre part, limité l'exercice de ce droit par la limitation du droit de séjour des personnes en formation : la durée du séjour ne devait pas dépasser la durée de la formation.

Nous voyons donc qu'à propos du droit à l'égalité de traitement, la jurisprudence de la Cour avant la création de la citoyenneté cherchait à établir une interprétation extensive de la notion de travailleur et un champ d'application élargi dudit droit. Ces extensions sont justifiées par le caractère fondamental de ce dernier et relèvent essentiellement de la concrétisation programmatique. Avec l'étude des limites, l'importance de la concrétisation circonstancielle devient beaucoup plus visible et ne cesse d'augmenter avec la création de la citoyenneté européenne.

§2. L'extension hésitante de l'égalité de traitement entre les citoyens

524. L'importance montante de la concrétisation circonstancielle après la création de la citoyenneté européenne se comprend plutôt aisément : désormais, l'article 20 du TFUE dispose que « [e]st citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre ». L'extension de la notion des bénéficiaires est donc devenue moins essentielle pour garantir le droit à l'égalité de traitement. En même temps, l'élargissement textuel des bénéficiaires conduit

[1198] CJCE, 26 février 1992, *Raulin*, aff. 357/89.

nécessairement à une augmentation de cas extrêmement divers dans lesquels une demande de l'égal traitement peut exister. Pour rendre compte de ces situations sociales, le juge de l'UE doit nécessairement développer la concrétisation circonstancielle dans la garantie de ce droit. Il reste que cette concrétisation circonstancielle peut aussi aller dans deux directions : l'une favorable à l'extension des bénéfices de l'égalité de traitement ; l'autre plus restrictive, comme nous l'avons déjà vu à la fin du dernier paragraphe[1199]. Suivant notre analyse de base, on peut penser qu'il existe une obligation pour le juge d'adopter aussi une concrétisation extensive dans cette phase-là, en vertu du caractère fondamental (désormais en soi et non pas en raison d'une démarche fonctionnaliste) de ce droit. Toutefois, à la différence de la libre circulation des travailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice ne semble pas toujours tenir cette ligne extensive dans sa concrétisation circonstancielle (A), au point de rendre la Charte des droits fondamentaux absente des débats (B). Une réorientation de la jurisprudence actuelle paraît donc nécessaire (C).

A. L'inconstance dans l'extension de l'égalité entre citoyens européens

525. Le début de la jurisprudence de la Cour en la matière semble assurer une certaine continuité avec la libre circulation des travailleurs. Toutefois, après ce début qui a suscité beaucoup d'espoirs (1), la Cour semble avoir désormais choisi une orientation restrictive pour des raisons de finances publiques (2).

1. Un début de concrétisation extensive

526. Adaptant son ancienne jurisprudence, la Cour de justice fonde l'extension[1200] de l'égal traitement des citoyens sur son caractère fondamental (a) et exige un contrôle concret et individuel lorsqu'il s'agit de refuser ce droit (b).

a. Le « statut fondamental » de citoyen européen

[1199] Pour une autre analyse de la construction « au coup par coup » de la Cour, v. MARTIN, Denis, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, avec une préface de Marc Fallon, Bruylant, 2006.

[1200] Pour une analyse du contenu de cette extension, v. PATAUT, Etienne, « L'invention du citoyen européen », *in* FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD (dir.), *La citoyenneté européenne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, pp. 27-61. L'auteur précise les extensions personnelle, matérielle et spatiale de l'égalité de traitement apportées par la citoyenneté européenne.

527. La formule désormais très célèbre de la Cour de justice ne laisse aucun doute sur ce point : « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres »[1201]. L'égalité de traitement entre tous les citoyens est donc un droit tout aussi fondamental, moins en vertu d'une démarche fonctionnaliste (l'intégration politique reste en effet un but de l'UE) qu'en raison de l'importance axiologique de l'égalité. Dépassant ainsi les arrêts *Lair* et *Brown* précités, la Cour inclut les prestations sociales à caractère non contributif. Dans l'arrêt *Grzelczyk*[1202], l'étudiant mobile demandait à bénéficier du Minimex, « une prestation sociale garantissant, de façon générale, un minimum de moyens d'existence. » (§27) Traditionnellement, la Cour décide que cette prestation non contributive, tout en étant une assistance sociale ne relevant pas du règlement 1408/71, entre dans la catégorie d' « avantages sociaux » au sens du règlement 1612/68[1203]. L'égalité de traitement devait donc être assurée entre tous les travailleurs européens. Dans l'arrêt *Grzelczyk*, pour ouvrir le droit à ces prestations aux étudiants mobiles, on voit la Cour reprendre son raisonnement dans l'arrêt *Gravier* : elle insiste sur le fait que la nationalité « constitue l'unique obstacle à l'octroi du Minimex » et caractérise ainsi une discrimination fondée sur la nationalité, qui, selon la Cour, est interdite par les Traités dans leur domaine d'application. La citoyenneté intervint à ce stade d'analyse et permit à la Cour d'affirmer que participaient du domaine d'application des Traités « les situations comprenant notamment celles relevant de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité et celles relevant de l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres ». Il s'agit bien d'une extension, mais elle est davantage réalisée par les « maîtres des traités ». La Cour ne fait que reconnaître ce progrès essentiel de l'UE. Ses propres efforts d'extension restent plutôt dans la concrétisation du lien entre le bénéficiaire et l'Etat qui octroi l'aide.

b. L'exigence d'un examen concret des exceptions

528. Si l'absence de lien avec l'Etat d'accueil peut toujours constituer une exception au principe de l'égalité de traitement, ce lien n'est cependant plus le lien entre les études poursuivies et l'activité professionnelle déjà exercée dans l'Etat d'accueil, bien que cette

[1201] CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, §31, *Dr. soc.* 2001, p. 1103, n. J.-P. Lhernould ; *RJS* 1/02, p. 11, chron. F. Kessler ; *RTD eur.* 2003, p. 561, n. F. David.
[1202] *Ibid.*
[1203] CJCE, 27 mars 1985, *Hoeckx*, aff. 249/83, *Rec.* p. 973.

approche centrée sur le travailleur soit encore présente[1204]. Il est désormais plus directement le lien entre le citoyen mobile et l'Etat d'accueil, du moins pour l'attribution des aides sociales (bourses, assistance sociale, etc.). On verra que ce lien n'est toutefois pas unique et peut dépendre de la nature de l'aide en cause. Le cas des étudiants mobiles étant à nouveau très significatif, nous allons privilégier l'étude de ce domaine. L'extension du droit des citoyens peut se constater à travers la pluralité de liens examinés (i) et l'utilisation de faisceaux d'indices pour caractériser ces liens (ii).

i. La pluralité des liens identifiés

529. La Cour a clairement exposé cette exigence d'un lien réel pour l'octroi des prestations sociales dans l'arrêt *D'Hoop*[1205]. Il s'agissait de l'octroi d'une aide belge pour l'entrée au marché du travail qui se trouvait conditionné par l'obtention d'un diplôme de l'enseignement secondaire en Belgique. La disposition étant défavorable aux personnes qui ont exercé leur droit de libre circulation, on était bien en présence d'une inégalité de traitement qui devait être justifiée par des considérations objectives. La Cour considère que « [l]es allocations d'attente prévues par la réglementation belge, qui ouvrent à leurs bénéficiaires l'accès à des programmes spéciaux de mise au travail, ont pour objectif de faciliter, pour les jeunes, le passage de l'enseignement au marché du travail. Dans un tel contexte, il est légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail concerné » (§38).

530. On retrouve bientôt la même considération dans l'arrêt *Bidar*[1206] : « il est loisible à tout État membre de veiller à ce que l'octroi d'aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants provenant d'autres États membres ne devienne pas une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État. (…) il est ainsi légitime pour un État membre de n'octroyer une telle aide qu'aux étudiants ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet État. » (§56-57) Dans l'arrêt *Ioannis*[1207], qui concerne à nouveau les allocations d'attente : « il est légitime pour le législateur

[1204] CJCE, 6 novembre 2003, *Ninni Orasche*, C-413/01, *Europe* 2004, n°1, p. 16, n. F. Idot ; *JDI* 2004, p. 587, n. M. Luby.
[1205] CJCE 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C-224/98, *RJS* 11/02, p. 900, chron J.-P. Lhernould ; v. aussi, O'BRIEN, Charlotte, « Real links, abstract rights and false alarms : the relationship between the ECJ's "real link" case law and national solidarity », *E. L. Rev.* 2008, pp. 643-665.
[1206] CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, v. HENNION-MOREAU, Sylvie, « Les droits des étudiants-citoyens aux aides d'Etat dans l'Union européenne », *RDSS* 2005, pp. 577-585.
[1207] CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannis*, C-258/04, *Europe* 2005, n°11, p. 11, n. F. Kauff-Gazin.

national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail en cause ». (§30) Il n'y a donc pas un « lien » unique, mais une pluralité de liens en fonction de la politique mise en place. On voit donc que la concrétisation circonstancielle est extensive ici, dans la mesure où il faut concrétiser le lien d'intégration au niveau le plus pertinent. Cette position de la Cour est également confirmée par l'arrêt *Collins*[1208] qui concerne un demandeur d'emploi.

ii. L'appréciation du lien d'intégration

531. Qu'est-ce que la Cour entend par « lien réel » ? Un auteur affirme que, « *it amounts to little more than "being and time" in a member state* »[1209]. En effet, la jurisprudence sur les aides aux études montre en partie que les discussions tournent souvent autour de la durée de résidence requise dans l'Etat d'accueil pour l'octroi de ces aides. Si l'arrêt *Bidar* précité avait seulement suggéré implicitement qu'un séjour d'une durée de plus de trois ans pouvait mesurer le degré de l'intégration réelle[1210], l'arrêt *Förster*[1211] a en revanche validé de manière presque abstraite la condition de résidence ininterrompue d'une durée de cinq ans. Certes, la Cour ajoute que le caractère proportionné d'un tel critère « n'affecte pas la faculté des États membres d'octroyer, s'ils le souhaitent, des bourses d'entretien aux étudiants provenant d'autres États membres qui ne remplissent pas la condition de résidence d'une durée de cinq ans » (§59). Cette solution ne reste pas moins une permission de rendre formel le critère de lien suffisant et, partant, de généraliser l'exception au principe de l'égalité de traitement. La citoyenneté pourrait ainsi devenir de plus en plus une citoyenneté de résidence, « *denizen* » comme on dit dans la langue anglaise[1212].

532. Cette jurisprudence n'a toutefois pas tenu longtemps. Une difficulté importante est apparue dans le traitement par les Etats membres de leurs propres nationaux. C'était déjà l'hypothèse de l'arrêt *D'Hoop* précité. Une condition de résidence pourrait désavantager les nationaux qui ont fait usage de leur droit de libre circulation. Dans de nombreux arrêts qui suivent l'arrêt *Förster*, on voit que la Cour est amenée à affirmer que la nationalité constitue

---

[1208] CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, C-138/02, §69, *RJS* 6/04, p. 442, n. F. Kessler.
[1209] O'BRIEN, Charlotte, « Real links, abstract rights and false alarms (…) », *op. cit.*, p.648
[1210] CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, il s'agit en réalité plus d'écarter la législation nationale qui interdisait l'octroi des aides à un étudiant ressortissant d'un autre Etat membre, quel que soit son degré d'intégration.
[1211] CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, C-158/07, *Cah. dr. eur.* 2009, p. 549, étude S. de la Rosa ; *RTD eur.* 2009, p. 439, étude C. Marzo.
[1212] CLOSA, Carlos, « Citizenship of the Union and Nationality of Member States », *CML Rev.* 1995, pp. 487-518.

toujours un lien d'intégration important. Dans l'arrêt *Prinz* et *Seeberger*[1213] par exemple, il s'agissait d'une législation allemande qui imposait une condition de résidence de trois ans aux étudiants qui prétendaient à l'octroi des aides. La Cour reconnaît toujours que « [l]'exigence d'un seuil minimum d'intégration préserverait ainsi le système national d'aide à la formation pour des études à l'étranger en protégeant l'État prestataire contre une charge économique déraisonnable. » (§34) Mais elle ajoute que « la preuve exigée par un État membre pour faire valoir l'existence d'un lien réel d'intégration *ne doit pas avoir un caractère trop exclusif*, en privilégiant indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement entre le demandeur et cet État membre, à l'exclusion de tout autre élément représentatif » (§37)[1214]. En clair, il s'agit d'abandonner la place exclusive donnée à la résidence. En effet, il existe des liens de rattachement suffisants « lorsque l'étudiant a la nationalité de l'État membre en cause et a été scolarisé dans celui-ci pendant une période significative, ou en raison d'autres facteurs, tels que, notamment, sa famille, son emploi, ses capacités linguistiques ou l'existence d'autres liens sociaux ou économiques » (§38). Il faut souligner alors que la nationalité n'a pas non plus une place privilégiée. Ce n'est qu'un élément parmi d'autres. On voit alors à l'œuvre la méthode d'appréciation *in concreto* et celle de faisceau d'indices pour caractériser le lien réel d'intégration. D'autres arrêts sont venus ensuite confirmer cette jurisprudence, comme l'arrêt *Thiele Meneses*[1215] qui condamne à propos de la même loi allemande des critères d'octroi n'ayant pas de rapport avec l'appréciation du degré d'intégration, ou encore l'arrêt *Martens*[1216] à propos d'une condition de résidence dite « trois ans sur six » dans une loi néerlandaise.

En effet, l'exigence d'un contrôle personnel était déjà présente dans l'arrêt *D'Hoop* (§39). On a proposé de voir dans cet examen personnel une procédure décisionnelle, un droit des citoyens d'être entendus et évalués[1217]. Cette dimension procédurale et dialogique est en effet importante, car c'est un des sens de la concrétisation extensive. Néanmoins, il nous semble qu'il ne faut pas limiter la compréhension du lien d'intégration à cet aspect formel. La concrétisation circonstancielle s'intéresse aussi aux critères substantiels utilisés pour caractériser le lien suffisant et le degré de solidarité au sein d'un Etat. Après cette période où la

[1213] CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz*, *Seeberger*, aff. jointes C-523/11 et C-585/11, *JDE* 2013, p. 270, obs. D. Martin.
[1214] Nous reviendrons sur cette question dans l'étude de la proportionnalité, v. infra n° 557 et s.
[1215] CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, C-220/12, *Europe* 2013, n°12, p. 32.
[1216] CJUE, 26 février 2015, *Martens*, C-359/13, *RTD eur.* 2015, p. 646, chron. E. Pataut.
[1217] O'BRIEN, Charlotte, « Real links, abstract rights and false alarms (…) », *op. cit.*, p.650.

concrétisation circonstancielle paraissait favorable à la promotion de l'égalité entre les citoyens, la Cour semble reculer aujourd'hui devant ses propres exigences.

2. L'abandon de la concrétisation circonstancielle extensive ?

533. En raison de la crise des dettes souveraines et d'un taux de chômage élevé dans de nombreux pays européens, on constate que les exceptions – tant la charge financière que le lien d'intégration – se trouvent donc renforcées. Le recul de la Cour se manifeste surtout à l'égard des citoyens non-actifs (a) et recrée une distinction *a priori* des catégories de personnes (b).

a. Le recul devant l'égalité entre les citoyens non-actifs

534. Ce recul consiste à souligner d'une part l'importante charge financière pour les Etats d'accueil (i) et à abandonner l'examen concret et individuel d'autre part (ii).

i. La « charge déraisonnable » facilement constatée

535. Il s'agit de l'exception liée aux ressources suffisantes pour ne pas devenir une charge déraisonnable pour l'Etat d'accueil[1218]. La Cour est passée d'une lecture limitative de cette exception (α) à une lecture beaucoup plus souple (β).

α. Acceptation limitative de la condition de ressources

536. Avant la directive 2004/38, la Cour considérait que le fait de demander les prestations de subsistances ne constituait pas en soi une caractérisation de l'insuffisance des ressources, car « la situation financière d'un étudiant peut changer au fil du temps » et qu'il convenait de vérifier si les difficultés ne sont pas seulement temporaires[1219]. Dans l'arrêt *Trojani* qui concerne les citoyens indigents, la Cour considéra également que « l'application desdites limitations et conditions [i. e. conditions de ressources suffisantes] doit être faite dans le respect des limites imposées par le droit communautaire et conformément aux principes généraux de ce droit, notamment, le principe de proportionnalité. »[1220] Même après avoir constaté que le citoyen en cause pouvait parfaitement rentrer dans le cas de cette limitation du

[1218] V. l'article 7 et le considérant 10 de la directive 2004/38.
[1219] CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, §45.
[1220] CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02, §34, *RJS* 1/05, p. 12, chron. C. Willmann ; v. aussi KESSLER, Francis, « Sur les conditions d'accès d'un citoyen de l'Union européenne au bénéfice d'une prestation d'aide sociale », *RDSS* 2005, pp. 245-252.

droit de séjour, la Cour insista sur le fait que ce citoyen possédait une carte de séjour délivrée par les autorités de l'Etat d'accueil. La Cour reprit alors le raisonnement déjà mis en place dans les arrêts *Gravier* et *Grzelczyk* et considéra que le refus d'octroyer des prestations de subsistances constituait une discrimination en fonction de la nationalité interdite par les traités (§§39-44). L'autorité nationale devait procéder à nouveau à un examen de la situation personnelle de l'individu en cause pour pouvoir ensuite décider de refuser l'octroi ou non, la mesure ne pouvant être automatique. On ne peut qu'être d'accord avec la Cour qui confirme ici les relations de principe et exception entre l'égalité de traitement et mesure discriminatoire. Il convient de souligner la place réduite donnée à la question financière. Cette approche a également le mérite d'être applicable à tous les cas de citoyens mobiles non actifs, que ce soient des indigents ou des étudiants, retraités, etc. Il n'y a pas de différenciation selon leurs statuts.

537. Après l'entrée en vigueur de la directive 2004/38, on peut également voir que les limitations de l'égalité de traitement sont normalement comprises de manière restreinte. L'arrêt *Brey*[1221], déjà analysé sous l'angle des obligations législatives, reste un exemple intéressant. A propos de l'octroi d'une pension supplémentaire de retraite qui a pour but de garantir le minimum vital à son bénéficiaire, la Cour confirma que la demande d'une prestation de subsistance pouvait constituer un indice de l'insuffisance des ressources, mais imposa au législateur national une appréciation globale de la charge (§64). La Cour de détailler trois raisons qui étayent sa position : 1) la directive 2004/38 n'exclut nullement un tel octroi, c'est plutôt l'inverse qui est postulé par les articles 24 et 14 de la directive ; 2) la directive exige une appréciation individuelle ; 3) citons directement la Cour : « il convient de rappeler que le droit à la libre circulation étant, en tant que principe fondamental du droit de l'Union, la règle générale, les conditions prévues à l'article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/38 doivent être interprétées de manière stricte, ainsi que dans le respect des limites imposées par le droit de l'Union et le principe de proportionnalité » (§70). On ne peut dire plus clairement l'exigence d'une concrétisation circonstancielle extensive. La Cour fit aussi valoir la considération sur la solidarité financière des Etats ou encore le fait que le citoyen mobile en cause avait reçu une attestation d'enregistrement, afin d'écarter un refus automatique de l'octroi.

[1221] CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, C-140/12, *RDSS* 2013, p. 1039, n. C. Boutayeb.

β. Transformation de l'inégalité entre les citoyens en règle générale

538. Plus récemment, la Cour semble toutefois faire marche arrière dans la série d'arrêts *Dano*[1222], *Alimanovic*[1223] et *García-Nieto*[1224]. Aux termes de l'avocat général M. Wathelet qui a préparé les conclusions pour ces trois affaires, elles constituent « une série d'affaires en provenance d'Allemagne dans lesquelles les juridictions de renvoi s'interrogent sur la compatibilité avec le droit de l'Union, plus particulièrement avec le principe d'égalité consacré par plusieurs dispositions de droit primaire et de droit dérivé, de l'exclusion de certains citoyens de l'Union européenne du bénéfice de prestations sociales prévues par la législation nationale »[1225]. L'affaire *Dano* viserait « l'hypothèse d'un citoyen de l'Union qui arrive sur le territoire d'un État membre sans volonté d'y trouver un travail et qui n'est pas en mesure de subvenir à son existence par ses propres moyens ». L'affaire *Alimanovic* « concerne un citoyen de l'Union qui, après avoir travaillé moins d'un an sur le territoire d'un État membre dont il n'était pas le ressortissant, demandait à pouvoir bénéficier des prestations de subsistance de l'État membre d'accueil ». L'affaire *García-Nieto* enfin est « celle d'un citoyen de l'Union qui, durant les trois premiers mois de son séjour sur le territoire de l'État d'accueil, n'est pas un travailleur salarié ou non salarié et ne peut pas non plus être considéré comme ayant conservé cette qualité en vertu de l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2004/38 »[1226]. Bien qu'il ne s'agisse ici qu'une présentation succincte de l'avocat général, on voit clairement les facteurs liés aux ressources, au travail et à la durée de séjour. Cela correspond plus ou moins au fondement de la typologie proposée par l'avocat général lui-même dans l'affaire *Alimanovic*[1227], à savoir, les personnes séjournant depuis moins de trois mois dans l'Etat d'accueil ou depuis plus de trois mois sans chercher un emploi ; les personnes cherchant un emploi et les personnes séjournant depuis plus de trois mois et ayant exercé un emploi. Nous reviendrons sur cette catégorisation plus tard[1228].

[1222] CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, *AJDA* 2015, p. 821, note E. Aubin ; *CML Rev.* 2015, p. 17, obs. D. Thym ; *ibid.* p. 363, obs. H. Verschueren ; *RDSS* 2014, p. 1155, obs. C. Boutayeb ; *RTD eur.* 2015, p. 133, étude S. Barbou des Places ; *ibid.* p. 640, obs. E. Pataut ; *JDE* 2016, p. 153, chron. J.-Y. Carlier

[1223] CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, C-67/14, *RDSS* 2015, p. 1017, n. C. Boutayeb ; *RTD eur.* 2016. 640, obs. E. Pataut ; *RJS* 2016, p. 23, chron. J.-P. Lhernould.

[1224] CJUE, 25 février 2016, *García-Nieto*, C-299/14, *RJS* 2016, p. 504, chron. J.-C. Fillon.

[1225] Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet dans l'affaire *García-Nieto*, C-299/14, présentées le 4 juin 2015, §2

[1226] *Ibid.,* §§3-4

[1227] Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet dans l'affaire *Alimanovic*, C-67/14, présentées le 26 mars 2015, §87 et s.

[1228] V. infra, n° 551 et s.

539. En ce qui concerne la Cour, elle considère que « l'existence éventuelle d'une inégalité de traitement entre les citoyens de l'Union ayant fait usage de leur liberté de circulation et de séjour et les ressortissants de l'État membre d'accueil à l'égard de l'octroi des prestations sociales est une conséquence inévitable de la directive 2004/38. »[1229] Deux articles de la directive 2004/38 semblent étayer une telle affirmation : l'article 7 et l'article 24 de la directive 2004/38. Ces deux dispositifs portent en effet le même souci de « garantir l'équilibre financier du système de sécurité sociale »[1230]. Toutefois, on vient de voir que dans l'arrêt *Brey*, presque les mêmes dispositions avaient été appliquées dans le sens inverse. Si l'on prend l'exemple de l'arrêt *Dano*, on voit que la Cour poursuit ensuite l'examen des ressources disponibles de la citoyenne en cause. La Cour suit à nouveau l'avocat général et considère que « concernant la condition de disposer de ressources suffisantes, la directive 2004/38 distingue entre, d'une part, les personnes qui exercent une activité professionnelle et, d'autre part, celles qui n'en exercent pas » (§75). De là, elle conclut que la directive « cherche à empêcher que les citoyens de l'Union économiquement inactifs utilisent le système de protection sociale de l'État membre d'accueil pour financer leurs moyens d'existence » (§76). Comparé à l'arrêt *Brey*, l'arrêt *Dano* nous révèle combien l'importance de l'équilibre budgétaire a augmenté par rapport au principe de l'égalité de traitement. Comme l'écrit le P[r] Ségolène Barbou des Places, « [d]epuis presque vingt ans, la Cour construit un régime de citoyenneté qui se caractérise par un accès toujours plus large aux droits des nationaux. Or, avec l'arrêt *Dano*, le juge de l'Union n'a manifestement plus en ligne de mire le projet d'égalisation de la condition des citoyens européens »[1231]. La Cour mentionna néanmoins dans l'arrêt *Dano* l'appréciation individuelle du niveau de ressources, même si elle n'avait pas été vraiment mise en œuvre par le juge. Avec l'arrêt *Alimanovic*, cette exigence se trouve elle aussi abandonnée.

ii. L'abandon de l'appréciation concrète et individuelle.

540. Dans l'arrêt *Alimanovic*, la Cour abandonne l'appréciation individuelle par le motif suivant : « la directive 2004/38, établissant un système graduel du maintien du statut de travailleur qui vise à sécuriser le droit de séjour et l'accès aux prestations sociales, prend elle-même en considération différents facteurs caractérisant la situation individuelle de chaque

[1229] CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, §77, il s'agit d'une reprise des conclusions de l'avocat général Wathelet. (v. conclusions rendues le 20 mai 2014, §93)
[1230] Conclusions dans l'affaire *Alimanovic*, précitées, §90 ; Conclusions dans l'affaire *García-Nieto*, précitées, §70
[1231] BARBOU DES PLACES, Ségolène, « La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents », *RTD eur.* 2015, pp. 133-147, spéc., p. 141.

demandeur d'une prestation sociale et, notamment, la durée de l'exercice d'une activité économique » (§60). Ce système serait en plus conforme au principe de proportionnalité, puisqu'il permettait « aux intéressés de connaître sans ambiguïté leurs droits et leurs obligations (…) [et est de nature] à garantir un niveau élevé de sécurité juridique et de transparence dans l'octroi des prestations » (§61).

Ce faisant, la Cour rend le contrôle du lien réel d'intégration complètement formel, sinon inutile dans un tel cas. On se souvient bien de l'évolution de cette tendance en ce qui concerne les droits des étudiants. Sans même insister sur le caractère trop général et exclusif du critère choisi, on peut même parier qu'un tel critère formel créerait des cas injustes où il y a un réel lien d'intégration en même temps qu'une inégalité de traitement. D'ailleurs, la Cour devrait également expliquer comment elle envisage de concilier ces différentes jurisprudences manifestement incompatibles. Outre l'arrêt *Brey*, le P[r] Jean-Yves Carlier souligne aussi le problème de qualification de l'aide sociale dans l'arrêt *Alimanovic* : « la Cour, dans l'arrêt *Alimanovic* se réfère à sa jurisprudence *Vatsouras*[1232] (point 46). Ce faisant, la Cour renie sa parole et, en réalité, dit exactement l'inverse de ce qu'elle disait dans l'arrêt *Vatsouras* »[1233]. Nous n'entrons pas davantage dans cette question précise, mais il nous faut maintenant relever les conséquences de l'abandon de la concrétisation circonstancielle extensive.

b. L'approche abstraite et fragmentaire du statut de citoyen

541. En effet, dans l'arrêt *Alimanovic* et l'affaire *García-Nieto*, l'avocat général a proposé de reconnaître une « différence objective de situation » entre les demandeurs d'emploi et les ressortissants de l'Etat d'accueil[1234]. Bien que l'avocat général étaye cette différence par l'arrêt *Collins*, il ne semble pas avoir pris en considération l'apport de la citoyenneté. En réalité, il existait déjà une différence avant la création de la citoyenneté européenne entre les travailleurs et les demandeurs d'emploi. La Cour avait décidé que les demandeurs d'emploi qui arrivaient dans l'Etat d'accueil bénéficiaient de l'égalité de traitement seulement pour l'accès à l'emploi et non pour les avantages sociaux et fiscaux[1235]. Toutefois, après la création de la

[1232] CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras* et *Koupatanze*, C-22, 23/08. Dans cet arrêt, la Cour a écarté la qualification de « prestation d'assistance sociale » en retenant que les prestations étaient destinées à faciliter l'accès au marché du travail.
[1233] CARLIER, Jean-Yves, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *JDE* 2016, pp. 153-159, spéc., p. 155.
[1234] Par exemple, Conclusions dans l'affaire *Alimanovic*, précitées, §98
[1235] CJCE, 18 juin 1987, *Lebon*, aff. 316/85, §26.

citoyenneté européenne, la Cour a fait évoluer sa jurisprudence avec l'arrêt *Collins*[1236] et considère désormais qu'une prestation financière ne peut plus échapper au principe fondamental de l'égalité de traitement. Surtout, l'arrêt *Collins* se situe bien dans l'élaboration du lien réel d'intégration, bien que ce soit le lien avec le marché du travail et non un lien général avec la société de l'Etat d'accueil. La « trilogie » commençant avec *Dano*, en revanche, revient à une classification *a priori* des personnes pouvant prétendre à l'égalité de traitement. A la différence de sa jurisprudence initiale en la matière, le développement actuel semble revenir à l'état du droit d'avant la création de la citoyenneté européenne : le travailleur bénéficie d'un traitement égal très étendu, tandis que les personnes non-actives – en particulier les indigents – peuvent être privées en amont de ce droit. Comme l'écrit le P[r] Rodière, « [i]l faut bien, à la longue, enregistrer combien les dispositions du Traité sur la citoyenneté s'expriment en réalité avec retenue, puisqu'elles ouvrent au citoyen de l'Union le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, mais "sous réserve des limitations et conditions" prévues par d'autres dispositions (…) »[1237]. Il y a donc bel et bien « deux citoyennetés ».

542. Une telle évolution ne pose pas seulement la question de la « cohérence » de la jurisprudence de la Cour. De notre point de vue, l'appréciation concrète et individuelle devrait être une étape incontournable de la concrétisation d'un droit fondamental. Revenir sur l'application extensive du droit revient à abaisser son « importance fondamentale » qui est désormais même plus faible face à l'exigence de maintenir l'équilibre financier du système social d'un Etat membre. Si la Cour avait exigé une certaine solidarité financière entre les Etats membres comme dans l'arrêt *Grzelczyk*[1238], elle est comprise aussi de manière extrêmement limitative. La Cour avait certes jugé dans l'arrêt *Bidar*[1239] que « « *bien que* les États membres soient appelés à faire preuve, dans l'organisation et l'application de leur système d'assistance sociale, d'une certaine solidarité financière avec les ressortissants d'autres États membres (…), il est loisible à tout État membre de veiller à ce que l'octroi d'aides visant à couvrir les frais

---

[1236] CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, C-138/02.
[1237] RODIERE, Pierre, « Quel droit de circulation en Europe pour les personnes inactives et démunies ? », *JDE* 2015, pp. 146-151, spéc., p. 150.
[1238] CJCE, 20 septembre 2001, C-184/99, §44 : « il ressort du sixième considérant de [la directive 93/96] que les bénéficiaires du droit de séjour ne doivent pas devenir une charge "déraisonnable" pour les finances publiques de l'État membre d'accueil. La directive 93/96, tout comme les directives 90/364 et 90/365 d'ailleurs, admet donc une certaine solidarité financière des ressortissants de cet État avec ceux des autres États membres, notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire. » La Cour a ensuite fondé cette exigence directement sur la citoyenneté européenne, v. entre autres, CJUE, 4 octobre 2012, *Commission c. Autriche*, C-75/11, §60.
[1239] CJCE, 15 mars 2005, C-209/03, §56, nous soulignons ; v. aussi CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, C-158/07, §48.

d'entretien d'étudiants provenant d'autres États membres ne devienne pas une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État. » L'égalité de traitement restait néanmoins le principe. Aujourd'hui, c'est le souci budgétaire qui reçoit une place véritablement « fondamentale ».

543. Ce qui est tout aussi problématique dans cette catégorisation *a priori*, c'est l'assimilation complète du contenu de la directive 2004/38 avec les dispositions correspondantes dans le droit primaire[1240]. C'est un écueil que nous avons souligné déjà dans l'application horizontale des droits fondamentaux. Si le droit dérivé contribue effectivement à la concrétisation d'un droit fondamental, il doit encore passer le contrôle du juge qui devrait vérifier par exemple si la concrétisation législative a respecté le contenu essentiel du droit ou si elle a exécuté les obligations procédurales, etc. La norme de droit fondamental est toujours en cours de construction, avant que tous les acteurs juridiques n'aient rempli leur propre tâche. Le juge doit précisément réaliser sa mission de concrétiser de manière extensive les droits fondamentaux. En même temps, ce recul semble atteindre aussi la concrétisation programmatique des droits fondamentaux.

B. L'inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux

544. Normalement, la concrétisation programmatique est extensive lorsqu'elle retient des notions juridiques larges et un champ d'application étendu. En ce qui concerne l'égalité de traitement entre les citoyens, la Cour a toutefois retenu un champ d'application extrêmement restreint de la Charte des droits fondamentaux (1). A notre sens, le déséquilibre ainsi créé entre les dispositions des traités et celles de la Charte montre certainement que la protection des droits fondamentaux n'a pas encore acquis la même valeur objective que l'objectif lié au marché commun aux yeux de la Cour (2).

1. Un champ d'application restreint de la Charte des droits fondamentaux

545. Dans l'arrêt *Dano*, la juridiction de renvoi avait demandé si les articles 1er, 20 et 51 de la Charte imposaient l'octroi des prestations d'assistance sociale aux citoyens européens indigents. Ces trois articles concernent respectivement la dignité humaine, l'égalité de droit entre toutes personnes et le champ d'application de la Charte. La Cour a presque entièrement

[1240] Nous avons déjà eu l'occasion de souligner ce problème. V. supra, n° 272 et n° 284.

suivi le raisonnement de l'avocat général pour refuser l'applicabilité de la Charte. Leur seule divergence consiste peut-être en ce que le rejet de la Cour semble plus radical.

D'accord avec l'avocat général, la Cour expliqua son refus d'application de la Charte en quelques lignes : premièrement, la prestation en cause est à la fois une prestation d'assistance sociale et une prestation spéciale en espèces à caractère non contributif relevant de la directive 2004/38 et du règlement n°883/2004. Aucun de ces deux textes ne détermine les conditions concrètes de son octroi. Il appartient donc aux Etats membres de fixer eux-mêmes ces conditions dans les limites prévues. D'ailleurs, le règlement n°883/2004 n'est qu'un règlement de coordination des régimes de sécurité sociale et ne vise pas à réglementer les modalités concrètes d'un tel octroi. Les Etats membres sont « compétents » pour les fixer. Deuxièmement, l'article 51 de la Charte dispose que la Charte ne crée aucune nouvelle compétence pour l'UE et ne s'impose aux Etats que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE. Troisièmement et par conséquent, la Charte ne s'applique pas. On ne peut qu'être étonné de voir la Cour rejeter aussi facilement l'application de la Charte, tant cette argumentation est fragile.

546. Dans la première étape de son raisonnement, la Cour semble confondre l'existence d'une compétence au bénéfice de l'UE et l'exercice de cette compétence. Ce n'est pas parce que l'UE n'a pas encore établi toutes les politiques de l'union douanière que les Etats seraient alors compétents pour fixer certaines modalités plus concrètes. Plus exactement dans le domaine de la sécurité sociale et de la protection sociale, il est vrai que l'UE ne dispose qu'une compétence partagée en vertu des articles 4 et 153 du TFUE. Mais il est assurément faux de considérer que l'UE ne dispose pas de compétence dans ces domaines. Dans l'article 153, les objectifs tels que « la lutte contre l'exclusion sociale », ou encore « la modernisation des systèmes de protection sociale » sont clairement mentionnés. Il ne suffit donc pas de s'appuyer sur l'absence actuelle de règles européennes pour exclure la compétence de l'UE. Plus fondamentalement, comment peut-on expliquer que les bourses pour l'enseignement supérieur relèvent de la formation professionnelle, alors que les aides pour la vie intra-européenne ne concernent pas la libre circulation ? Ce serait trop expéditif d'exclure l'octroi des prestations d'assistance sociale des compétences de l'UE. De plus, même si la matière ne faisait pas partie des compétences de l'UE, l'applicabilité de la Charte ne pourrait être niée avec cet argument.

547. En effet, si cette solution était retenue, c'est parce que la Cour fait une interprétation restrictive de l'article 51 de la Charte dans la deuxième étape de son raisonnement, et notamment de la notion de « mise en œuvre du droit » de l'UE. Si l'on comprend la mise en

œuvre du droit de l'UE comme l'application ou la transposition des règles européennes existantes, il est vrai que dans les cas comme l'affaire *Dano* il n'y a pas de « mise en œuvre ». Toutefois, cette interprétation semble triplement injustifiable.

Tout d'abord, on peut rappeler que la Cour elle-même a refusé une telle approche dans son arrêt *Åkerberg Fransson*[1241]. Dans cette affaire liée à une peine pour punir la fraude fiscale, la Cour a déclaré que « les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations. (…) dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application de ce droit, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect » (§19). La Cour s'appuie d'ailleurs sur les explications de la Charte et réaffirme cette position déjà très claire. Selon elle, « [l]es droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte » (§21).

Deuxièmement, dans une approche plus sémantique, faudrait-il voir une différence entre « mise en œuvre » du droit et « l'application » du droit ? Nous pouvons remarquer que la version anglaise de la Charte utilise « *implement* » et la version allemande « *durchführen* », qui ont exactement le sens d'appliquer le droit de l'UE. Ainsi, même du point de vue strictement linguistique, il semble que ce n'est pas une interprétation aussi restrictive de la Charte qu'il convient d'adopter, mais une interprétation qui rend le champ de la protection des droits fondamentaux plus large que le champ des compétences de l'UE. Comme nous l'avons vu précédemment[1242], le champ d'application du droit de l'UE dépasse pour des raisons aussi bien spatiales que temporelles les limites des compétences de l'UE. Un arrêt récent de la Cour a précisément adopté cette position. Dans l'arrêt *Delvigne*[1243], il était question du droit de vote d'une personne qui a fait l'objet d'une condamnation pénale. La loi française en cause demandait la radiation de cette personne dans la liste électorale. Aucune législation européenne

[1241] CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, précité, v. supra, n° 181 et n° 226.
[1242] V. supra, n° 181 et infra, n° 652.
[1243] CJUE, 6 octobre 2015, *Delvigne*, C-650/13, *AJDA* 2015, p. 2259, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et Ch. Gänser.

n'était directement en cause. Or il est évident que cette mesure nationale empêcherait la participation de la personne aux élections européennes. La Cour confirme que le droit de l'UE ne détermine pas « de manière explicite et précise quels sont les bénéficiaires de ce droit et que, par conséquent, en l'état actuel du droit de l'Union, la détermination des titulaires dudit droit ressortit à la compétence de chaque État membre dans le respect du droit de l'Union. » Or, elle ajoute que « [i]l n'en demeure pas moins (…) que les États membres sont tenus, dans l'exercice de cette compétence, par l'obligation (…) d'assurer que l'élection des membres du Parlement européen se déroule au suffrage universel direct, libre et secret » (§§31-32). La Charte était alors parfaitement applicable. Le raisonnement semble transposable dans l'affaire *Dano* : si l'état actuel du droit de l'UE ne régit pas de manière précise les modalités d'octroi des prestations d'assistance sociale, les Etats membres doivent néanmoins respecter les limites fixées par les traités et le droit dérivé. La Charte aurait dû ensuite trouver l'application. Comme de nombreux auteurs l'ont remarqué, c'est une dérogation à un principe en droit de l'UE et devrait donc entraîner naturellement l'applicabilité de la Charte[1244].

Enfin, la troisième raison est tirée en particulier de notre cadre d'analyse. Si les droits fondamentaux imposent de manière objective une concrétisation extensive, le juge ne peut adopter une interprétation restrictive de l'article 51. Par ailleurs, il nous paraît injustifiable de séparer le champ d'application de la citoyenneté et celui des droits fondamentaux, à moins de reconnaître que la Charte n'ait en réalité qu'une valeur « moindre » que les traités.

2. Une intégration encore principalement fondée sur le marché commun

548. Avec la citoyenneté européenne, l'UE devrait évoluer vers une communauté plus politique dont le respect des droits fondamentaux est une valeur essentielle. Les deux exemples que l'on a étudiés tout au long de cette section montrent d'ailleurs le potentiel d'un tel développement. En s'abstenant de les prendre davantage au sérieux, la Cour montre la prégnance de la tradition fonctionnaliste axée sur le marché commun.

En effet, le droit à l'éducation n'est pas seulement un instrument pour achever la construction du marché intérieur. C'est d'ailleurs ce que reconnaît désormais la Cour, en assoyant l'importance de l'éducation aussi sur l'article 165 du TFUE et non pas uniquement

[1244] V. par ex., SAFJAN, Marek, Dominik DÜSTERHAUS, et Antoine GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de *la mise en œuvre* à *la mise en balance* », *RTD eur.* 2016, pp. 219-247. Nous aurons encore l'occasion de revenir sur ce sujet. V. infra, n° 636.

sur l'article 166 plus spécifiquement relatif à la formation professionnelle[1245]. Toutefois, cette question n'est pas encore étudiée avec le prisme de l'article 14 de la Charte des droits fondamentaux. Mais le contexte international favorise aussi une approche plus fondée sur la protection des droits des personnes. Le droit à l'éducation est en effet consacré à l'article 26 de la Déclaration des droits universels des droits de l'homme de l'ONU, à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et à l'article 7 de la Charte sociale européenne.

549. Quant aux aides octroyées aux personnes indigentes, la protection de ces personnes, qui ne doivent pas être présumés comme des fraudeurs, relève bien des exigences liées à l'égalité en droit des personnes, au droit à une prestation sociale, et peut-être avant tout, au droit à la dignité. Malgré la portée universelle de ces droits, on peut comprendre que la Cour restreigne l'intervention du droit de l'UE dans son propre champ d'application et vise avant tout les citoyens européens. Mais la situation actuelle n'atteint même pas ce seuil. On peut d'ailleurs remarquer qu'une telle approche plus centrée sur la dignité des personnes correspond même à l'équilibre initial conçu par les fondateurs de la Communauté. Comme nous l'avons vu, la libre circulation des personnes en Europe devrait se faire dans les « conditions objectives de liberté et de dignité ». Enfin, il ne faut pas négliger que l'octroi des aides sociales ne vise pas uniquement à garantir les conditions économiques d'une existence digne. Lorsque le système est bien conçu (nous pensons naturellement à des aides du type des « revenus de solidarité active »[1246]), ces aides peuvent favoriser l'intégration des personnes bénéficiaires dans la société d'accueil. Ainsi les droits fondamentaux de personnes rejoignent-ils un des objectifs fondamentaux d'une communauté, à savoir l'intégration porteuse de la solidarité. Si la Cour revoit ce déséquilibre entre l'intégration économique et la protection des droits fondamentaux, il nous semble qu'une meilleure concrétisation puisse être réalisée en matière de l'égalité de traitement entre les citoyens.

C. La proposition d'une concrétisation conforme aux droits fondamentaux de l'UE

550. L'égalité entre les citoyens résulte principalement de la concrétisation des articles 20 et 21 du TFUE et des articles 20 et 45 de la Charte. Dans la concrétisation programmatique,

[1245] GRIMONPREZ, Kris, « The European Dimension in citizenship education : unused potential of article 165 TFEU », *E. L. Rev.* 2014, pp. 3-26.
[1246] DUJOL, Jean-Benoît, et Etienne GRASS, « La construction du RSA », *Dr. soc.* 2009, pp. 300-307.

le champ d'application de ces dispositions devrait être le « domaine d'application des traités ». Le problème le plus délicat reste la concrétisation circonstancielle : quelles sont les situations dans lesquels un Etat membre peut refuser l'égalité de traitement entre les citoyens européens ? Les deux justifications principales – la contrainte budgétaire et l'absence de lien réel d'intégration – de même que les autres (comme le maintien de l'ordre public) doivent être fondées sur un examen concret. Des allégations générales et abstraites sont à rejeter. La justification la plus difficile à évaluer est sans doute l'absence de lien d'intégration réel.

Pour apprécier ce lien, la CJUE devrait demander aux juges nationaux de tenir compte d'un ensemble de facteurs qui sont souvent factuels : la durée de séjour, l'exercice d'une activité professionnelle, la pratique de la langue, les relations sociales et affectives, la contribution à la société, le partage des valeurs sociales (par exemple dans le domaine familial), etc., hormis la nationalité qui est une appartenance juridique. La Cour de justice garderait le contrôle de la pertinence des facteurs utilisés. Elle devrait dès lors procéder à une concrétisation qui pourrait convoquer d'autres sciences humaines, mais qui reste juridique, en ce sens qu'elle produit au final une norme de droit. A l'heure actuelle, la Cour ne semble prendre en compte que la nationalité, le travail professionnel et la durée de séjour. En cela, elle est assez proche de la proposition de l'avocat général Wathelet qui fait une catégorisation des personnes à partir de ces trois facteurs[1247]. Le P[r] Carlier a ainsi réalisé le schéma suivant qui explique la position actuelle de la Cour[1248] :

Rattachement / Classement	État d'accueil	État de nationalité
Actif • Primaire (travailleur)	xxx	
• Secondaire (demandeur d'emploi, étudiant)	xx	x
Inactif • Primaire (après cinq ans)	xxx	
• Secondaire (avant cinq ans)	xx	x
xxx = pleine responsabilité xx = responsabilité principale x = responsabilité subsidiaire		

[1247] Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet dans l'affaire *Alimanovic*, C-67/14, présentées le 26 mars 2015, §87 et s.
[1248] CARLIER, Jean-Yves, « Chronique de la libre circulation des personnes dans l'UE », *JDE* 2015, pp. 166-178, spéc., p. 172.

Tableau 7. Tableau de rattachement du citoyen européen à un Etat pour le bénéfice de droits sociaux (par J.-Y. Carlier)

Selon l'auteur, le travail et la durée de résidence permettent d'abord de « classer » les citoyens en actifs/non-actifs et citoyens ayant ou non le droit de séjour permanent. En y ajoutant la nationalité, un rattachement (ou le lien d'intégration) peut paraître à l'égard soit de l'Etat d'accueil, soit de l'Etat de nationalité. Cette théorie qui a la vertu de clarifier la jurisprudence de la Cour ne nous semble toutefois pas suffisante pour répondre à l'exigence de prendre en compte le caractère « fondamental » des droits sociaux en cause. Comme nous l'avons dit, d'autres éléments peuvent être pris en compte pour caractériser le lien d'intégration.

551. Pour entrer plus en détail de notre analyse, nous proposer de commencer avec une interrogation sur la nature de ce lien. Le P[r] Dominique Schnapper distingue l'intégration de l'individu *à* l'Etat (intégration tropique) et l'intégration *de* l'Etat dans son ensemble (intégration systémique)[1249]. Leur distinction nous permet de renforcer la nécessité d'un examen individuel et concret. Par ailleurs, l'individu est intégré *à* la société (ou à une communauté) par un imaginaire commun[1250]. La langue commune peut favoriser son émergence[1251], mais n'est qu'un facteur privilégié parmi d'autres[1252]. Le projet de vie commun[1253], qui peut se traduire par un choix libre et absolu de traditions culturelles[1254] ou par un projet beaucoup plus quotidien de vie familiale[1255], constitue aussi un facteur important. Le travail lui-même reste un grand

---

[1249] SCHNAPPER, Dominique, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, Paris, 1994, p. 38 et s. : « [i]l peut caractériser l'ensemble d'un système ou de la société – ce qu'on peut appeler l'intégration *de* la société ou intégration systémique. (…) Mais il peut aussi caractériser la relation des individus ou d'un sous-système à un système plus large – ce qu'on peut appeler l'intégration *à* la société ou intégration tropique. »

[1250] ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities, Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, ed. Verso, 1991.

[1251] RENAN, Ernest, *Qu'est-ce qu'une nation*, textes présentés par Sh. Sand, Paris, Flammarion, 2011, p. 67.

[1252] *Ibid.* : « la langue invite à se réunir ; elle n'y force pas » ; dans le même sens, ANDERSON, Benedict, *op. cit.*, p. 133 : «*[i]t is always a mistake to treat languages (...) as emblems of nation-ness, like flags, costums, folk-dances, and the rest. Much the most important thing about language is its capacity for generating imagined communities, building in effect particular solidarities.* »

[1253] RENAN, Ernest, *op. cit.*, p. 77 : « dans le passé, un héritage de gloire et de regrets à partager, dans l'avenir un même programme à réaliser » ; et Fichte aussi qui ne s'oppose pas à Renan, comme l'explique le P[r] A. Renaut, v. FICHTE, Johann Gottlieb, *Discours à la nation allemande*, présentation, traduction et notes d'A. Renaut, Imprimerie nationale Editions, 1992.

[1254] HABERMAS, Jürgen, « Historical Consciousness and Post-Traditional Identity : Remarks on the Federal Republic's Orientation to the West », *Acta Sociologica*, vol. 31, n°1 (1988), pp. 3-13.

[1255] L'intégration a été analysée en cinq étapes qui sont respectivement culturelle, structurelle, conjugale, identificatoire et civique. V. GORDON, Milton, *Assimilation in American Life. The Role of Race, Religion, and National Origin*, OUP, 1964; cité par SCHNAPPER, Dominique, *Qu'est-ce que l'intégration ?*, Paris, Gallimard, 2007, p. 82.

facteur d'intégration[1256]. C'est pourquoi, à la différence du tableau précédent, nous proposons plutôt le tableau suivant pour faciliter la caractérisation du lien réel d'intégration à un Etat d'accueil :

Faits \ Droit	Ressortissant national	Citoyen européen	Ressortissants d'Etat tiers	Etc.
Travail	A	B		
Résidence				
Langue				
Lien familial		C		
Etc.				

Tableau 8. Le degré du lien d'intégration

552. Avec un tel tableau, les différents facteurs d'intégration de droit et de fait sont pris en compte. La Cour de justice peut déterminer au regard du consensus législatif et de l'état de la société européenne pour déterminer l'importance de chaque facteur. On peut raisonnablement penser que le travail occupe encore dans l'Europe économique et sociale une place centrale pour caractériser le lien d'intégration[1257] et que la nationalité représente l'intégration de droit la plus forte. Ainsi, le travailleur ressortissant national est le mieux « intégré » *à* l'Etat en cause (la situation de A) ; le travailleur européen peut l'être moins, mais le lien d'intégration est déjà suffisant réel (la situation de B) ; l'intégration d'un citoyen européen non-actif mais ayant des liens familiaux reste plus douteux (la situation de C) ; etc. Cette intégration par le lien familial ne peut être négligée. La Cour de justice l'a reconnu elle-même dans l'arrêt *Prete*[1258]. Il était question de l'allocation d'une aide à l'emploi en Belgique. Semblable à l'arrêt *D'Hoop*, la demanderesse ne pouvait pas remplir la condition relative à la durée d'études en Belgique et se

[1256] V. par ex., MEDA, Dominique, « Comment mesurer la valeur accordée au travail ? », *Sociologie*, pp. 121-140.
[1257] En effet, le régime prévu par la directive 2004/38 dispense les travailleurs du contrôle du lien d'intégration. Mais on peut le comprendre aussi comme une reconnaissance législative de la « force » d'intégration du travail.
[1258] CJUE, 25 octobre 2012, *Prete*, C-367/11, *Europe* 2012, n°12, p. 22, n. V. Michel ; *JCP S* 2012, n°48, p. 26, obs. J. Cavallini.

voyait refuser l'octroi de cette aide. Or son arrivée en Belgique était liée à son mariage avec un ressortissant belge et elle résidait depuis deux ans dans cet Etat. Le gouvernement belge considérait que ces circonstances « constituent des évènements de la vie privée sans rapport avec le marché du travail » belge. La Cour, tout en cherchant des liens avec le marché du travail, considérait en même temps que « des éléments ressortant du contexte familial dans lequel se trouve le demandeur d'allocations d'attente sont également susceptibles de contribuer à établir l'existence d'un lien réel entre le demandeur et l'État membre d'accueil. À cet égard, l'existence des liens étroits, notamment de nature personnelle, créés avec l'État membre d'accueil où l'intéressée s'est, à la suite de son mariage avec un ressortissant dudit État, établie et séjourne désormais de manière habituelle est de nature à contribuer à l'apparition d'un lien durable entre l'intéressée et son nouvel État membre d'établissement, y compris avec le marché du travail de ce dernier » (§50).

Une telle concrétisation explique aussi certaines affirmations de la Cour qui ont pu étonner la doctrine. Dans l'arrêt *Giersch*[1259] qui concerne l'obtention d'une bourse par les enfants de certains travailleurs frontaliers, la Cour expliqua que « le travailleur frontalier n'est pas toujours intégré dans l'État d'emploi de la même manière que l'est un travailleur résidant dans cet État » (§65). Autrement dit, le travail reste un facteur d'intégration parmi d'autres.

En tenant compte de ces différents facteurs, une appréciation hiérarchisée du lien d'intégration peut être effectuée, avec la possibilité de fixer un certain seuil en dessous duquel le lien peut être écarté. Cette reconsidération de la citoyenneté devrait donc permettre de déjouer la force à la fois conjoncturelle et intempestive des arguments financiers et à répondre de manière adéquate à la promotion positive des droits sociaux fondamentaux. De même, la résistance négative à la limitation de ces derniers semble devoir passer par une réforme similaire.

[1259] CJUE, 20 juin 2013, *Giersch*, C-20/12, *JDE* 2013, p. 270, étude D. Martin.

Section 2 : L'utilisation du principe de proportionnalité

553. L'ampleur du principe de proportionnalité paraît paradoxalement « démesurée » : il traverse non seulement les frontières des différentes branches du droit[1260], mais se répand aussi au-delà des droits nationaux[1261]. Depuis de nombreuses années, il connaît une « ascension irrésistible »[1262], si bien qu'en droit de l'UE de nombreuses études approfondies lui ont déjà été consacrées[1263]. Aristote affirme déjà que « [l]e juste (…) est une proportion. »[1264] La proportionnalité aurait ainsi un lien profond avec l'idée même du droit. Notre analyse doit cependant se borner à ses relations avec les droits (sociaux) fondamentaux, surtout dans l'UE, et l'aspect méthodique de ce principe. En effet, « [e]n tant que mode de raisonnement, la proportionnalité est donc représentative d'une méthode »[1265]. Nous verrons dans cette section que, si la concrétisation des droits fondamentaux rend souhaitable (voire nécessaire) l'application du principe de proportionnalité (§1), la pratique judiciaire actuelle semble n'avoir pas encore atteint la « juste application » (§2).

§1. L'application souhaitable du principe de proportionnalité

554. En réalité, on pourrait dire que le principe de proportionnalité est né dans le domaine des droits fondamentaux. Il intervient comme le contrôle de la limitation des droits fondamentaux par l'Etat (A). Par son contenu, le principe de proportionnalité consiste à

[1260] Pour quelques exemples non exhaustifs en France : en droit constitutionnel, DUCLERCQ, Jean-Baptiste, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préfacé par Jean-Louis Debré et Michel Verpeaux, LGDJ-Lextenso éditions, 2015 ; en droit du travail, CORNESSE, Isabelle, *La proportionnalité en droit du travail*, avec une préface de Paul-Henri Antonmattei, Paris, Litec, 2001 ; GENIAUT, Benoît, *La proportionnalité dans les relations du travail: de l'exigence au principe*, avec une préface d'Antoine Jeammaud, Dalloz, 2009 ; en droit administratif, MEKHANTAR, Joël, *Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale*, thèse à l'Université de Paris 2 sous la direction de Jean-Louis de Corail, 1990.

[1261] Notamment dans le Conseil de l'Europe, v. MUZNY, Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, 2 tomes, avec une préface de Frédéric Sudre, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

[1262] MARTENS, Paul, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme,* Mélanges offerts à Jacques VELU, Bruylant, 1992, tome 1, pp. 49-68.

[1263] En français, MARZAL YETANO, Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité: essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, avec une préface d'Horatia Muir-Watt, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, 2014 ; en allemand, KOCH, Olivier, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, Duncker und Humblot, 2003 ; en anglais, EMILIOU, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study*, London, Kluwer Law International, 1996 ; HARBO, Tor-Inge, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

[1264] Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, 1131 a, traduit par Jean Tricot, Paris, Vrin, 1990, p. 228.

[1265] MUZNY, Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Conv. EDH*, *op. cit.*, p. 161.

concilier des exigences normatives antagonistes en donnant une place aux éléments factuels et constitue ainsi une méthode de concrétisation (B).

A. La proportionnalité dans la limitation des droits fondamentaux

555. Le principe de proportionnalité est un procédé pour protéger les droits et libertés fondamentaux des individus. Cette fonction était déjà présente à son origine (1), et reste toujours centrale lors de son introduction en droit de l'UE (2).

1. L'origine moderne du principe de proportionnalité

556. Le principe de proportionnalité émergea du droit administratif prussien vers la fin du 19e siècle. MM. Cohen-Eliya et Porat montrent que, dans une perspective généalogique, l'on ne saurait comprendre ce principe sans tenir compte du principe de *Rechtsstaat* – Etat de droit[1266], si l'on devait nécessairement traduire. Sous le règne de Frédéric Guillaume II, la Prusse adopta en 1794 les *Lois générales de la Prusse* (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*). L'article 10 du titre 17 de la deuxième partie prévoyait que « la police est en charge de prendre les mesures nécessaires pour maintenir la tranquillité, la sécurité et l'ordre publics et pour prévenir le danger imminent pour le public ou ses membres particuliers »[1267]. L'idée de proportionnalité résulte précisément du qualificatif « nécessaire » employé ici à l'égard des mesures de police. Le principe de *Rechtsstaat* soumet l'action de la puissance publique au règne du droit. Toute mesure de police doit donc être autorisée par la loi. Mais le principe de proportionnalité, déjà dans cette première formulation, ajoute une condition supplémentaire pour la légalité de cette mesure : même si elle est autorisée *a priori* par la loi, son application *in concreto* doit se limiter au degré le moins attentatoire aux libertés.

Il est intéressant de noter aussi que, à la différence de la France qui avait déjà des déclarations de droits de l'homme, la Prusse ne disposait pas encore de telles proclamations de droits. La protection des droits de l'homme s'appuyait donc sur une rhétorique de droits naturels. La proportionnalité y était aussi associée par des auteurs comme Günter Heinrich von Berg et Otto Mayer vers la fin du 19e siècle au droit naturel[1268]. Ce dernier écrivait par exemple

[1266] COHEN-ELIYA, Moshe, et Iddo PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, CUP, 2013, p. 35 et s.
[1267] « *Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.* » (v. HATTENHAUER, Hans (éd.), *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* [von 1794 Textausgabe], Francfort, A. Metzner, 1970, zweiter Teil, XVII, §10)
[1268] COHEN-ELIYA, Moshe, et Iddo PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 28.

que « [l]a réaction de l'autorité de police ne peut viser que l'administré dont provient la perturbation. Lorsque la loi autorise des mesures énergiques, cela va de soi. Mais en outre, en raison de son fondement dans le droit naturel, l'exigence de proportionnalité de la réaction demeure valable et détermine l'ampleur de la manifestation de force qui doit être considérée comme admissible. Elle s'impose juridiquement, comme toutes ces choses, par la voie de l'interprétation des lois relatives à la matière concernée et des habilitations générales accordées par la loi à l'autorité administrative[1269]. » Autrement dit, d'un point de vue purement historique, le principe de proportionnalité était conçu comme un principe inhérent au Droit et aux droits de l'homme. En droit suisse, nous pouvons constater une trajectoire similaire du principe de proportionnalité[1270] : son existence est liée à la protection de ces derniers face aux ingérences de l'Etat.

2. L'introduction du principe de proportionnalité en droit de l'UE

557. La suite de ce développement est une progression « foudroyante »[1271]. En Europe, il est passé du droit administratif au droit constitutionnel en Allemagne, avant d'être puissamment propulsé et diffusé en Europe par les deux juridictions supranationales en

[1269] V. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3e éd. 1925, t. I, p. 222, cité par FROMONT, Michel, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995 (Numéro spécial intitulé « Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation »), pp. 156- 166, spéc., p. 157.

[1270] FROMONT, Michel, « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 158 : « De fait, le principe de la proportionnalité (…) a d'abord été conçu comme une limite apportée au pouvoir législatif lorsqu'il restreint certaines libertés publiques, notamment les libertés économiques (…) »

[1271] LYON-CAEN, Gérard, « Liberté et égalité dans le droit français du travail », *in Les droits de l'homme dans l'entreprise*, 20e Congrès de l'IDEF, *Revue juridique et politique (Indépendance et coopération)*, 1989, p. 900-906, spéc., p. 903 et p. 904 : le principe de proportionnalité « permet au juge d'avoir un pouvoir beaucoup plus grand que par le passé puisqu'il va pouvoir doser et corriger ce que peut avoir d'excessif un comportement de l'employeur. Si, par exemple, un salarié est, pour une peccadille, victime d'une sanction draconienne, le juge pourra estimer que la sanction n'est pas proportionnée au but recherché. »

Europe[1272] : la CJUE et la Cour EDH[1273]. Si l'on se concentre sur la Cour de justice qui n'est pas une juridiction spécialisée en droits de l'homme, il est particulièrement significatif de constater que l'arrêt qui introduit le principe de proportionnalité[1274] est précisément le premier arrêt qui a reconnu la protection des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire, à savoir l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*[1275]. Revenons donc un instant sur cet arrêt fondateur, car le contrôle de proportionnalité qu'il mit en œuvre nous semble aussi exemplaire.

558. Rappelons qu'il s'agissait de la limitation des libertés d'action et de commerce d'une entreprise allemande, en raison d'un régime de cautionnement communautaire qui imposait la constitution d'une caution pour la transaction de certaines denrées alimentaires. L'entreprise en cause n'ayant pu constituer à temps la caution, le certificat d'exportation ne fut pas délivré. Après avoir déclaré que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect » (§4), la Cour poursuivit son examen de la justification de la limitation, d'où la question de proportionnalité. Il est vrai que la Cour n'avait pas encore des formules déjà faites ou des procédures bien établies. Pour autant, son procédé ne nous paraît pas moins clair. Résumons-le en quatre étapes :

Tout d'abord, la Cour étudia le but de la caution : ce régime était « destiné à garantir la réalité des importations et exportations pour lesquelles les certificats sont demandés, afin d'assurer tant à la Communauté qu'aux États membres une connaissance exacte des transactions

---

[1272] Le « *balancing* » aux Etats-Unis a une autre trajectoire qui remonte jusqu'au juge Oliver W. Holmes qui a pu écrire dans une décision de 1908 que « *[a]ll rights tend to declare themselves absolute to their logical extreme. Yet all in fact are limited by the neighborhood of principles of policy which are other than those on which the particular right is founded, and which become strong enough to hold their own when a certain point is reached. The limits set to property by other public interests present themselves as a branch of what is called the police power of the state. The boundary at which the conflicting interests balance* cannot be determined by any general formula in advance*, but points in the line, or helping to establish it, are fixed by decisions that this or that* concrete *falls on the nearer or farther side.* » (*Hudson Country Water Co. v. McCarter*, 209 US 349, 355 [1908], cité par COHEN-ELIYA, Moshe, et Iddo PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 35.) Nous voyons que ce « *balancing* » est avancé aussi dans le cas de conflit entre droits et intérêts et qu'il refuse aussi une démarcation *a priori* entre eux. Des points comparables avec le cas européen peuvent en effet être repérés, mais compte tenu du cadre de notre étude, nous ne saurons engager ici une comparaison approfondie. V. aussi, KENNEDY, Duncun, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », *in* BROWNSWORD, Roger, Hans-W. MICKLITZ, Leone NIGLIA et Stephen WEATHERILL (Ed), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 185-220, spéc., p. 201 et s.

[1273] Pour une description détaillée de cette expansion, v. BARAK, Aharon, *Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations*, translated from the Hebrew by Doron Kalir, CUP, 2012, p. 175 et s.

[1274] En tout cas, plusieurs auteurs le présentent de cette manière, v. MARZAL YETANO, Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 26. ; COHEN-ELIYA, Moshe, et Iddo PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 11.

[1275] CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70, *Rec.* p. 01125, v. supra, n° 85.

projetées » (§6). Cette connaissance était elle-même indispensable, puisqu'elle servait de base à des actions d'achat, de stockage, de fixation de primes etc. de la part des autorités communautaires. Autrement dit, il s'agissait du bon fonctionnement de la politique agricole commune.

Ensuite, la Cour évalua le caractère approprié des mesures utilisées pour obtenir cette connaissance. En effet, « une projection d'avenir serait dénuée de signification si les certificats ne comportaient pas, pour les bénéficiaires, l'engagement d'agir en conséquence; (…) à son tour, cet engagement resterait sans efficacité si son observation n'était pas assurée par des moyens appropriés » (§8). Bref, le caractère approprié devait être apprécié par rapport à la capacité des mesures à engager le titulaire d'un certificat à « agir en conséquence ». Dès lors, le cautionnement paraît un moyen approprié. Le choix du législateur communautaire ne pouvait être critiqué à cet égard (§9).

Après, la Cour compara cette mesure avec d'autres alternatives. Un régime de simple déclaration aurait été insuffisant pour son caractère rétrospectif et ne fournissait pas non plus une contrainte suffisamment grande (§10). De même, un système d' « amendes *a posteriori* » aurait entraîné « de notables complications administratives et juridictionnelles » (§11). Autrement dit, le régime choisi par le législateur « possède, sur les autres systèmes possibles, le double avantage de la simplicité et de l'efficacité » (§9).

559. Avec ces différents constats, la Cour affirma que le régime de cautionnement « constitue un moyen à la fois nécessaire et approprié en vue de permettre aux autorités compétentes de déterminer de la manière la plus efficace leurs interventions sur le marché des céréales » (§12). Mais la Cour ne s'était pas arrêtée à cette conclusion pour légaliser l'atteinte aux droits fondamentaux de l'entreprise allemande. Ces constats ne permettent que d'affirmer que « le régime de cautionnement ne saurait donc être contesté *dans son principe* » (§13, nous soulignons).

En effet, la Cour se demanda enfin si « *certaines modalités* du régime de cautionnement ne pourraient pas être contestées au regard des [droits fondamentaux] » (§14, nous soulignons). C'est seulement après avoir constaté que « les frais de cautionnement ne constituent pas un montant *disproportionné* à la valeur totale des marchandises en jeu et des autres frais commerciaux » (§16, nous soulignons), que la Cour de justice réussit à justifier la mesure

communautaire qui, en poursuivant l'intérêt général (§16), ne portait pas une atteinte excessive aux droits fondamentaux des individus.

560. En somme, nous arrivons à un contrôle *progressif* en quatre étapes : 1) l'identification d'un but légitime ou d'un intérêt légitime ; 2) l'examen du caractère approprié de la mesure ; 3) le contrôle de la nécessité de la mesure ; et 4) la recherche d'une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux dans les mesures *concrètes* de l'administration. Le contrôle est progressif puisque les quatre étapes ne sont pas juxtaposées, mais forment une chaîne d'examens qui « concrétise » au fur et à mesure le contrôle. Si l'examen d'une étape échoue, la prochaine étape ne sera pas déclenchée. Nous voyons en même temps que la forme qu'a prise le principe de proportionnalité à son entrée en droit de l'UE est déjà beaucoup plus sophistiquée que la forme dans le droit administratif allemand au 19e siècle. Cette dernière ne mettait l'accent que sur le caractère « nécessaire » de la mesure de police, soit l'étape 3 susmentionnée. En réalité, ce principe plus complexe de proportionnalité correspond bien à la théorisation réalisée dans certains droits nationaux, en particulier le droit allemand. Voyons donc maintenant de manière plus systématique la nature théorique du principe de proportionnalité et son application nécessaire en matière de droits fondamentaux.

B. Un élément méthodique dans la concrétisation des droits fondamentaux

561. En effet, les différentes étapes que l'on vient de présenter ont été largement théorisées par la doctrine. La méthode peut se résumer en deux temps : l'identification des droits et intérêts antagonistes et l'examen de la proportionnalité qui se décompose en trois moments (adéquation, nécessité et proportionnalité au sens strict ou la mise en balance)[1276]. On pourrait dire que c'est la forme la plus aboutie du principe de proportionnalité, car d'autres variantes de ce principe « caméléon »[1277] existent[1278]. En nous référant à la forme la plus complète, nous

[1276] V. par ex., MÜLLER, Markus, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, Berne, Stämpfli Ed., 2016, p. 20 et s. ; pour la théorisation classique de R. Alexy, v. ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 66 et s. Il convient aussi de se référer à la loi de « mise en balance » proposée, v. p. 101 et s.
[1277] MUZNY, Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Conv. EDH*, *op. cit.*, p. 41.
[1278] On le présente parfois comme un examen en deux temps : d'abord sur le caractère indispensable de l'atteinte et ensuite l'équilibre entre les avantages et inconvénients qui en résultent. V. RAYNAUD, Julien, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 259. A notre avis, c'est cette variante-là qui évoque davantage un raisonnement entièrement axé sur le calcul coûts-bénéfices, et non pas le principe de proportionnalité en tant que tel. Nous reviendrons sur ce point dans le paragraphe suivant.

pouvons expliquer l'adéquation structurelle du principe de proportionnalité pour concrétiser les droits fondamentaux (1), avant de (re)voir les critiques de principe énoncées à son égard (2).

1. L'adéquation structurelle dans la concrétisation des droits fondamentaux

562. Cette adéquation résulte d'abord de la notion même de droit fondamental telle que nous la proposons ici. Rappelons-la à nouveau : les droits fondamentaux sont des principes juridiques exigeant la meilleure construction de la « personnalité » de leur titulaire. Le niveau de cette construction dépend du contexte dans lequel se trouve ce titulaire : il est en relation à la fois avec les pouvoirs publics et d'autres personnes privées qui peuvent porter atteinte à la jouissance des droits fondamentaux. Ces atteintes sont parfois illégales et les effets protecteurs et garants des droits fondamentaux permettent donc directement de les mettre en échec. Mais lorsque ces atteintes résultent aussi du Droit lui-même, la construction de la « personnalité » doit aussi être limitée. L'exigence de la « meilleure » construction se transforme donc en principe de proportionnalité qui demande à ce que la limitation soit la moins attentatoire possible aux droits fondamentaux. On retrouve un lien inhérent entre droits fondamentaux et principe de proportionnalité. Le P[r] Alexy expliquait déjà cette concordance lorsqu'il écrivait que « le lien [entre la théorie de principe juridique (*Prinzip*) et le principe (*Grundsatz*) de proportionnalité] est aussi étroit que possible : le caractère principiel implique le principe de proportionnalité et celui-ci implique aussi celui-là. »[1279]

563. En droit de l'UE, on peut constater cette application du principe de proportionnalité qui permet de maintenir le meilleur niveau de protection des droits (sociaux) fondamentaux. Outre l'arrêt fondateur *Internationale Handelgesellschaft* cité plus haut, voyons un autre exemple plus spécifiquement dans le domaine social.

Dans l'arrêt *Stoeckel*[1280], la Cour de justice devait apprécier la légalité de l'interdiction du travail de nuit des femmes au regard de l'égalité de traitement entre les sexes. Les principes en conflit étaient la protection de la main-d'œuvre féminine et l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe. Selon les gouvernements français et italien qui étaient intervenus dans la procédure, « l'interdiction du travail de nuit des femmes, assortie d'ailleurs de nombreuses

[1279] ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 66 : « *The [connection between the theory of principles and the principle of proportionality] is as close as it could possibly be. The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa.* »
[1280] CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, C-345/89, *Rec.* I-4047.

dérogations, répond à des objectifs généraux de protection de la main-d'œuvre féminine et à des considérations particulières d'ordre social tenant, par exemple, aux risques d'agression et à la charge supérieure de travail familial pesant sur les femmes » (§14). Dans une perspective de concrétisation, la question peut être posée de la manière suivante : en vertu de leur droit à l'égalité de traitement avec les hommes, les femmes peuvent-elles accéder à des emplois liés au travail de nuit, tout en ayant une protection suffisante ? Posée ainsi, la question est déjà une concrétisation programmatique du droit à l'égalité de traitement et cette concrétisation admet la légitimité des deux objectifs en présence. Plus exactement, cette concrétisation détermine les objectifs légitimes que les gouvernements peuvent invoquer pour justifier la limitation du droit fondamental. En effet, seules la protection de la condition biologique des femmes et la lutte contre les risques d'agression sont admises comme objectif légitime (§§15-16). Quant à la protection en raison des responsabilités familiales plus lourdes des femmes, la Cour la considéra comme impertinente pour la question de droit (§17).

Après cette étape, il convenait de poursuivre la concrétisation circonstancielle qui était assurée par l'examen de la proportionnalité. Il s'avéra que l'interdiction n'était pas appropriée pour assurer la protection biologique des femmes, puisque c'est plutôt l'état de grossesse et de maternité que le travail de nuit qui devait menacer la santé des femmes : « il n'apparaît pas que (…) les risques auxquels les femmes sont exposées dans un tel travail soient, de façon générale, différents par leur par leur nature de ceux auxquels sont également exposés les hommes » (§15). A propos des risques d'agression, « des mesures appropriées peuvent être adoptées pour y faire face sans porter atteinte au principe fondamental d'égalité de traitement entre hommes et femmes » (§16). Il est vrai que le raisonnement de la Cour était aussi très sommaire, ressemblant donc à de « simples allégations générales ». En plus, elle ne distinguait pas clairement dans cet arrêt le test d'appropriation et le test de nécessité. Il n'empêche que la Cour tenait très clairement que le contrôle de proportionnalité échouait à cette étape et l'interdiction générale du travail de nuit des femmes devait donc être condamnée.

564. Nous n'insistons pas outre mesure sur l'aspect factuel du contrôle de proportionnalité qui est souvent bien souligné par la doctrine[1281]. Il est plus intéressant de rappeler[1282] pour notre étude que, en matière sociale, la Cour considère que « les États membres

[1281] V. aussi, MÜLLER, Markus, *Proportionnalité*, *op. cit.*, p. XI : « l'application du droit, qui doit aboutir à un résultat proportionnel, doit toujours prendre en compte les circonstances du cas particulier ».
[1282] V. supra, n° 216 et s.

disposent incontestablement d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi »[1283]. Autrement dit, la Cour prétend exercer un contrôle relativement souple de proportionnalité à l'égard des droits sociaux. Cette réserve du juge peut se fonder tant sur la subsidiarité d'un juge supranational[1284] que sur la diversité *des systèmes sociaux* des Etats membres de l'UE. Ainsi, la Cour éviterait aussi le reproche d'un « activisme judiciaire »[1285]. Le sens exact ou l'étendue de cette marge n'est cependant pas facile à saisir. Nous savons que de « simples allégations générales » ne sauraient suffire[1286]. Le contrôle de la Cour pourrait donc se limiter à des cas *manifestement disproportionnés*, ou, si l'on peut abuser d'une notion en droit français, « des erreurs d'appréciation manifestes ». Dans l'arrêt *Kücükdeveci* par exemple, on se souvient qu'il était question d'une disposition allemande qui ne tenait pas compte du travail accompli avant les 25 ans d'un travailleur pour le calcul de son préavis de licenciement. La Cour jugea que la mesure en cause n'était adéquate ni pour rendre l'emploi des jeunes travailleurs flexible, ni pour protéger les travailleurs ayant passé plus de temps de l'entreprise, puisque la mesure *ne tenait aucun compte* de l'âge du travailleur lors de son licenciement et de son temps passé à l'entreprise avant l'âge de 25 ans[1287].

565. Il reste que cette réserve ne semble pas se limiter aux droits sociaux. A regarder de plus près la jurisprudence de la Cour, le juge de l'UE paraît donner toujours une large marge de manœuvre aux législateurs nationaux. Dans l'arrêt *Tanja Kreil* où il était question de l'accès aux emplois militaires comportant l'utilisation d'armes, la Cour jugea que « [l]es autorités nationales disposent toutefois, selon les circonstances, d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'elles adoptent des mesures qu'elles estiment nécessaires pour garantir la sécurité publique d'un État membre »[1288]. Certes, la marge ici n'est pas « large », mais nous pouvons voir la même tendance de la Cour à s'autolimiter dans le contrôle de proportionnalité. Etant donné que le principe de proportionnalité peut être considéré comme un principe général du

---

[1283] CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, §63.
[1284] L'argument est employé pour la Cour EDH à propos de sa doctrine plus élaborée de « marge nationale d'appréciation », v. TULKENS, Françoise, et Luc DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour EDH, paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature? », *Revue de sciences criminelles*, 2006, pp. 3-23.
[1285] V. une étude de droit comparé à ce sujet : PETERSEN, Niels, *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, CUP, 2017.
[1286] Par ex., CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13, §59.
[1287] CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, §§40-41.
[1288] CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, C-285/98, §24. Bien que l'arrêt concerne l'égalité entre femmes et hommes dans l'accès aux emplois, l'affirmation de la Cour n'est pas liée à la matière sociale.

droit de l'UE[1289], on peut dire, sans faire de jeux de mots, que la Cour de justice doit rester proportionnée dans le contrôle de proportionnalité lorsque les mesures nationales sont mises en cause en vertu des droits fondamentaux protégés par l'UE. En même temps, en plus de cette considération liée au caractère supranational de l'UE, nous verrons vers la fin de cette section que l'adoption d'un contrôle souple de proportionnalité consistant à donner une large marge d'appréciation à d'autres acteurs plus légitimes semble particulièrement bienvenue lorsqu'il s'agit de la conciliation des droits fondamentaux en confrontation. Pour l'instant, il semble d'ores et déjà plausible de dire que d'un point de vue « concrétiste », l'application du principe de proportionnalité est une méthode souhaitable voire nécessaire pour la concrétisation des droits fondamentaux et que la Cour de justice semble le mettre en œuvre effectivement. Pourtant, une telle impression ne serait-elle pas trop parfaite ?

2. Les critiques de l'application du principe de proportionnalité aux droits fondamentaux

566. En effet, d'un point de vue purement méthodologique, le principe de proportionnalité n'est certainement pas le seul moyen de réaliser l'articulation de différents droits fondamentaux et objectifs légitimes. Nous devons donc considérer les critiques du caractère souhaitable de l'application du principe de proportionnalité en matière de droits fondamentaux. Ces critiques peuvent être « externes », telles que la critique de la place qu'aurait prise le juge dans un ordre constitutionnel[1290]. Mais l'UE a ceci de particulier que l'ordre juridique de l'UE est étroitement lié à ceux des Etats membres. Une analyse du pouvoir du juge de l'UE n'est donc possible que si l'on prend en compte cette relation verticale des pouvoirs[1291]. Pour l'instant, nous restons donc avec les critiques internes qui visent à démontrer *le caractère irrationnel en soi* du principe de proportionnalité, et non pas la manière dont il est appliqué (nous verrons dans le prochain paragraphe des critiques que l'on pourrait adresser à son application en droit positif de l'UE). En ce qui concerne les critiques de la rationalité même du principe de proportionnalité, la plus puissante est sans doute celle sur l'incommensurabilité des droits et principes en conflit (a). Après l'avoir examinée, nous tenterons aussi de chercher des alternatives possibles (b).

[1289] Aujourd'hui, le principe de proportionnalité en droit institutionnel de l'UE est énoncé à l'article 5 §4 du TUE. Sur sa formulation comme principe général du droit, v. CJCE, 20 février 1979, *Buitoni*, aff. 122/78, *Rec.* p. 677.
[1290] V. DUCOULOMBIER, Peggy, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme,* avec une préface de Florence Benoît-Rohmer, Bruylant 2011, p. 385 et s.
[1291] V. infra, n° 606 et s.

a. La critique fondée sur l'incommensurabilité des droits

567. Parfois qualifiée de critique « la plus efficace »[1292], l'incommensurabilité peut se définir comme l'absence de commune mesure du « poids » des droits en conflits et donc d'une éventuelle « pesée des intérêts »[1293]. La question est ancienne et a déjà suscité de nombreux débats.

L'idée de base de l'incommensurabilité peut être saisie de manière intuitive. Le P[r] Wadron cite par exemple des dilemmes moraux tels que le choix du jeune homme de Sartre entre rejoindre la résistance et s'occuper de sa mère[1294]. Partant d'un autre registre, l'ancien juge à la Cour suprême des Etats-Unis Antonin Scalia écrivait aussi dans une décision que « [l]'analogie avec une balance n'est pas vraiment appropriée, puisque les intérêts placés de part et d'autre sont incommensurables. C'est comme si on jugeait que telle ligne est plus longue que telle pierre est plus lourde » [1295]. En termes de droits fondamentaux, cette critique insiste donc sur la différence objective entre valeurs qui sont censées être représentées par les différents droits en cause. Dès lors, il serait illusoire de prétendre assurer leur conciliation par une quelconque « mise en balance », car aucun critère rationnel ne paraît pouvoir être dégagé d'un système de valeurs qui sont hétérogènes. Par conséquent, chacun fera son propre choix en fonction de sa propre référence. Dans le cas du jeune homme de Sartre, sa liberté s'exerce alors par son propre engagement.

568. A notre avis, cette critique est convaincante, puisque l'on peut constater l'existence d'une pluralité de « biens »[1296], qui est par ailleurs largement reconnue juridiquement dans les

---

[1292] « The most effective critique of balancing », v. KLATT, Matthias, et Moritz MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, OUP, 2012, p. 58, citant TSAKYRAKIS, Stavros, « Proportionality: An Assault on Human Rights? » *International Journal of Constitutional Law*, 2010, pp. 468-493.

[1293] V. TSAKYRAKIS, Stavros, « Proportionality: An Assault on Human Rights? », *op. cit.*, p. 471 ; de même, DUCOULOMBIER, Peggy, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour EDH, op. cit.*, p. 375 : « la balance nécessite la pesée des intérêts et des droits conflictuels. Pour pouvoir peser des droits, il faut leur attribuer un poids. La rationalité de l'opération impose que ce poids ne soit pas déterminé subjectivement par le juge mais soit le produit d'une connaissance objective. »

[1294] WALDRON, Jeremy, « Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer », *Hastings Law Journal*, 1994, pp. 813-824, spéc., p. 816.

[1295] *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises*, 486 U.S. 888, 897 (1988) : « *Having evaluated the interests on both sides as roughly as this, the Court then proceeds to judge which is more important. This process is ordinarily called "balancing," (...) but the scale analogy is not really appropriate, since the interests on both sides are incommensurate. It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy. All I am really persuaded of by the Court's opinion is that the burdens the Court labels "significant" are more determinative of its decision than the benefits it labels "important."* » Le passage traduit vient de VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 279.

[1296] FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, OUP, 2011, 2nd ed., p. 85 et s.

sociétés contemporaines[1297]. Dans le cas de l'UE, l'art. 2 du TUE déclare aussi que « [l]'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme (…). » Ainsi, il serait absurde de vouloir rendre toutes les valeurs commensurables, que ce soit par le biais d'une compensation pécuniaire ou un autre[1298]. La vertu première de cette critique fondée sur l'incommensurabilité est de nous rappeler l'impossibilité d'une équivalence quantitative entre les réalisations de différents objectifs. Une telle démarche, souvent dans un cadre utilitariste et conséquentialiste, ne peut qu'être « artificielle »[1299].

569. Est-ce à dire que le contrôle de proportionnalité est donc à abandonner ? Nous ne le pensons pas. En effet, il convient de remarquer que la critique de l'incommensurabilité vise simplement à critiquer un « nivellement » des valeurs par un *étalon artificiel* : une ligne ne peut être comparée dans l'absolu à une pierre. Mais des préférences personnelles pourraient déjà motiver des choix. Simplement, ces préférences ne sont pas rationnelles, c'est-à-dire valables d'un point de vue universel. On est donc conduit naturellement à se demander si, lorsque ces préférences deviennent collectives, nous pouvons comparer les droits en cause, non pas dans l'absolu, mais par rapport à une préférence choisie à un moment donné. Il semble que, au moins théoriquement, il n'y a aucun obstacle à une telle affirmation. Au demeurant, plusieurs auteurs tentent aussi de défendre une version « faible » de l'incommensurabilité[1300] : il est suggéré par exemple qu'en établissant une « comparabilité » entre le degré de réalisation de chaque principe, un choix rationnel est possible : si l'on considère le passage d'une interdiction des

---

[1297] C'est la question d'une société que J. Habermas nomme « post-métaphysique » et qui fonde la normativité sur un modèle contractualiste, v. HABERMAS, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 123.

[1298] V. le refus très clair de la Cour EDH, dans *Schneider c. Luxembourg* du 10 juillet 2007 (n°2113/04) : « le mobile d'une opposante éthique à la chasse ne saurait être utilement mis en balance avec la rémunération perçue annuellement en contrepartie du droit d'usage perdu par elle, ne fût-ce qu'en raison de la nature essentiellement inconciliable d'une indemnisation par équivalent avec le mobile subjectif invoqué. » (§49) Cité par DUCOULOMBIER, Peggy, *Les conflits de droits fondamentaux (…)*, *op. cit.*, p. 377.

[1299] Sur cette notion de « commensurabilité artificielle », v. URBINA, Francisco J., « Incommensurability and Balancing », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 575-605, spéc., p. 589.

[1300] La distinction entre les versions « forte » et « faible » de l'incommensurabilité est proposée par WALDRON, Jeremy, « Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer », *op. cit.*, p. 816 : « *Whereas strong incommensurability leads to agony and paralysis in the face of immiscible values, weak incommensurability is usually expressed in terms of a simple and straightforward priority rule. The claim that considerations A and B are incommensurable in this second, weak sense connotes that there is an ordering between them, and that instead of balancing them quantitatively against one another, we are to immediately prefer even the slightest showing on the A side to anything, no matter what its weight, on the B side.* »

manifestations religieuses dans l'espace public à l'espace commun partagé, la conséquence pourrait être la limitation stricte des pratiques religieuses à la sphère familiale. La progression de la protection d'une neutralité religieuse ne paraît donc pas « proportionnée » à l'égard de la restriction ajoutée à la liberté religieuse[1301]. On a avancé aussi d'autres critères de préférence tels que le respect de la cohérence[1302].

570. Il est intéressant de remarquer que dans la jurisprudence de la Cour de justice, le contrôle de proportionnalité semble désormais comporter aussi un examen de cohérence et de systématicité. Dans l'arrêt *Leone*[1303] qui concernait une mesure française favorisant la retraite anticipée des femmes par rapport aux hommes, la Cour devait examiner s'il y avait une éventuelle justification de la discrimination indirecte fondée sur le sexe. Elle rappela d'abord classiquement que « tel est en particulier le cas si les moyens choisis répondent à un but légitime de politique sociale, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par la réglementation en cause et sont nécessaires à cet effet » (§53), mais ajouta immédiatement que « de tels moyens ne sauraient être considérés comme étant propres à garantir l'objectif invoqué que s'ils répondent véritablement au souci de l'atteindre et s'ils sont mis en œuvre de manière cohérente et systématique » (§54). Il est vrai que la « cohérence et systématicité » évoquées ici concernent plutôt les dispositions nationales contestées et non pas la comparaison entre deux valeurs en confrontation. Mais il nous semble possible de penser que, si la Cour attache une importance au caractère cohérent et systématique des mesures limitant un droit social fondamental, cette exigence peut s'étendre aussi dans sa propre jurisprudence, lorsqu'elle doit opérer une conciliation entre droits fondamentaux. En tout cas, deux droits par nature incommensurables peuvent alors trouver un aspect sous lequel ils deviennent comparables. Notre propos consiste donc à souligner surtout que le choix de cet « aspect », qui est au final une référence tierce commune entre deux termes ou un méta-principe, mérite d'être sorti de l'ombre et publiquement débattu, d'abord entre les juges et ensuite plus largement dans toute la communauté. Nous verrons que l'application biaisée du principe de proportionnalité vient plus souvent de l'occultation de ce méta-principe que de l'incommensurabilité des droits et qu'il est tout à fait possible de construire ce « méta-principe » de préférence. La cohérence et la systématicité ne sont qu'un exemple. Pour l'instant, poussons encore notre analyse plus loin : si l'on devait

[1301] AFONSO DA SILVA, Virgilio, « Comparing the Incommensurable : Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, pp. 273-301, spéc., p. 290.
[1302] URBINA, Francisco J., « Incommensurability and Balancing », *op. cit.*, p. 598.
[1303] CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13, *AJDA* 2014, p. 2296, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et Ch. Gänser.

absolument rejeter le contrôle de proportionnalité au nom de l'incommensurabilité des droits, quelles seraient nos alternatives possibles ?

b. Les alternatives au principe de proportionnalité

571. Une première alternative serait d'évacuer le conflit en amont. En déterminant plus précisément le domaine d'application de chaque droit fondamental, le juge pourrait ainsi éviter de les mettre en balance. L'analyse du P^r^ Habermas semble être la plus représentative de cette position. Selon lui, lorsque nous voulons éviter la concurrence entre plusieurs normes axiologiques qui demandent leur optimisation, nous pouvons se demander quelle est la norme la plus « adaptée » ou « adéquate » (*angemessen*) pour résoudre le cas concret. Il écrit que « [e]n cas de conflit avec d'autres prescriptions légales, aucune décision n'est requise quant à savoir à quel point les valeurs en concurrence sont chaque fois respectées. (…) la tâche consiste au contraire à découvrir, parmi les normes à première vue applicables, celle qui convient le mieux à la situation et à la décrire de façon aussi exhaustive que possible sous tous ses aspects significatifs. Il faut alors que s'établisse une relation judicieuse entre la norme pertinente et les normes qui s'effacent – sans préjudicie de leur validité persistante –, de sorte que la cohérence du système des règles dans son ensemble est préservée » [1304]. Cette solution permet donc de ne pas entrer dans une conciliation des droits, l'une étant applicable et l'autre non. Le P^r^ Habermas de poursuivre : « Le rapport entre les normes pertinentes et celles qui s'effacent (…) se définit comme un rapport entre normes "adéquates" et "inadéquates". L'adéquation signifie ici la validité d'un jugement singulier dérivé d'une norme en vigueur, jugement par lequel la norme sous-jacente parvient seulement à la "saturation" »[1305].

572. L'idée est tentante, dans la mesure où elle défend parfaitement l'idéal d'un Droit qui commande avec cohérence. « Au lieu de contrebalancer des biens et de soupeser des valeurs, l'exercice du droit fondé sur des principes doit découvrir la requête et l'action qui, dans tel conflit donné, sont conformes au droit. »[1306] A notre avis, elle n'est toutefois pas plus facile à mettre en œuvre. Remarquons d'abord que l'auteur reconnaît parfaitement les dispositions « ouvertes »[1307] qui ont une grande généralité. C'est pourquoi il a besoin de se référer à l'idée de la « saturation » pour décrire un processus similaire à la concrétisation. Dès lors, nous

[1304] HABERMAS, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.*, p. 283.
[1305] *Ibid.*, p. 284.
[1306] *Ibidem*.
[1307] *Ibid.*, p. 283.

voyons la difficulté dans l'application des textes en cause : si l'on suit la méthode concrétiste, la norme finale est élaborée à partir des données textuelles pertinentes (« programme normatif » dans le vocabulaire de F. Müller). Doit-on alors considérer *au début du processus normatif* que les textes des deux droits antagonistes sont applicables ? La réponse devrait être aussi positive selon le raisonnement susmentionné. Partant, dans l'élaboration de la norme, les textes semblent devoir inévitablement être pris en compte. Ils sont tous des « exigences normatives significatives de la situation », comme l'écrit le P^r^ Habermas. Laisser les unes « s'effacer » devant les autres semble donc encore plus illégitime que la recherche d'un équilibre de ces droits, tous obligatoires.

Par ailleurs, l'idée du P^r^ Habermas peut renvoyer plus concrètement à la détermination du champ d'application d'une norme. Là encore, exclure l'application d'un droit semble susciter davantage de difficultés. Si l'on revient à l'hypothèse donnée par l'arrêt *Dano*, la libre circulation des citoyens était applicable, tandis que la Charte des droits fondamentaux ne l'était pas (les deux normes n'étant par ailleurs pas en conflit). Une telle solution ne pouvait que susciter des étonnements. *A fortiori*, lorsque deux droits fondamentaux semblent effectivement entrer en confrontation, comment justifier de manière convaincante que l'un des droits ne se trouve même pas applicable, parce qu'il n'est pas assez « adapté » ?

573. Une autre alternative serait une hiérarchisation en amont entre les droits fondamentaux. Ce procédé n'est pas absent dans la jurisprudence de la Cour. On se souvient de la discussion sur les droits absolus et le contenu essentiel d'un droit[1308] : lorsqu'il existe des exigences normatives non susceptibles de dérogation, il n'y aura pas de mise en balance possible. Simplement, nous pensons que cette solution n'est pas exclusive de celle de la proportionnalité en matière de droits fondamentaux. L'article 52 de la Charte les prévoit lui-même en même temps, puisque tous les droits ne sont pas absolus. Plus subtile est une éventuelle hiérarchisation portée par la norme de référence. En effet, on aurait pu refuser même cette hiérarchisation au nom de la concrétisation, comme le fait le P^r^ Müller. Il écrit que « la théorie de la mise en balance porte en elle le danger de "donner la priorité" trop exclusivement dans le cas concret, à une norme constitutionnelle au détriment d'une autre »[1309]. Il est vrai que cette « *priority in adjustment* »[1310] pourrait donner une préférence *in abstracto* à certains droits

[1308] V. supra, n°185.
[1309] MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, p. 96.
[1310] BAILLEUX, Antoine, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, *op. cit.*, p. 279.

au détriment d'autres. Néanmoins, il semble que, d'après ce qu'on a dit plus haut, pour qu'une conciliation des droits puisse être rationnelle, une telle norme semble nécessaire. Au demeurant, elle ne conduit pas dans tous les cas à une hiérarchisation entre droits fondamentaux, notamment si le juge la fonde sur l'indivisibilité des droits. La norme de référence déséquilibrée, comme on va le voir dans la jurisprudence de la Cour, signifie plutôt une application biaisée et problématique du principe de proportionnalité en matière de droits fondamentaux.

§2. La juste application du principe de proportionnalité

574. Comme nous l'avons vu, le principe de proportionnalité vise à limiter les limitations des droits fondamentaux et à concilier ces derniers lorsqu'ils entrent en confrontation. Le paragraphe précédent nous a montré deux particularités de ce principe : d'un côté, en tant que méthode de concrétisation, il comporte un aspect factuel ; de l'autre, en raison de l'incommensurabilité entre les droits, la conciliation de ces derniers se fonde sur un méta-principe qui doit être justifié. Dans la pratique, ces deux caractéristiques ont pu conduire le juge à deux excès, d'une part la réduction du contrôle de proportionnalité à une analyse de coûts-bénéfices (A) et d'autre part, la soumission des droits sociaux aux droits économiques (B).

A. La réduction de la proportionnalité à une analyse économique

575. La structure du contrôle de proportionnalité fait que le raisonnement téléologique occupe une place essentielle : pour réaliser l'objectif légitime, les moyens mis en place doivent être « adéquats » et « nécessaires ». Dès lors, il peut y avoir un risque d'aplatissement utilitariste des principes en confrontation, au détriment de leur incommensurabilité. Ce risque semble avéré en matière de libertés de circulation (1) où une analyse économique est particulièrement prononcée dans le raisonnement de la Cour, tandis qu'en matière d'autres droits fondamentaux, une application davantage téléologique et axiologique semble demeurer la pratique en vigueur (2).

1. Un risque avéré en matière de libertés de circulation

576. Les manifestations de la réduction utilitariste du principe de proportionnalité peuvent être multiples : la recherche de l' « efficience » des moyens sans interrogation sur leur

nature, l'oubli du caractère axiologique de l'objectif, l'emploi des standards techniques, etc. Si cette tendance technique se voit dans le raisonnement de la Cour (a), le langage employé est parfois lui aussi problématique (b).

a. La proportionnalité en tant que technique d'efficacité

577. Comme l'a remarqué le P^r^ Supiot à propos des libertés de circulation, « la conciliation de ces deux principes [i. e. la libre circulation des marchandises et la protection de la santé et de la sécurité] conduit inéluctablement à définir des règles qui sauvegardent un haut niveau de protection élevé dans les Etats membres, tout en abolissant les barrières techniques entre les Etats »[1311]. Toutefois, si l'on adopte un raisonnement technique pour assurer cette conciliation, le droit peut tout simplement céder sa place à un processus de normalisation : « [d]ès lors qu'une question – par exemple la durée du travail sur une machine – semble passible d'une norme scientifique ou technique, le droit n'aurait plus, dans cette conception, de titre légitime à trancher cette question et devrait se borner à prendre acte de cette norme »[1312]. Hermétique à toute interprétation juridique, « [l]a norme technique est unidimensionnelle, en ce sens qu'elle appartient à un seul monde : le monde des faits »[1313]. Ayant constaté l'aspect factuel du contrôle de proportionnalité, on voit donc plus clairement le fondement du risque d'aplatissement.

578. M. Antonio Marzal a approfondi cette analyse dans le domaine des libertés de circulation en droit de l'UE. Il identifie trois tendances utilitaristes et technicistes dans l'application du principe de proportionnalité :

Tout d'abord, il existerait une « factualisation » dans l'identification de l'objectif légitime permettant la limitation des libertés fondamentales[1314]. Selon l'auteur, la Cour de justice ne se réfère pas au but avancé par le législateur national (*voluntas legislatoris*), mais retient seulement le but que la Cour considère comme objectivement recherché par les mesures nationales (*voluntas legis*). En même temps, cette interprétation objectiviste du droit national est entièrement fondée sur les « effets » ou les « conséquences » que les mesures entraînent : « une mesure ne cherche à protéger les travailleurs que s'il s'avère qu'elle "comporte, pour les

[1311] SUPIOT, Alain, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 230.
[1312] *Ibid.*, p. 235.
[1313] *Ibidem*.
[1314] MARZAL YETANO, Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 49 et s. et p. 72 et s. sur le caractère factuel des tests d'adéquation et de nécessité ; p. 52 et s. pour la « factualisation » des objectifs.

travailleurs concernés un avantage réel qui contribue, de manière significative, à leur protection sociale" »[1315]. C'est pourquoi l'intention du législateur ne saurait constituer l'objectif par rapport auquel le contrôle de proportionnalité s'exercera, mais les faits. L'objectif serait alors « factualisé ». Dès lors, les deux « étapes » du contrôle de proportionnalité, « l'une consistant à identifier la volonté de la norme (…) et l'autre consistant à vérifier que la norme est un moyen rationnel pour atteindre le but visé (…) se confondent »[1316]. Fortement justifié par l'arrêt *Finalarte* dans le domaine du détachement des travailleurs[1317], ce constat montre une tendance à négliger le caractère axiologique de l'objectif légitime poursuivi par certaines mesures nationales.

Ensuite, la jurisprudence en matière de libertés économiques semble mettre rarement en œuvre la « mise en balance » qui devrait être l'ultime étape du contrôle de proportionnalité[1318].

Enfin, l'ensemble du raisonnement lié à la proportionnalité est caractérisé par la recherche de l'efficience qui peut être définie avec le critère de Pareto, à savoir l'impossibilité d'améliorer la situation d'une personne sans qu'au moins celle d'une autre ne soit détériorée[1319]. En réalisant les tests d'appropriation et de nécessité qui semblent condamner les mesures nationales uniquement parce qu'une autre mesure moins restrictive aurait pu être utilisée, la Cour de justice applique donc un contrôle d'efficience. Ainsi comprise, l'efficience, ou « l'efficacité »[1320], est conforme à son usage en sciences économiques et désigne la situation où « l'allocation des ressources rares entre les différents producteurs et leur utilisation conduisent à un ensemble de biens produits tel qu'il n'existe pas d'autres ensembles comportant plus de chacun des biens produits »[1321], ou en d'autres termes, l'utilisation optimale des ressources.

[1315] *Ibid.*, p. 52.
[1316] *Ibid.*, p. 55.
[1317] CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte*, aff. jtes, C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98, Rec. p. I-07831, *RTD eur.* 2003, p. 529, chron. P. Rodière.
[1318] MARZAL YETANO, Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 84 et s.
[1319] Ou bien, avec un langage plus précis : « L'[efficience] de Pareto est définie en termes de préférences (subjectives) des individus dans la société. Un Etat x est dit être "supérieur selon le critère de Pareto" à un état y lorsque chaque individu est, de son point de vue propre, au moins aussi bien dans l'état x qu'il l'est dans l'état y et qu'au moins une personne se trouve (en termes de ses préférences) mieux dans l'état x. » KORNHAUSER, Lewis, « L'analyse économique du droit », *Revue de synthèse*, 1985, pp. 313-329, spéc., p. 321, cité par MARZAL YETANO, Antonio, *op. cit.*, p. 246.
[1320] V. SILEM, Ahmed (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 2012, p. 341, où les auteurs utilisent plutôt « efficacité de Pareto », l'efficacité signifiant « [r]éalisation d'un objectif (du latin *efficere* = accomplir) ».
[1321] JESSUA, Claude, Christian LABROUSSE et Daniel VITRY (dir.), *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, 2001, p. 345.

A n'en pas douter, un tel contrôle qui assimilerait les limitations des droits fondamentaux aux « coûts » et les exigences de l'objectif légitime aux « bénéfices » conduirait l'utilisation des faits dans un sens purement utilitariste. La norme technique, établie par la Cour, se substituerait alors à la norme juridique, élaborée par les législateurs. Dans certains arrêts, le langage et le raisonnement de la Cour semblent montrer même de manière ostensible cette évolution.

b. Un langage d'efficacité

579. Dans l'arrêt *De Clercq* par exemple[1322], il était question d'un détachement de travailleur qui n'avait pas respecté les prescriptions de l'Etat belge, pays d'accueil, en matière de déclaration de travailleurs détachés. Appliquant directement les articles 56 et 57 du TFUE relatifs à la libre prestation de services, la Cour rappela d'abord classiquement qu'une mesure d'entrave peut « être justifiée pour autant qu'elle répond à une raison impérieuse d'intérêt général et que cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi, qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci » (§62). Toutefois, les tests d'appropriation et de nécessité sont présentés de la manière suivante : « une obligation faite à un employeur établi dans un autre État membre de signaler, préalablement à un détachement, aux autorités de l'État membre d'accueil la présence d'un ou de plusieurs travailleurs salariés à détacher, la durée prévue de cette présence et la ou les prestations de services justifiant le détachement constitue une mesure *efficace et proportionnée* qui est de nature à permettre à ces autorités, d'une part, de contrôler le respect de la réglementation sociale et salariale de l'État membre d'accueil pendant la durée du détachement en tenant compte des obligations auxquelles cet employeur est déjà soumis en vertu des règles de droit social applicables dans l'État membre d'origine et, d'autre part, de lutter contre la fraude » (§71, nous soulignons). En effet, cette constatation reprend une jurisprudence bien établie[1323], où l'efficacité était employée comme le synonyme du caractère approprié d'une mesure et mise en parallèle avec son caractère nécessaire : une obligation de déclaration est aussi « efficace » qu'une autorisation de travail, en ce sens qu'elles permettent toutes les deux d'assurer la lutte contre la fraude fiscale et la protection des travailleurs. Mais la première est

[1322] CJUE, 3 décembre 2014, *De Clercq*, C-315/13, *Europe* 2015, n°2, p. 29, n. A. Bouveresse.
[1323]V. CJUE, 7 octobre 2010, *Santos Palhota et al.*, C-515/08 ; CJCE, 21 octobre 2004, *Commission c. Luxembourg*, C-445/03.

moins « restrictive » que la seconde. Au fil du temps, on voit que l'efficacité semble devenir le synonyme de la proportionnalité, faisant ainsi une belle part à l'analyse coûts-bénéfices.

580. Paradoxalement, l'arrêt *De Clercq* semble donner des éléments pour une autre lecture du principe de proportionnalité. Trois remarques semblent nécessaires : d'abord, l'identification des raisons impérieuses d'intérêt général ne paraît pas avoir été soumise à une « factualisation ». La Cour reconnut pleinement le caractère légitime et souhaitable des objectifs tels que la protection des travailleurs, la prévention de la concurrence déloyale, la lutte contre le dumping social, la lutte contre la fraude, et la prévention des abus, en particulier la lutte contre le travail dissimulé (§65). L'invocation de ces objectifs par la juridiction de renvoi et par le gouvernement belge était le seul horizon de l'examen de la Cour (§64) : la Cour n'a pas cherché les « effets réels » de l'obligation de déclaration, mais examina simplement son caractère approprié pour protéger les travailleurs. Ensuite, l'application du contrôle de proportionnalité paraît extrêmement sommaire et la Cour n'a pas vraiment apprécié sur le plan factuel le caractère proportionné de l'obligation de déclaration (la Cour aurait pu examiner les formulaires exigés par l'Etat belge). En effet, la Cour a plutôt apprécié la « déclaration préalable » comme une catégorie globale. Autrement dit, ce qui compte aux yeux de la Cour reste la cohérence des mesures nationales (la déclaration préalable et l'autorisation appréciées toujours au regard de l'objectif de protéger les travailleurs). La prise en compte des faits s'effectue donc par rapport au but à l'horizon et se distingue donc d'une pure analyse factuelle de « l'attractivité ». Enfin, la mention parallèle des caractères « efficace » et « proportionné » d'une mesure peut aussi être le signe d'une différenciation entre les deux termes. A notre sens, cette autre lecture de la jurisprudence de la Cour est encore plus plausible lorsque les libertés économiques ne sont pas directement en jeu.

2. Un risque nuancé en matière de droits fondamentaux

581. En matière sociale, il semble possible de constater une application moins utilitariste du principe de proportionnalité. Il participe non seulement pleinement à la concrétisation comme processus normatif (a), mais conserve aussi sa structurelle intégrale qui va de l'identification de l'objectif légitime de limitation à la mise en balance des intérêts, poursuivant ainsi la recherche d'un juste équilibre (b).

a. La participation du principe de proportionnalité à la normativité dogmatique

582. Si l'on revient d'abord sur l'égalité de traitement entre les citoyens, le principe de proportionnalité participe activement à l'élaboration du lien d'intégration réel qui justifie la limitation de l'égalité de traitement. En matière de prestations sociales pour les étudiants mobiles, l'arrêt *Giersch*[1324] donne une illustration intéressante. Il s'agissait d'une disposition luxembourgeoise qui accordait une aide financière aux études supérieures à condition que les bénéficiaires séjournent au Luxembourg. Une discrimination indirecte semblait donc bien présente. Deux objectifs étaient invoqués par le Luxembourg : le maintien de l'équilibre budgétaire et la promotion de la poursuite d'études supérieures (§§47, 48 et 50). La Cour refusa d'abord de manière classique[1325] que des considérations purement économiques puissent constituer un objectif légitime (§§51-52), tandis que l'objectif social était admis. A ce stade, les considérations factuelles n'étaient pas encore entrées en jeu. Les principes en conflit sont proprement axiologiques. Ensuite, pour apprécier les caractères approprié et nécessaire de la condition de séjour, la Cour insista notamment sur le « caractère trop exclusif » de cette condition pour identifier le lien réel d'intégration. Selon elle, « une condition de résidence peut être disproportionnée si elle présente un caractère trop exclusif en ce qu'elle privilégie indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement, à l'exclusion de tout autre élément représentatif » (§72). Une telle injonction montre d'une part qu'un critère abstrait ne réussira pas le contrôle de proportionnalité et que, si d'autres éléments factuels doivent être considérés, ils doivent être « représentatifs » et « dûment » analysés. Autrement dit, les faits ne montrent pas eux-mêmes ce qu'est une intégration réelle et effective. Il s'agit toujours d'une appréciation juridique et normative qui s'élabore à travers la rencontre entre la raison et les faits[1326].

583. Ce refus d'un critère trop exclusif et insuffisamment représentatif se trouve aussi dans d'autres arrêts de la Cour[1327], mais il faudrait reconnaître une utilisation variable des faits. Dans l'arrêt *Giersch* par exemple, le caractère approprié fut examiné avec des « présomptions » (§67), la Cour étant restée très sommaire dans son analyse. En revanche, dans l'arrêt *Bressol*[1328] où il était question d'un « *numerus clausus* » en médecine pour les étudiants mobiles européens,

[1324] CJUE, 20 juin 2013, *Giersch*, C-20/12, *JDE* 2013, p. 270, étude D. Martin.
[1325] V. CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, §30.
[1326] V. supra, n°163 et s.
[1327] Par ex., CJUE, 21 juillet 2011, *Stewart*, C-503/09, §95 ; CJUE, 14 juin 2012, *Commission c. Pays-Bas*, C-542/09, §§85-87.
[1328] CJUE, 13 avril 2010, *Bressol*, C-73/08, *JCP S* 2010, n°26, p. 17, n. J. Cavallini.

la Cour reconnut l'objectif légitime de préserver un nombre suffisant de professionnels de la santé ou plus généralement, celui de réaliser un niveau élevé de protection de la santé publique (§62). Mais dans le test d'appropriation, la Cour imposa un examen du risque pour la santé publique demandant une étude précise des faits. Selon la Cour, « [l]es raisons justificatives susceptibles d'être invoquées par un État membre doivent donc être accompagnées d'une analyse de l'aptitude et de la proportionnalité de la mesure adoptée par cet État, ainsi que des éléments précis permettant d'étayer son argumentation (…). Il importe qu'une telle analyse objective, circonstanciée et chiffrée soit en mesure de démontrer, à l'aide de données sérieuses, convergentes et de nature probante, qu'il existe effectivement des risques pour la santé publique » (§71). Il est vrai que cette variation d'intensité peut paraître très subjective, mais nous pouvons reconnaître globalement que la Cour applique le principe de proportionnalité au regard des droits fondamentaux et principes légitimes en jeu et ne le réduit pas à une simple analyse économique.

b. La recherche du juste équilibre

584. La « mise en balance » ou la recherche de l'équilibre semble aussi se manifester de temps en temps dans la jurisprudence de la Cour en matière de droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Mangold*[1329], la Cour affirme très clairement que « [l]e respect du principe de proportionnalité implique en effet que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles du but recherché » (§65). En effet, la mesure en cause, tout en voulant assurer l'insertion professionnelle des seniors, retint exclusivement le critère d'âge sans « autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé » (*Ibid.*). Autrement dit, aucune « conciliation » n'a été effectuée par le législateur national et la mesure était donc disproportionnée.

585. Au-delà du domaine social, la Cour s'attache aussi à concilier les différents droits fondamentaux lorsqu'ils entrent en confrontation. Dans l'arrêt *Sky Österreich*[1330], il était question d'un droit exclusif de radiodiffision de certaines compétitions sportives. Ce droit interdirait-il la reproduction de courts extraits de ces événements présentant un grand intérêt

[1329] CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04.
[1330] CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, v. ANAGNOSARAS, Georgios, « Balancing conflicting fundamental rights : the Sky Osterreich paradigm », *E. L. Rev.* 2014, pp. 111-124.

pour le public ? La Cour situait le débat en termes de confrontation entre la liberté d'entreprise (art. 16 de la Charte des droits fondamentaux) et la liberté d'information (art. 11 de la Charte)[1331]. Elle rappela d'abord que « le principe de proportionnalité exige (…) que les actes des institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause » (§50). La question précise portait sur la possibilité d'avoir un accès gratuit à l'information pour en tirer de courts extraits. Après avoir validé les caractères approprié et nécessaire de cette mesure, la Cour ajouta que « le législateur de l'Union devait mettre en balance, d'une part, la liberté d'entreprise et, d'autre part, la liberté fondamentale des citoyens de l'Union de recevoir des informations, la liberté ainsi que le pluralisme des médias. Lorsque plusieurs droits et libertés fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union sont en cause, l'appréciation de l'éventuel caractère disproportionné d'une disposition du droit de l'Union doit s'effectuer dans le respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de ces différents droits et libertés et d'un juste équilibre entre eux » (§§59-60). La Cour examina donc ensuite cette conciliation : le caractère gratuit de l'accès paraît « compensé » par une délimitation précise du contenu de l'information. En effet, seuls les contenus relevant des programmes généraux d'actualité sont concernés (§62).

Face à ces différents constats, on pourrait penser que dans l'application du principe de proportionnalité, la Cour de justice demeure relativement conforme à l'idée même de la proportionnalité (c'est-à-dire sa théorisation) en matière de droits (sociaux) fondamentaux au sens strict, alors qu'elle semble être tentée par une forme d'« excès » lorsque les libertés de circulation sont en jeu. Soucieuse de les protéger, la Cour pousse le principe de proportionnalité vers une recherche de l'efficacité, caractéristique d'un marché sans frontières. Cette tendance semble aussi perceptible au regard de la norme de référence.

B. La norme de référence en déséquilibre

586. Si le principe de proportionnalité limite le plus souvent l'ingérence de l'Etat dans l'exercice des droits fondamentaux, sa place dans la conciliation entre droits fondamentaux est tout aussi centrale aujourd'hui. Comme nous l'avons déjà mentionné au fur et à mesure de notre

[1331] Il est aussi intéressant de remarquer les efforts de qualification dans cet arrêt. L'article 17 de la Charte, relatif au droit de propriété, se trouva aussi invoqué, mais la Cour rejeta cette qualification en raison de la transposition en cours de la directive 2007/65 qui demande l'accès et la diffusion de ce type d'information. (§§32-40), et qui révèle donc la nature non exclusive de son usage.

thèse, cette confrontation peut avoir lieu, par exemple, entre la liberté d'information et la liberté d'entreprise, la liberté d'expression et le respect de la vie privée et familiale[1332]. Mais il est vrai qu'en droit de l'UE, c'est la confrontation entre droits sociaux et libertés économiques qui a été et qui reste sans doute la plus problématique. Les écrits dans ce domaine sont particulièrement nombreux[1333] et les auteurs critiquent généralement la prédominance des libertés économiques établie par la Cour. Si ce constat est exact, le diagnostic peut différer. Outre la critique adressée au principe de proportionnalité, comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, on trouve des critiques et explications philosophique[1334], historique[1335], et du point de vue de la cohérence interne de la jurisprudence sur les libertés de circulation[1336]. De notre point de vue, cette prédominance, qui est une sorte d'hiérarchisation *a priori* à peine voilée, devrait aussi être critiquée d'un point de vue méthodologique (1), ce qui devrait aboutir à une reformulation de la norme de référence (2).

1. Le déséquilibre manifesté dans l'absence de concrétisation des droits sociaux

587. L'absence de concrétisation résulte d'une dénégation de la valeur intrinsèque des droits sociaux (a), qui est manifestement motivée par une approche toujours fonctionnaliste, axée sur une norme de référence déséquilibrée (b).

a. La dénégation de la valeur intrinsèque du droit d'action collective

[1332] Le cadre de la Conv. EDH est sans doute un autre lieu où de nombreuses confrontations se rencontrent. V. SUDRE, Frédéric (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2014.
[1333] V. entre autres, ROBIN-OLIVIER, Sophie et Etienne PATAUT, « Europe sociale ou Europe économique, à propos des affaires Viking et Laval », *RDT* 2008, pp. 80-88 ; LAULOM, Sylvaine, « Les actions collectives contre le dumping social, à propos des arrêts Viking et Laval rendu par la CJCE », *SSL* n°1335, 7 janv. 2008, p. 10 ; LHERNOULD, Jean-Philippe, « La CJUE est-elle antisociale? », *RJS* 7/10, p. 507.
[1334] SUPIOT, Alain, *L'esprit de Philadelphie*, Paris, Seuil, 2010, p. 71. Le Pr Supiot critique la tendance néolibérale de la Cour qui aurait « abandonné l'objectif communautaire de l'égalisation dans le progrès » et s'emploierait « à éliminer tous les obstacles dans cette course au moins-disant social ».
[1335] REYNOLDS, Stephanie, « Explaining the constitutional drivers behind a perceived judicial preference for free movements over fundamental rights », *CML Rev.* 2016, pp. 643-677.
[1336] WEATHERILL, Steven, « Viking and Laval : the EU Internal Market Perspective », *in* FREEDLAND, Mark, et Jeremias PRASSL (ed.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 23-39.

588. Revenons, inéluctablement, aux arrêts *Viking*[1337] et *Laval*[1338]. Nous les avons déjà abordés dans l'étude de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux[1339] : le premier opposant le droit de grève à la liberté d'établissement dans une affaire de pavillon de complaisance ; le second opposant le droit d'action collective à la libre prestation de services dans une affaire de travail détaché. En effet, jusqu'à l'application de proportionnalité, le raisonnement de la Cour dans les deux arrêts sont conformes à une théorie des droits fondamentaux telle que nous l'envisageons ici : l'identification du statut fondamental des droits en cause (tant les libertés d'établissement et de prestation de service que le droit d'action collective[1340]) ; l'extension de leur champ d'application[1341] et la reconnaissance de leur effet direct horizontal. Ainsi, des droits, tous fondamentaux les uns comme les autres, demandent à être protégés. Leur niveau concret de réalisation doit donc s'effectuer à l'aide du principe de proportionnalité. Toutefois, à partir de cette étape, le raisonnement de la Cour devint excessivement protecteur des libertés fondamentales et empêcha la concrétisation des droits sociaux.

589. Il n'est pas besoin ici de reprendre l'excellente analyse de plusieurs auteurs sur l'asymétrie du contrôle de proportionnalité qui consistait à faire de la liberté économique la norme de base et du droit de grève une dérogation à cette liberté qui doit être soumise à un contrôle strict, qui a pour conséquence entre autres de rendre le droit de grève le recours ultime[1342]. En ce qui nous concerne, il est possible aussi de constater l'absence de concrétisation du droit d'action collective. Dans l'arrêt *Viking*, l'utilisation du droit de grève par les syndicats n'avait pas reçu de légitimité en soi. D'après la Cour, « il appartiendra à la juridiction de renvoi

---

[1337] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, C-438/05, *AJDA* 2008, p. 240, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *D.* 2008, p. 2560, obs. L. d' Avout et S. Bollée ; *ibid.*, p. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; *ibid.* 2009, p. 1547, chron. B. Edelman ; *RDT* 2008, p. 80, étude S. Robin-Olivier et E. Pataut ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 356, n. H. Muir Watt ; *ibid.*, p. 781, étude M. Fallon ; *RTD eur.* 2008, p. 47, note P. Rodière.

[1338] CJCE, 18 décembre 2007, Laval, C-341/05, *AJDA* 2008, p. 242, chron. E. Broussy et al. ; *Dr. soc.* 2008, p. 210, obs. P. Chaumette; SSL 7 janvier 2008, n° 1335, p. 8, obs. S. Laumon ; *RDT* 2008, p. 80, S. Robin-Olivier et E. Pataut ; *Le Monde*, 25 janvier 2008, tribune d'A. Supiot,(« Voilà l' "économie communiste de marché" ») ; JCP S 5 février 2008, 1075, obs. B. Teyssié.

[1339] V. supra, n° 258

[1340] Pour la qualification des libertés fondamentales, v. §51 dans *Viking* et § 93 dans *Laval* ; pour celle du droit de grève, v. §44 dans *Viking* et §91 dans *Laval*.

[1341] A la différence des dispositions relatives à la concurrence qui ne s'appliquent pas au droit de négociation collective (CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV*, C-67/96), les libertés fondamentales ne peuvent être considérées comme inapplicables dans des conflits collectifs (§33 et s. dans *Viking* et §94 et s. dans *Laval*).

[1342] V. notamment, RODIERE, Pierre, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE », *Dr. soc.*, 2010, pp. 573-579 ; le même auteur, « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTD eur.*, 2008, pp. 47-66 ; BARNARD, Catherine, « A proportionate response to proportionality in the field of collective action », *E. L. Rev.* 2012, pp. 117-135.

de vérifier si les buts poursuivis par [les syndicats] au moyen de l'action collective engagée par ces derniers concernaient la protection des travailleurs » (§80). De manière encore plus problématique, la Cour poursuivit son analyse en affirmant que l'action collective, qui vise clairement la protection des emplois contre les pavillons de complaisance, ne pouvait relever de l'objectif de protection des travailleurs « s'il était établi que les emplois ou les conditions de travail en cause n'étaient pas compromis ou sérieusement menacés » (§81). Autrement dit, la Cour tenta d'expliquer que les syndicats n'avaient pas de « droit » légitime d'exercer même le droit légitime d'engager une grève : il fallait examiner leur intention d'une part, et l'existence factuelle de menace sérieuse pour les emplois, d'autre part. A défaut, l'action collective ne pouvait être protégée par le droit fondamental et par conséquent, il ne *pouvait* y avoir de conciliation entre deux droits fondamentaux. Dans l'arrêt, cette question fut laissée au juge national. La Cour avait poursuivi de manière très sommaire l'explication de la proportionnalité asymétrique dans l'arrêt *Viking*. Mais il est important de remarquer que, si la grève ne remplissait pas les deux conditions mentionnées, il n'y aurait aucune conciliation.

590. Malgré un aspect plus technique en raison du contexte de détachement des travailleurs, l'arrêt *Laval* donne toutefois un aperçu aussi clair de cette disqualification de la valeur intrinsèque du droit d'action collective. Comme nous le savons, la directive 96/71 organise un système déterminant les lois de police de l'Etat d'accueil qui s'imposent au détachement de travailleurs. D'après l'article 3 de la directive, pour qu'une convention collective entrant dans le champ matériel prévu par la directive (entre autres le salaire minimum et le temps de travail) puisse s'imposer comme une loi de police, il faut qu'elle soit déclarée d'application générale. Un syndicat pouvait-il exercer son droit d'action collective (en l'occurrence un blocus de chantier) pour obtenir la conclusion d'une convention collective qui n'était pas générale ? A nouveau, la Cour arrêta son contrôle de proportionnalité à l'étape de l'identification des principes légitimes en confrontation. Selon la Cour, « des actions collectives telles que celles en cause au principal ne sauraient être justifiées au regard de l'objectif d'intérêt général [de protection des droits fondamentaux et des travailleurs], lorsque la négociation salariale qu'elles visent à imposer à une entreprise établie dans un autre État membre s'inscrit dans un contexte national marqué par l'absence de dispositions, de quelque nature que ce soit, qui soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par une telle entreprise, des obligations qu'elle devrait respecter en termes de salaire minimal » (§110). En d'autres termes, hormis la défense du noyau de règles impératives définies par la directive 96/71, aucune action collective ne saurait être

tenue comme une forme légitime protégée par le droit fondamental pourtant reconnu par la Cour. Par conséquent, malgré le rappel formel du principe de proportionnalité par la Cour de justice (§101), il n'y avait pas de contrôle de proportionnalité dans l'arrêt *Laval*. Partant, le droit d'action collective n'a pas connu de concrétisation, mais resta à l'écart des circonstances de l'arrêt.

En cela, nous rejoignons l'analyse déjà mentionnée de M. Marzal qui critique l'instrumentalisation du droit au service de l'efficacité du marché commun. Le principe de proportionnalité a été déformé, voire délaissé à notre sens. C'est la grande différence avec les arrêts *Schmidberger*[1343] qui a tenté de concilier, tant bien que mal, les différents droits et libertés en jeu. Nous reviendrons sur ces arrêts dans un instant. Restons encore un moment sur les arrêts *Viking* et *Laval* pour considérer la question de la norme de référence.

b. La norme de référence manifestement déséquilibrée

591. Avec la question de l'incommensurabilité des droits, nous avons souligné l'importance du « méta-principe » ou norme de référence dans le principe de proportionnalité. La présence de cette norme est souvent ressentie, mais reste difficile à décrire de manière claire. Comme l'écrit le P^r^ Petr Muzny à propos de la jurisprudence de la Cour EDH, la Cour « doit tirer la norme de référence, seule garante de prévisibilité et partant de sa légitimité de la Cour, de la stabilité méthodologique qu'elle met en œuvre. Autant dire que ce qui compte avant tout dans cette appréciation et la qualité de sa mise en œuvre, c'est le soin avec lequel la Cour juge de l'affaire. Plus que les principes, c'est la méthode de mise en rapport dans le contexte des thèses concrètes fondées sur ces principes qui prime. (…) Cette norme procédurale sert d'instrument à la Cour EDH par élaborer petit à petit, au fil de sa jurisprudence des critères de plus en plus précis et affirmés, issus d'une appréciation dialectique, contextualisée et concrète afin de combler ce vide normatif »[1344]. Autrement dit, la norme de référence ne se manifeste

[1343] CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, *JDI* 2004, p. 545, n. R. Mehdi ; *RTDH* 2004, p. 435, obs. Cl. Vial. L'affaire *Omega* (CJCE, 14 octobre 2004, C-36/02) est souvent citée avec cet arrêt, mais le contrôle de proportionnalité était beaucoup moins élaboré. L'affaire concernait une interdiction à Bonn d'un jeu impliquant la simulation d'actes d'homicide. C'est sans doute la forte protection de la dignité humaine en droit national allemand qui a rendu le contrôle très sommaire. Mais cet arrêt a donné lieu aussi à la citation malencontreuse dans l'arrêt *Viking* : « dans les arrêts précités Schmidberger et Omega, la Cour a jugé que l'exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d'expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité et elle a considéré que cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et conforme au principe de proportionnalité » (§46).

[1344] MUZNY, Petr, *La technique de proportionnalité* (…), *op. cit.*, p. 134.

qu'avec la consistance du corpus jurisprudentiel. Elle manifeste progressivement son caractère axiologique. Dans le cas de la Cour EDH, nous voyons apparaître progressivement des références à la prééminence du droit, au respect des droits et libertés fondamentaux et aux exigences d'une société démocratique, références que l'on qualifie parfois de « l'ordre public européen »[1345].

592. Quant à l'UE, la norme de référence ne semble pas encore présenter une forme bien tangible, que ce soit au plan procédural ou au plan substantiel. Certains signes peuvent être entrevus dans des cas concrets. En matière de détachement par exemple, on a bien souligné la restriction de l'objectif social dans l'interprétation de la directive 96/71 à travers les arrêts *Rüffert*[1346] et *Commission contre Luxembourg*[1347] qui suivirent de près les arrêts *Viking* et *Laval*. Cette tendance semble récemment évoluer vers un meilleur équilibre entre le social et l'économique dans l'arrêt *RegioPost*[1348]. Dans l'arrêt *Rüffert* par exemple, une loi d'un land allemand imposant l'application d'une convention collective qui s'appliquait au secteur privé de construction n'a pas été reconnue comme applicable au détachement au regard de la directive 96/71 (ni la convention elle-même), puisque, d'après la Cour, la loi ne fixait pas elle-même le taux de salaire minimal (§24) et que la convention ne s'appliquait pas de manière générale (en particulier du fait de la limitation au secteur privé : §29). En revanche, l'arrêt *RegioPost* a reçu une solution différente, même si les faits sont relativement similaires : la loi fixait elle-même le salaire minimum, mais elle était limitée aussi au secteur public (il s'agissait d'une disposition prévoyant les conditions de l'obtention des marchés publics). La loi en cause était considérée comme applicable à la libre prestation de service. Certes, l'article 3 de la directive 96/71 ne mentionne pas la condition d' « application générale » d'une loi pour qu'elle s'impose au détachement, mais la Cour semble bien considérer les marchés publics comme un domaine à part entière (§§64-65). Si la Cour considérait que certains secteurs privés étaient suffisamment spécifiques, il ne serait pas impossible de renverser partiellement la solution de l'arrêt *Rüffert*.

[1345] V. PICHERAL, Caroline, *L'ordre public européen, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, avec une préface de Frédéric Sudre, Paris, La documentation française, 2001, spéc., pp. 87-147. L'auteur qualifie l'ordre public européen comme la « révélation des valeurs européennes prééminentes » (p. 87). V. aussi, JACQUEMOT, Florence, *Le standard européen de société démocratique*, avec une préface de Frédéric Sudre, Montpellier, Université de Montpellier I, 2006.

[1346] CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, C-346/06, *Dr. soc.* 2008, p. 866, obs. N. Moizard ; *Europe*, 2008, n°6, p. 15, n. L. Driguez ; *RDT* 2008, p. 273, obs. A. Lyon-Caen ; v. aussi MOREAU, Marie-Ange, « Autour de la justice sociale: perspectives internationales et communautaires », *Dr. soc.* 2010, pp. 324-333.

[1347] CJCE, 19 juin 2008, *Commission c. Luxembourg*, C-319/06, *JDI* 2009, p. 665, chron. Fl. Chaltiel, Cl. Berr, S. Francq et C. Prieto.

[1348] CJUE, 17 novembre 2015, *RegioPost*, C-115/14, *AJDA* 2016, p. 306, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; *RTD eur.* 2016, p. 157, chron. A. Defossez ; *Ibid.* p. 447, chron. A-L. Durviaux.

Au-delà de ce point précis, nous pouvons constater la difficile présentation et analyse de la norme de référence. Un effort plus grand de reformulation paraît donc indispensable.

2. La reformulation de la norme de référence

593. Pour la reformuler, il serait souhaitable que la Cour revalorise les arrêts présentant une conciliation davantage équilibrée (a), qui tire de l'égale valeur des droits fondamentaux une marge d'appréciation large au bénéfice des acteurs nationaux. Cette ligne jurisprudentielle pourrait en particulier être trouvée dans la confrontation entre droits sociaux fondamentaux (b).

a. La présence latente d'une norme plus équilibrée

594. Il existe bien des dispositions axiologiques dans le droit primaire de l'UE qui peuvent servir de normes de références dans la coordination de différents droits fondamentaux de l'UE. L'article 2 du TUE dessine un ordre de valeurs tout à fait proche de « l'ordre public européen ». La CJUE elle-même n'est pas indifférente à cet égard. Dans l'arrêt *Connolly c. Commission*[1349] qui concernait la liberté d'expression d'un fonctionnaire européen, la Cour de justice, se référant aussi à la Conv. EDH, assura la conciliation de ce droit avec le devoir de loyauté d'un fonctionnaire au regard des exigences d'une société démocratique (§40 et §44). De même, dans la conciliation entre respect de la vie privée et droit à l'information, la Cour de justice fonde aussi son jugement sur la conception d'une société démocratique[1350].

595. Une telle démarche est aussi présente dans la confrontation entre libertés économiques et droits fondamentaux au sens strict. Dans l'arrêt *Schmidberger*[1351] par exemple, il s'agissait de la plainte d'une entreprise de transport contre l'Etat autrichien pour avoir autorisé une manifestation publique en faveur de la protection de l'environnement qui bloqua une autoroute pendant 30 heures. La Cour devait donc concilier la libre circulation des marchandises et les droits à la liberté d'expression et à la liberté de réunion pacifique. En reconnaissant leur statut de droit fondamental (§51 et §71), la Cour a pris soin de préciser que les derniers

[1349] Pour un exemple jurisprudentiel montrant la capacité de coordination de ces normes dans l'UE, v. CJCE, 6 mars 2001, *Connolly c. Commission*, C-274/99. L'arrêt concerne la conciliation entre la liberté d'expression d'un fonctionnaire européen et le devoir de loyauté. La Cour assura leur conciliation au regard de l'exigence démocratique (§44).
[1350] CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, C-465/00, §85, qui concerne la révélation des salaires des fonctionnaires.
[1351] CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, v. VIAL, Claire, « Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *RTDH* 2004, pp. 435-459.

« constituent des fondements essentiels d'une société démocratique » (§79). Nous ne trouvons alors pas de déséquilibre manifeste entre liberté économique et droits fondamentaux : la Cour considèra qu'il y avait une nécessaire conciliation (§77), et que les deux types de droit étaient susceptibles d'être limités dans leur exercice (§78 et §79) et qu'il fallait « mettre en balance les intérêts en présence » (§81). Avec cette norme de référence plus équilibrée, la Cour présenta plusieurs exigences dans la mise en balance : tout d'abord, la Cour reconnaît que « les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation » (§82) ; ensuite, la Cour garde néanmoins un contrôle sur les éléments factuels pour caractériser l'effort sérieux de la mise en balance. En l'occurrence, elle a tenu compte notamment des troubles intrinsèques liés à l'exercice de la liberté de réunion (§85) et des mesures d'accompagnement adoptées par les autorités autrichiennes « afin de limiter autant que possible les perturbations de la circulation routière » (§87). Le langage et la structure de l'arrêt peuvent laisser toujours penser que la Cour faisait de la liberté économique le principe et les droits fondamentaux en cause l'exception, ces derniers étant considérés aussi comme un but légitime limitant la première (§82). Mais à la différence des arrêts *Viking* et *Laval*, on voit que la Cour ici prit au sérieux la valeur fondamentale de ces droits en soi. Elle n'a pas cherché ici à examiner si l'exercice de ce droit était « légitimé » par l'objectif de la protection de l'environnement, alors que dans les arrêts *Viking* et *Laval*, nous avons vu que l'exercice du droit d'action collective était disqualifié par rapport à l'objectif de protéger les travailleurs.

596. Il est sans doute encore difficile de décrire clairement les normes de référence en détail, mais un juste équilibre, fondé sur l'indivisibilité des droits fondamentaux, semble pouvoir être atteint par-delà les traditions économiques de l'UE. Ainsi, nous voyons une certaine reprise de la jurisprudence *Schmidberger* après les arrêts *Viking* et *Laval* dans le domaine social. Dans l'arrêt *Commission contre Allemagne*[1352], il était question d'une désignation par convention collective des organismes de l'assurance vieillesse d'entreprise pour certains employés communaux allemands. La Cour énonça alors que « [l]'exercice du droit fondamental de négociation collective doit ainsi être concilié avec les exigences découlant des libertés protégées par le [TFUE] » (§44). L'avocat général Trstenjak plaidait même plus explicite dans ses conclusions pour un équilibre entre libertés et droits fondamentaux, à l'instar

[1352] CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, C-271/08, *AJDA* 2010. p. 1578, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RTD eur.* 2010, p. 673, chron. S. Robin-Olivier.

de l'arrêt *Schmidberger*[1353]. Il reste que cette nouvelle conciliation n'était pas nécessairement entre le droit de négociation collective et la liberté de prestation de service, mais entre l'objectif d'améliorer le niveau des pensions des travailleurs et la liberté économique… Aussi bien la Cour et l'avocat général semblent pencher encore davantage sur la liberté économique.

b. La confrontation entre droits sociaux fondamentaux

597. Les exigences posées par l'arrêt *Schmidberger* ne sont pourtant pas entièrement oubliées par la Cour. Afin de les retrouver, il faudrait sans doute sortir du champ des libertés de circulation. Pour notre thèse, nous étudierons donc un type particulier de conciliation : la conciliation entre droits sociaux fondamentaux. En effet, les droits sociaux, en tant que droits fondamentaux, n'échappent pas à cette problématique qui est inhérente à leur structure.

L'arrêt *Hennigs*[1354] montre en effet une confrontation entre le droit de négociation collective et la non-discrimination fondée sur l'âge. En l'occurrence, une convention collective avait fixé un système de rémunération échelonnée en fonction de l'âge. L'objectif légitime invoqué pour justifier la discrimination, conformément à l'article 6 §1 de la directive 2000/78 et à la jurisprudence de la Cour, était la récompense de l'ancienneté. A propos de la confrontation entre la non-discrimination fondée sur l'âge et le droit de négociation collective, la Cour se fonda sur les articles 21 et 28 de la Charte des droits fondamentaux, sans pour autant énoncer explicitement la nécessité d'une conciliation. Mais en même temps, la Cour déclara que « les partenaires sociaux au niveau national peuvent, au même titre que les États membres, prévoir des mesures contenant des différences de traitement fondées sur l'âge [dans le respect du droit de l'UE]. Ils disposent, comme les États membres, d'une large marge d'appréciation dans le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale et de l'emploi mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser » (65). On voit donc la réapparition de la large marge d'appréciation au bénéfice des acteurs nationaux. Ici, elle est certes liée à la particularité de la politique sociale, mais la Cour jugea aussi que « les partenaires sociaux, en exerçant leur droit fondamental à la négociation collective reconnu à l'article 28 de la charte, ont eu soin de définir un équilibre entre leurs intérêts respectifs » (§66). Le contrôle de proportionnalité de la Cour doit s'exercer donc de

[1353] Conclusions présentées le 14 avril 2010 dans l'affaire *Commission c. Allemagne*, C-271/08, §§186-199 ; v. aussi de manière plus sommaire, les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire *Santos Palhota et al.*, C-515/08, présentées le 5 mai 2010, §53.
[1354] CJUE, 8 septembre 2011, *Hennigs* et *Mai*, aff. jtes C-297, 298/10, *RJS* 2011, p. 816.

manière plus souple[1355], en se limitant à l'examen du caractère manifestement inadéquat ou non nécessaire d'une mesure. En l'espèce, le système fut jugée disproportionné dans la mesure où la détermination de l'échelon au moment du recrutement d'un travailleur se fondait aussi sur son âge, ce qui n'avait aucun rapport avec l'ancienneté.

598. La diversité est certainement particulièrement importante en matière sociale, mais compte tenu de l'étendue de l'UE, un contrôle plus souple de proportionnalité qui part de l'égale valeur et l'indivisibilité des droits fondamentaux serait sans doute souhaitable, car la norme de référence aurait ainsi un contenu procédural et substantiel suffisamment clair et légitime. A mesure que l'UE se développe, le contrôle de proportionnalité peut devenir plus strict, car le consensus européen serait déjà plus grand. Un meilleur équilibre pourrait être recherché à ce moment-là avec une concrétisation circonstancielle plus approfondie.

Conclusion du Chapitre Deux

599. Ce chapitre confirme avant tout le rôle primordial du juge dans la protection des droits (sociaux) fondamentaux. A la différence de l'interprétation habituelle des règles juridiques, les droits fondamentaux imposent de plus une exigence d'améliorer leur effectivité par un processus de concrétisation à la fois positif – l'application extensive –, et négatif – limitation des ingérences et des dérogations –.

L'application extensive concerne aussi bien l'interprétation extensive des notions employées et l'élargissement du champ d'application. Cette extension n'est naturellement pas sans bornes : le juge ne peut détourner les éléments textuels afin d'obtenir un résultat subjectivement souhaité. L'exemple de l'égalité de traitement entre les citoyens nous montre qu'une telle concrétisation est parfaitement concevable et rationnellement justifiable.

La limitation des dérogations passe, quant à elle, par le principe de proportionnalité. Principe assumant pleinement la concrétisation circonstancielle, il risque toutefois d'être mal appliqué, si l'on en fait une norme technique d'efficacité ou si l'on néglige l'importance de la

[1355] Sur ce contrôle assoupli, v. aussi, MOIZARD, Nicolas, « Quelques observations sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice en matière de droit social », *Dr. soc.* 2010, pp. 1216-1224.

norme de référence sous-jacente qui sert de critère de comparaison pour les droits incommensurables dans l'absolu.

Malgré tout, l'état actuel du droit de l'UE montre encore une influence considérable de l'approche fonctionnaliste privilégiant ainsi les libertés économiques fondamentales. Les droits fondamentaux, une fois pris au sérieux, pourraient aussi demander au juge de revisiter cette approche par une attention soutenue aux valeurs intrinsèques des droits. Dès lors, une concrétisation plus équilibrée et, partant, plus conforme à la fondation axiologique de l'UE pourrait contribuer davantage à la légitimation de la CJUE et plus généralement du droit de l'UE. Cette légitimation par la méthodologie juridique reste toutefois toujours menacée par des excès intempestifs de la Cour. Il faut donc passer à présent à l'étude de limitation externe des actions de l'UE par les droits fondamentaux, dans la mesure où ils sont aussi présents dans d'autres ordres juridiques en interaction avec l'UE.

Conclusion du Titre Un

600. Pour conclure le présent titre, nous souhaiterions d'abord insister sur la portée explicative de prendre au sérieux les effets objectifs des droits (sociaux) fondamentaux sur les institutions. En effet, il ne s'agit pas seulement de savoir *comment* l'UE peut mieux assurer le respect de ces droits, mais aussi de regarder en face certaines transformations en cours dans la vie juridique de l'UE. En tant que valeurs objectives, ces droits irradient les activités normatives, que ce soit du côté du législateur européen ou du côté de la Cour de justice. Des contradictions existent, comme en matière de citoyenneté européenne, mais elles reçoivent aussi une explication plus satisfaisante lorsque l'on se demande s'il y a éventuellement un déséquilibre au niveau du système de valeurs (en particulier entre les libertés économiques et droits sociaux fondamentaux) qui peut être appelé « la norme de référence » dans le cas du principe de proportionnalité ou, de manière plus large, la Référence fondatrice.

De même, nous constatons à l'œuvre l'exigence d'amélioration des droits fondamentaux qui passe aussi bien par des moyens plus « souples » tels que la proclamation de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux que par la concrétisation circonstancielle imposée par la Cour de justice. Cet effet, qui est lié à la structure « principielle » des droits

sociaux fondamentaux, renvoie surtout à l'obligation de réalisation ou de promotion de l'Etat, conçue comme le troisième volet de la méthode tripartite (respecter, protéger, réaliser[1356]).

Cette amélioration ou promotion n'est pourtant pas sans limites. Au plan législatif, il n'existe pas un principe de non-régression au sens fort à propos des droits sociaux fondamentaux ; du côté judiciaire, le juge doit aussi éviter d'abuser de son pouvoir d'interprétation qui pourrait violer le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux, même si en droit positif nous sommes encore dans une phase de contradiction où la Cour se montre à la fois audacieuse et réticente dans l'application de la Charte. Il faudrait ajouter que ces limites ne viennent pas uniquement de l'UE elle-même, mais aussi de ses relations hautement complexes avec d'autres systèmes juridiques qu'il convient d'analyser maintenant. Les droits (sociaux) fondamentaux ont aussi des effets dans ce domaine.

[1356] V. supra, n° 62.

Titre II – Ordonner les ordres juridiques

601. A l'ère de l'internationalisation du droit, de nombreuses questions épineuses sont posées à la science juridique et elles ont souvent trait à la définition même du droit : la normativité d'une norme particulière vient-elle d'un ordre juridique ? Cet ordre est-il nécessairement unique, voire étatique ? Comment comprendre les interactions entre différents systèmes juridiques sur la scène internationale ? Peut-on parler de rapports de systèmes ? etc. Les enjeux ne sont toutefois pas seulement théoriques. Avec la globalisation des échanges économiques, l'exploitation utilitariste des avantages comparatifs[1357] conduit à un processus de déshumanisation, qui porte en particulier atteinte aux droits sociaux des travailleurs[1358]. La rencontre est donc plus que nécessaire entre les droits sociaux fondamentaux et la mondialisation. De même, l'effectivité des droits fondamentaux dépendra aussi des réponses que l'on donnera aux questions théoriques évoquées.

602. En effet, si l'on s'en tient à une vision moniste avec une faveur pour le droit de l'UE, les droits sociaux fondamentaux n'ont pas d'autres effets que ceux que l'on a décrits dans les trois titres précédents. Une vision « stato-centrée » du droit conduit le plus souvent à cette position[1359]. Soutenant la thèse de l'identité entre l'Etat et le droit dans sa *Théorie pure du droit*, Kelsen écrivit précisément qu' « on ne saurait concevoir une pluralité de collectivités juridiques ou d'ordres juridiques coexistants, sans qu'un ordre total les comprenne tous et les délimite les uns par rapport aux autres, un ordre total qui fonde une collectivité totale ; c'est une idée impensable »[1360]. Le droit international, pour être véritablement juridique, devrait aussi

---

[1357] V. parmi une littérature abondante, MOREAU, Marie-Ange, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations*, Dalloz, 2006 ; DAUGAREILH, Isabelle (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant-LGDJ, 2005 ; MUIR-WATT, Horatia, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, tome 307, pp. 1-383.

[1358] Sur l'urgence de protéger la dignité au travail à travers la notion de « travail décent », v. l'agenda de l'OIT pour le travail décent et LOUIS, Marieke, *L'organisation internationale du travail et le travail décent : un agenda social pour le multilatéralisme*, Paris, L'Harmattan, 2011.

[1359] V. déjà la théorie de la personnalité juridique de l'Etat de R. Carré de Malberg qui fonde le monisme juridique sur le positivisme, cf. WALINE, Marcel, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 517-534, spéc. p. 533 ; CUCHE, Paul, « A propos du "positivisme juridique" de Carré de Malberg », *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, *op.cit.*, pp.71-79. Dans le même sens, CHEROT, Jean-Yves, « Concept de droit et globalisation », *in* CHEROT, Jean-Yves, et Benoît FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, pp. 3-16.

[1360] KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 1999, p. 306.

emprunter la voie de l'étatisation[1361]. A l'encontre de cette thèse, d'autres approches, souvent sociologiques et anthropologiques, reconnaissent la coexistence, ou la pluralité d'ordres juridiques[1362]. Comme nous le savons, la théorie institutionnelle de Santi Romano s'est distinguée d'autres analyses dans la compréhension du pluralisme juridique. Influencé par Hauriou[1363], il voyait dans l'institution l'ordre juridique et le décrivait ainsi : « [L]'institution est un ordre juridique, une sphère existante, plus ou moins complète, de droit objectif. Les caractères essentiels du droit (…) coïncident avec ceux de l'institution. (…) Et qu'un tel ordre soit toujours et nécessairement juridique est démontré par l'observation que l'objectif caractéristique du droit est précisément celui de l'organisation sociale. (…)[1364] » Dès lors, il peut même y avoir des ordres juridiques que l'Etat ignore ou regarde comme illicites sans que cela n'affecte en rien leur juridicité[1365]. Les rapports entre « ordres juridiques » s'analysent alors en termes de « relevance », qui est distincte de « l'importance de fait qu'un ordre peut avoir pour un autre ; ou encore avec l'uniformité matérielle de plusieurs ordres juridiques (…) ; pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'*existence*, le *contenu* ou l'*efficacité* d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un *titre* défini par ce dernier. »[1366]

603. En fin de compte, l'opposition entre Kelsen (monisme) et Romano (pluralisme), certes importante au regard de la définition du droit, est sans doute plus nuancée quant aux *effets réels* des normes juridiques : le point de vue d'un seul ordre juridique l'emportera sur l'autre. Dans le développement plus récent des débats sur ce sujet, une approche consiste précisément à poursuivre cette analyse formelle des ordres juridiques[1367], alors qu'une autre approche fait résolument abstraction de la notion d'ordre juridique pour considérer que « *ubi*

[1361] *Ibid.*, p. 318 : « la fin ultime de l'évolution réelle du droit, qui va vers une centralisation croissante, apparaît être l'unité organique d'une communauté universelle ou mondiale, fondée sur un ordre juridique, ou, en d'autres termes la formation d'un Etat mondial. »
[1362] V. BELLEY, Jean-Guy, « Le Droit comme *terra incognita* : conquérir et construire le pluralisme juridique », *Revue canadienne Droit et Société*, 1997, n°2, pp. 1-15 ; FONTAINE, Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant-Nemesis, 2007 ; VANDERLINDEN, Jacques, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, 2013.
[1363] ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, traduit par Lucien François et Pierre Gothot, Dalloz, 1975 (réimpression 2002), 2e éd., 8e page de la préface de Pierre Mayer.
[1364] *Ibid.*, pp. 30-31.
[1365] *Ibid.*, p. 89 et s.
[1366] *Ibid.*, p. 106.
[1367] V. BERGE, Jean-Sylvestre, *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013, où la démarche de hiérarchisation garde une place centrale, bien que l'auteur reconnaisse aussi que « [l]e phénomène de hiérarchisation est plus difficile à identifier dans le contexte international » (p.199) et que le droit de l'UE est un « entre-deux », entre organisation internationale et Etat fédéral (p. 246).

societas ibi ius »[1368]. Cette oscillation entre le formalisme traditionnel et le pragmatisme, promu tout particulièrement par les auteurs de la nouvelle « Ecole de Bruxelles »[1369] ne constitue sans doute pas le dernier mot de ce débat. Il est intéressant de remarquer que dans le premier cas, la notion de droits fondamentaux n'arriverait pas à obtenir un contenu substantiel et concret, tandis que dans le second cas, la notion de droits fondamentaux pourrait déjà poser problème, du moins avec la perspective fondationnelle que nous proposons dans cette thèse.

604. En réalité, partant de leur questionnement sur le niveau de protection des droits fondamentaux, de nombreux auteurs ont déjà maintes fois affirmé une autre solution qui fait passer le niveau réel de protection des droits devant la place hiérarchique ou l'effectivité sociologique dans la conception d'un droit mondial. L'idée est simple : tout en reconnaissant la pluralité des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques tels que l'UE, on devrait étudier leurs rapports à travers le niveau de protection des droits fondamentaux assurés par chaque Etat. La solution des conflits de systèmes reposerait sur la recherche permanente d'une meilleure protection de ces droits – une sorte de principe de faveur –. Comme le disent certains auteurs, les droits fondamentaux pourraient alors « jouer un rôle "charnière" entre des ordres et des systèmes juridiques »[1370]. Ainsi, une version particulière de « pluralisme ordonné », toujours dynamique et non hégémonique, semble atteignable[1371]. Ce titre consiste donc à explorer cette hypothèse avec l'UE et les droits sociaux fondamentaux, en étudiant successivement l'articulation des ordres juridiques en Europe (Chapitre Un) et le développement d'une protection universelle (Chapitre Deux).

[1368] FRYDMAN, Benoît, « Comment penser le droit global ? », in CHEROT, Jean-Yves, et Benoît FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, *op. cit.*, pp. 17-48, spéc., p. 23.
[1369] V. FRYDMAN, Benoît, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, L'Académie royale de Belgique, 2014.
[1370] DUBOUT, Edouard, et Sébastien TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010 : « Dérivé du latin *cardo* voulant dire "gond", "point cardinal", la charnière peut se définir comme une "attache articulée". Elle exerce donc à la fois une fonction statique de liaison, de rattachement, mais aussi une fonction dynamique d'articulation, de mouvement. » (p. 16)
[1371] DELMAS-MARTY, Mireille, *Le pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit, tome II)*, Paris, Seuil, 2006.

Chapitre Un – L'articulation de la protection en Europe

« Unie dans la diversité. »

Devise de l'Union européenne

605. L'Europe est multiple, en particulier dans le domaine de la protection des droits (sociaux) fondamentaux. On écrit même que l'Europe est dotée de l'un des mécanismes les plus sophistiqués au monde en la matière[1372]. En effet, au moins trois ordres juridiques se superposent : le droit de l'UE, les systèmes juridiques étatiques et le droit conventionnel du Conseil de l'Europe. Les questions d'articulation mettent avant tout les juges au défi : « la véritable difficulté nous semble être l'articulation des contrôles de fondamentalité. (...) [M]ême si certaines contestations relèvent de ce que l'on peut considérer comme des standards, protégés de la même façon, par la Constitution, le droit de l'Union ou la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, certaines différences persistent nettement. »[1373] Par la même occasion, on peut aussi remarquer que la pluralité des ordres juridiques signifie également une multitude de juridictions ou instances quasi-juridictionnelles. La question de l'ordonnancement se traduit donc avant tout par la méthode du dialogue entre ces juges[1374]. Mais ce n'est naturellement pas la seule question qui vaille dans ce domaine.

La question pourrait être la recherche d'une Constitution sociale pour l'Europe[1375], fondée sur des valeurs sociales et droits sociaux fondamentaux communs. Or, l'ampleur d'une telle recherche, demandant à la fois des études historiques et théoriques approfondies, dépasserait facilement le cadre de notre propos. Nous nous limiterons alors à la clarification des rapports de systèmes actuels et prenons donc la question de la constitution sociale dans un autre sens, à savoir, celui de la « séparation des pouvoirs » pour la garantie des droits sociaux

---

[1372] FABBRINI, Federico, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, OUP, 2014, p. 4; pour un article récent, v. TORCOL, Sylvie, « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », *RFDC*, 2016, n°1, pp. 101-126.
[1373] FLORES, Philippe, et Maud VIALETTES, « Droit du travail et QPC : nouvelles sources, nouvelles ruptures. Le point de vue du juge du filtre », *Dr. soc.* 2015, pp. 486-496, spéc., p. 494.
[1374] V. de manière plus générale : ALLARD, Julie, et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.
[1375] MÜCKENBERGER, Ulrich, « Eine europäische Sozialverfassung? », *EuR* 2014, p. 369.

fondamentaux en Europe. Nous verrons donc successivement les relations entre l'UE et ses Etats membres, d'une part (Section 1) ; entre l'UE et le Conseil de l'Europe, d'autre part (Section 2).

Section 1 : Le dialogue entre l'UE et ses Etats membres

606. Comparé au Conseil de l'Europe, l'UE a ceci de particulier qu'elle a vocation à être une « Union sans cesse plus étroite »[1376], ou aux termes éminemment connus de Jacques Delors, « une Fédération d'Etats-Nations »[1377]. Depuis de longues années, les débats sont concentrés sur la souveraineté et les rapports entre droit interne et droit international. Le traité de Maastricht est souvent retenu comme le point de départ des débats théoriques, entamés par l'article du P[r] Neil MacCormick sur la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande à propos de ce traité. Il y affirme de manière originale que « *the most appropriate analysis of the relations of legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical* »[1378] et en tire une conséquence pratique, à savoir la reconnaissance mutuelle des interprétations données par les juges européens sur les questions relevant de leur propre compétence, qu'il s'agisse de l'interprétation de la Constitution par le juge étatique, ou de l'explication du droit de l'UE par la Cour de Luxembourg. On verra en effet que la question de compétence constitue une clé importante pour la question, mais elle n'est que le commencement de la solution.

607. Remarquons aussi que cette lignée d'argumentation a donné une littérature foisonnante sur la Constitution européenne, en particulier avant le processus de ratification du traité constitutionnel[1379]. Or, la question de la souveraineté (et de compétences relevant de celle-ci) continue à être dominante dans les études[1380] et est mise en parallèle avec la primauté du

---

[1376] V. Préambule du Traité de Rome ; aujourd'hui, l'article 1[er] du TUE.
[1377] QUERMONE, Jean-Louis, « La "Fédération d'Etats Nations" : concept ou contradiction ? », *RFDC*, 2010, n°4, pp. 677-692.
[1378] « The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now », *E. L. J.*, 1995, n°3, pp. 259-266, spéc., p. 264.
[1379] V. entre autres, PERNICE, Ingolf, et Franz C. MAYER, « De la Constitution composée de l'Europe », *RTD eur.*, 2000, pp. 623-647 ; WALKER, Neil, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, May 2002, pp. 317-359 ; KUMM, Mathias, « The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis », *E. J. I. L.*, 2004, pp. 907–931 ; POIARES MADURO, Miguel, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *in* Neil WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537.
[1380] Pour un exemple plus récent donnant un panorama sur la question : MATEJ, Avbelj,et Jan KOMAREK (ed.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

droit de l'UE. Nous avons déjà souligné que les droits (sociaux) fondamentaux apportent un éclairage spécifique sur la primauté et de l'effet direct du droit dérivé de l'UE[1381]. La question étudiée ici est relativement différente. Car si nous avons conclu à la possibilité de l'effet direct horizontal des droits sociaux fondamentaux, cette analyse est faite uniquement à l'intérieur du droit de l'UE et concerne donc des normes juridiques avant tout valables dans l'ordre juridique de l'UE. Dans la présente section, nous faisons face à une confrontation entre ordres juridiques, en l'occurrence, l'ordre juridique de l'UE et l'ordre juridique d'un Etat membre. La question concerne alors la *validité* même de la norme de l'UE dans l'ordre juridique étatique, et non son *effectivité*. Pour résoudre cette question, outre l'argument sur la compétence déjà mentionnée, nous souhaitons mettre l'accent sur le niveau matériel de la protection des droits qui, à la différence du débat sur la souveraineté, fournit un critère *substantiel*. Nous pensons que, en faveur du niveau de protection des droits fondamentaux, il pourrait exister une interaction qu'on pourrait qualifier d'« ouverture mutuelle » des ordres juridiques (§1), qui deviennent alors plus complémentaires qu'antagonistes. Il reste que cette alliance présuppose la superposition des offices du juge de l'UE et des juges nationaux, ce qui n'est pas toujours le cas (§2).

§1. L'émergence d'une doctrine européenne d'« ouverture mutuelle » ?

608. En termes de droits sociaux fondamentaux, la question qui nous occupe peut se présenter de deux manières : soit qu'une disposition européenne semble porter atteinte à un droit social fondamental protégé par la Constitution de l'Etat concerné ; soit que d'autres dispositions constitutionnelles semblent entrer en conflit avec un droit social fondamental de l'UE. Dans les deux cas, le juge constitutionnel national doit-il contrôler la constitutionnalité du droit de l'UE ? Posée de manière abstraite et schématisée, cette question nous permet de préciser davantage l'idée de l'« ouverture mutuelle » proposée ici.

Suivant une logique hiérarchique, la résolution du problème mentionné doit se fonder sur la place respective des juges, elle-même subordonnée à la place hiérarchique des normes objet de l'interprétation : la Constitution versus le Traité. Le raisonnement se transforme alors

[1381] V. supra, n° 267 et s.

en un débat classique entre la suprématie de la Constitution et la primauté du droit de l'UE, dont nous avons déjà mentionné l'impasse[1382], vu le développement de l'UE aujourd'hui.

Suivant une logique de complémentarité, l'on pourrait en revanche s'intéresser aux fonctions des deux corps de normes juridiques. Il est indéniable que le droit de l'UE, comme les droits des Etats membres, cherche à protéger les droits fondamentaux, ce qui est la valeur commune de l'Union et des Etats membres[1383]. Autrement dit, leurs fonctions convergent (au moins en cette matière). Au regard de cette fonction, nous pourrons alors proposer une méthode qui ressemble au principe de faveur : celui qui protègera mieux les droits fondamentaux devrait être considéré comme applicable. Néanmoins, cette solution reste très élémentaire et rencontre rapidement des obstacles majeurs, dont l'un est justement l'uniformité de l'application du droit de l'UE qui pourrait être rapidement perdue dans des réponses diverses de différents juges nationaux. Il est en effet nécessaire de protéger aussi l'office du juge de l'UE. Une autre difficulté patente est que les juges n'ont pas nécessairement les mêmes méta-principes pour résoudre les conflits de droits fondamentaux. Il peut donc aussi exister un besoin de protéger certaines préférences constitutionnelles nationales. C'est pourquoi la complémentarité devrait alors se transformer en une sorte de reconnaissance mutuelle, avec la réserve de la nécessité de protéger des impératifs liés à l'existence même d'un ordre juridique, tournés néanmoins vers une plus haute protection des droits fondamentaux.

609. Naturellement, les lignes qui précèdent n'ont que le mérite de présenter rapidement l'idée de « l'ouverture mutuelle ». L'ouverture se comprend aussi bien comme une reconnaissance ou coopération construite autour de la répartition des compétences que comme une limite mutuelle fondée sur des exigences liées au niveau matériel de la protection des droits. Au lieu d'être pensée d'abord par les théoriciens, cette idée a d'abord été élaborée par les cours constitutionnelles, contraintes par la nécessité de respecter le droit de l'UE et de sauvegarder les droits fondamentaux nationaux. C'est en particulier le cas de l'Allemagne avec la fameuse jurisprudence *Solange* qui s'est encore largement affinée récemment (A). Cet exemple nous servira à la fois de modèle théorique idéal-typique et d'expérience pratique. Mais peut-on parler

[1382] A cet égard, les discussions que l'on a déjà menées sur la primauté et le statut particulier de l'ordre juridique de l'UE restent valables, v. supra n° 238 et s. V. aussi, TINIERE, Romain, « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? », *R. D. L. F.* 2017, chron. 17 (en ligne).

[1383] Article 2 du TUE ; et nous n'avons pas besoin de faire le tour de toutes les Constitutions écrites ou non-écrites des Etats membres pour affirmer que cela leur est commun aussi, car l'adhésion à l'UE impose cette condition (art. 49 du TUE).

d'une doctrine partagée en Europe ? La réponse semble plus contrastée (B), bien que des cas similaires existent. Nous avons donc voulu subsumer l'ensemble de ces jurisprudences sous l'expression d'« ouverture mutuelle » et suggérer son émergence.

A. La position de la Cour constitutionnelle fédérale allemande

610. On a déjà eu l'occasion de mentionner la doctrine *Solange* (ou « aussi longtemps que… ») de la Cour de Karlsruhe, dans la mesure où elle a directement contribué au développement de l'office du juge communautaire pour la protection des droits fondamentaux[1384]. Rappelons donc simplement à cet égard que dans la décision *Solange I* du 29 mai 1974[1385], la Cour constitutionnelle opposait à la primauté du droit communautaire un contrôle de constitutionnalité des normes communautaires, puisqu'il considérait que le droit communautaire n'offrait pas de garantie adéquate pour les droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale allemande. En revanche, douze ans plus tard, dans sa décision *Solange II* du 22 octobre 1986[1386], les juges de Karlsruhe ont considéré que le droit communautaire assurait désormais une protection effective des droits fondamentaux et que, « aussi longtemps » qu'il resterait ainsi, la Cour constitutionnelle ne contrôlerait plus l'application du droit dérivé communautaire. Concrètement, cela veut dire que le juge constitutionnel allemand reconnaissait une certaine équivalence des niveaux de protection des droits fondamentaux en Allemagne et dans les Communautés européennes, et refusait dorénavant la recevabilité de toute plainte constitutionnelle contre des normes juridiques d'origine communautaire. Trente années se sont écoulées depuis lors[1387]. On peut constater que cette doctrine est affermie tout en s'affinant aussi (1) et qu'elle s'étend désormais bien aux droits sociaux fondamentaux (2).

1. La consolidation progressive de la doctrine *Solange*

611. Dans un premier temps, la Cour de Karlsruhe s'est d'abord efforcée de consolider cette doctrine.

[1384] V. supra, n° 86.
[1385] *RTD eur.*, 1975, p. 316, n. M. Fromont.
[1386] *RTD eur.*, 1987, p. 537, n. V. Constantinesco.
[1387] Pour une autre présentation de cette évolution centrée davantage sur l'identité constitutionnelle, v. MAYER, Franz C., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *in* BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Ed. Pédone, 2011, pp. 63-87.

Dans son jugement sur le traité de Maastricht[1388] d'abord, l'un des griefs sur l'inconstitutionnalité de la loi ratifiant le nouveau traité consistait à contester l'élargissement des compétences au niveau européen : cela aurait changé fondamentalement la protection des droits fondamentaux en Allemagne, puisque le pouvoir étatique serait désormais exercé par « un peuple de l'Union européenne ». La Cour constitutionnelle aurait donc perdu sa fonction protectrice (§41 de la décision). Le juge constitutionnel réfuta cet argument, en réaffirmant son rôle de protéger les droits fondamentaux même à l'égard des Communautés européennee (§70). Seulement, la Cour expliqua qu'elle devrait exercer son contrôle dans une « relation de coopération » avec la Cour de justice, chargée de veiller aux droits fondamentaux dans l'ensemble du champ du droit communautaire (§70). Le juge de Karlsruhe s'est surtout employé à démontrer qu'il n'y avait pas de lacune résultant de cette nouvelle répartition des tâches, mais une complémentarité entre les deux cours (§§77-80). Une référence assez sobre faite à *Solange II* (§80) nous permet de penser que la Cour constitutionnelle confirmait cette jurisprudence et considérait que la protection communautaire des droits fondamentaux restait à un niveau satisfaisant[1389].

612. Cette confirmation devint encore plus claire lorsque la Cour déclara irrecevable une plainte constitutionnelle visant à contester une éventuelle violation de la liberté du commerce notamment par le règlement n°404/93 de 1993 sur le marché des bananes[1390]. Cette décision impose une charge très lourde au demandeur, car ce dernier doit démontrer en quoi le droit communautaire, et en particulier la jurisprudence de la Cour de justice, ne constitue plus un niveau de protection suffisant des droits fondamentaux (§31). Mais la Cour de Karlsruhe a ensuite assoupli cette exigence. Dans sa décision sur la loi allemande transposant la directive 2006/24 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications[1391], elle a considéré qu'une plainte constitutionnelle à l'encontre de la mise en

---

[1388] BVerfGE, 89, 155, 12 octobre 1993, *Maastricht Urteil*. Une traduction anglaise de la décision est disponible à *CML Reports* 1994, p.57 ; une reproduction partielle peut être trouvée à *CML Rev.* 1994, pp. 251-262, qui suit l'article de HERDEGEN, Matthias, « Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an "Ever Closer Union" », *CML Rev.* 1994, pp. 235-249.

[1389] Pour d'autres analyses plus détaillées, v. FOSTER, Nigel G., « The German Constitution and EC Membership », *Public Law*, 1994, pp. 392-408; MEESSEN, Karl M., « Maastricht nach Karlsruhe », *NJW*, 1994, p. 549.

[1390] BVerfGE 102, 147, 7 juin 2000, *Bananenmarktordnung*, une traduction anglaise est disponible à http://www.bverfg.de/e/ls20000607_2bvl000197.html

[1391] BVerfGE 125, 260, 2 mars 2010, *Vorratsdatenspeicherung*, une traduction anglaise est disponible à http://www.bverfg.de/e/rs20100302_1bvr025608en.html

œuvre du droit communautaire ne doit pas être rejetée *a priori*, ceci pour deux raisons : d'une part, car il peut y avoir une marge de manœuvre (*Gestaltungsfreiheit*) pour le législateur national dans la transposition des directives, de sorte que ce n'est pas le droit de l'UE en tant que tel qui est contrôlé ; d'autre part, parce que les plaignants peuvent en réalité demander à la Cour constitutionnelle de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice qui pourrait déclarer la directive contraire aux droits fondamentaux communautaires. Si tel est le cas, les mesures nationales ne pourront plus être protégées par la directive et devront alors être soumises au contrôle exercé par la Cour constitutionnelle. (§181) Ce faisant, la Cour allemande s'oriente vers une logique de compétence qui n'est pas encore très explicite[1392] : le juge de l'UE contrôle la conformité du droit de l'UE aux droits fondamentaux de l'UE, tandis que la Cour constitutionnelle contrôle toujours la part nationale des normes en cause. Au demeurant, il est intéressant de remarquer que sur la question concrète de la conservation des données personnelles, la Cour de justice semble effectivement prendre le relais quelques années plus tard avec son arrêt *Digital Rights Ireland*[1393]. En se fondant sur les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux, la Cour de justice a en effet décidé que la directive 2006/24 ne comporte pas de « règles claires et précises régissant la portée de l'ingérence dans les droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte ». (§65) La directive est donc invalide. Il résulte de cette situation que les cours nationales forment avec la Cour de justice une alliance en faveur de la protection des droits fondamentaux. En effet, partant principalement de l'analyse de la primauté, certains auteurs parlent aussi d'une « Constitution composée » et invitent à « concevoir les constitutions nationales et le droit primaire de l'Union européenne comme deux éléments dans un système constitutionnel unique, composé ou intégré (*Verfassungsverbund*), ou, plus simplement, de considérer cet ensemble de normes constitutionnelles à deux niveaux comme "la constitution européenne" »[1394]. En matière des droits fondamentaux, on voit clairement que cet « assemblage » (*Verbund*) est bien une alliance qui repose pour l'instant seulement sur la reconnaissance de la compétence de l'autre. En appliquant cette doctrine au domaine social, la Cour constitutionnelle a même précisé comment il faudrait entendre cette reconnaissance.

[1392] KAISER, Anna-Bettina, « German Data Retention Provisions Unconstitutional in Their Present Form », *E. C. L. R.*, 2010, 6(3), pp. 503-517.
[1393] CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et al.*, aff. jtes, C-293/12 et C-594/12, v. supra, n° 472.
[1394] PERNICE, Ingolf, et Franz C. MAYER, « De la Constitution composée de l'Europe », *op. cit.*, spéc., p. 631.

2. L'application affinée aux droits sociaux fondamentaux

613. L'affaire *Honeywell*[1395] a fourni à la Cour constitutionnelle allemande l'occasion de s'exprimer sur les modalités de la reconnaissance de compétences. Dans cette affaire étaient en cause les conséquences de la jurisprudence *Mangold* et *Kücükdeveci* de la Cour de justice dans l'ordre juridique allemand. Ces arrêts, rappelons-le, déclaraient certaines législations allemandes contraires à la directive 2000/78 et au principe général de non-discrimination fondée sur l'âge[1396]. Ayant perdu leur procès en vertu de cette jurisprudence, certains employeurs allemands ont alors formulé une plainte constitutionnelle sur le fondement, entre autres, de la liberté contractuelle et de la protection des attentes légitimes. La réponse de la Cour constitutionnelle est intéressante à deux égards :

614. Comme nous l'avons déjà indiqué, elle a à nouveau affinée la doctrine *Solange*. La Cour explique que le refus de contrôler la constitutionnalité du droit de l'UE connaît deux limites : d'abord, l'UE ne doit pas aller au-delà de ses compétences ; ensuite, même si elle reste au sein de ses compétences, ses actions ne doivent pas porter atteinte à l'identité constitutionnelle (*Verfassungsidentität*) qui fait partie du domaine non-transférable à l'UE. Sinon, les actes de l'UE seraient déclarés inapplicables dans l'ordre juridique allemand (§55). Avec l'hypothèse toujours possible pour les plaignants de démontrer une réduction du niveau de protection des droits dans l'UE, il y a en somme trois possibilités aujourd'hui pour que la Cour fédérale renonce à son refus de contrôler le droit de l'UE[1397].

615. Ensuite, afin de justifier un exercice restreint du contrôle du dépassement de compétence (*ultra vires*), la Cour se réfère expressément et constamment à son arrêt sur le traité de Lisbonne, intervenu quelques jours plus tôt (v. par ex. §§53-62). En effet, le cas *Honeywell* donne toutes les raisons de penser *prima facie* que la Cour de justice avait dépassé ses compétences par sa jurisprudence *Mangold* : ni la directive 2000/78, ni la Charte des droits fondamentaux n'étaient entrées en vigueur à l'égard de l'Allemagne (la directive se trouvait dans la période prolongée de la transposition). C'est ce que souligne d'ailleurs la Cour constitutionnelle en admettant la recevabilité de la plainte (§47). « Faire rentrer la Cour de justice dans son lit », ou éviter une création prétorienne trop active de l'UE devenait alors

---

[1395] BVerfGE, 123, 267, 6 juillet 2010, *Honeywell*, une traduction anglaise est disponible à http://www.bverfg.de/e/rs20100706_2bvr266106en.html

[1396] V. supra, n° 208.

[1397] V. aussi, MICHELS, Tobias, « Die dreidimensionale Reservekompetenz des BVerfG im Europarecht – Von der Solange-Rechtsprechung zum Honeywell-Beschluss », *JA* 2012, p. 515.

l'inquiétude de fond des citoyens allemands. Or, la Cour de Karlsruhe est arrivée à la conclusion suivante : pour que le contrôle *ultra vires* soit effectué, il faut que la violation de la compétence soit manifeste, et suffisamment qualifiée. Comment le justifier ? En reprenant largement le raisonnement du *Lissabon-Urteil*[1398], la Cour constitutionnelle essaie d'apaiser la tension entre « le principe d'attribution et la responsabilité d'intégration de chaque Etat membre » (§238, *Lissabon-Urteil*). Le premier est la garantie de la souveraineté nationale et la preuve du fait que l'Union européenne n'est pas un Etat fédéral, mais un « groupement d'Etats » (*Staatenverbund*). La seconde est l'engagement pris par les Etats membres et la conséquence du principe de coopération loyale (art. 4, TUE). La clé de voûte dans cette dualité, ou le principe à un méta-niveau, est « le principe d'ouverture » (*Europarechtsfreundlichkeit*, on pourrait sans doute le traduire par le principe de collaboration, de bonne entente, voire d'amabilité) qui résulte de l'article 23 de la Loi fondamentale[1399]. Par conséquent, la Cour constitutionnelle doit accepter la Cour de justice comme interprète authentique du droit de l'UE et lui donner la possibilité de le faire (§60, *Honeywell*), reconnaître la nécessité de la création prétorienne du droit, surtout en matière de droits fondamentaux (§§63-64), respecter ses méthodes et son droit à la tolérance face à des erreurs (§66). Le contrôle *ultra vires* n'est alors possible que si la violation est suffisamment qualifiée, au sens d'un changement significatif ou considérable de la structure des compétences (§61 et §66)[1400]. Dans le cas d'espèce, on voit que la Cour de Karlsruhe a adopté une attitude à la fois rigoureuse et bienveillante vis-à-vis de la Cour de justice. La décision nous paraît tout à fait équilibrée, lorsqu'elle affirme que l'anticipation de l'entrée en vigueur de la directive ne pouvait pas provoquer un changement structurel des compétences (§76) et que la « création » d'un principe général du droit communautaire ne devrait pas non plus créer de nouvelles compétences en faveur de l'UE (§78). Peut-on penser que c'est la protection des droits sociaux fondamentaux des personnes qui a permis une si grande tolérance, ou plutôt confiance, dans cette alliance des juges ?

616. Un exemple plus récent, se situant néanmoins en dehors du champ social, pourrait nous inciter à donner une réponse positive. Il s'agit d'une décision de la Cour de Karlsruhe

---

[1398] BVerfGE, 123, 267, 30 juin 2009, *Lissabon-Urteil.*

[1399] Il est spécifiquement consacré aux relations entre l'Allemagne et l'UE et prévoit entre autres que : « Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attaché aux principes fédératifs, sociaux, d'Etat de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. »

[1400] MÖLLERS, Christoph, « German Federal Constitutional Court Constitutional *ultra vires* Review of European Acts only Under Exceptional Circumstances », *E.C.L. R.* 2011, 7(1), pp. 161-167.

relative au mandat d'arrêt européen[1401] qui a activé la réserve liée à l'identité constitutionnelle de l'Allemagne. En l'occurrence, il était question d'une demande d'extradition venant du parquet de Florence qui ne garantissait pas suffisamment les droits de la défense. La Cour constitutionnelle rappelle le « principe d'ouverture » envers le droit de l'UE (§43) et considère toujours que seuls les cas exceptionnels permettent d'écarter son applicabilité au nom de la protection des droits fondamentaux (§45). Mais cette fois-ci, la Cour constitutionnelle a retenu exceptionnellement la gravité de la situation. En effet, l'insuffisante protection des droits de la défense est considérée comme une violation de la dignité humaine qui fait partie de l'identité constitutionnelle allemande. Elle permet donc le contrôle du droit de l'UE par la Cour de Karlsruhe, sans que le niveau général de la protection des droits fondamentaux soit discuté[1402]. Comme nous l'avons aussi remarqué, il arrive que la Cour constitutionnelle rattache des droits sociaux à la dignité humaine[1403]. On ne peut donc exclure que cette jurisprudence soit étendue au domaine social. Dès lors, on voit donc un mécanisme tendant vers le renforcement de la protection des droits fondamentaux : si le droit de l'UE n'est pas suffisamment protecteur, le juge allemand activerait son propre mécanisme constitutionnel de protection. Il reste que, dans un système d'ouverture mutuelle, le refus de reconnaissance reste une exception, de même que l'invocation de la dignité humaine qui est au fondement même de l'ordre juridique allemand.

617. En tout cas, à travers ces différentes décisions, nous voyons que si la Cour constitutionnelle fédérale a progressivement affiné sa jurisprudence *Solange*, elle a plutôt œuvré constamment dans un esprit de coopération avec la Cour de justice en matière de droits fondamentaux. Elle reconnaît le rôle légitime de la Cour de justice de les protéger par le droit de l'UE, mais ne renonce pas non plus à son propre office de gardien des droits fondamentaux consacrés par la Loi fondamentale. Ainsi, une alliance juridictionnelle (pourrait-on parler de *Gerichtsverbund*[1404] ?) semble être en train d'advenir, susceptible de promouvoir la protection des droits (sociaux) fondamentaux. La position de la Cour de justice nous laisse en tout cas espérer. En effet, sur cette même question du mandat d'arrêt européen, la Cour affirme dans

[1401] BVerfG, 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14 - Rn. (1-126), une traduction anglaise est disponible à http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514en.html
[1402] BURCHARDT, Dana, «Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht », *ZaöRV* 2016, p. 527.
[1403] V. supra, n° 467.
[1404] VOSSKUHLE, Andreas, « Multilevel cooperation of the European constitutional courts: *der Europaische Verfassungsgerichtsverbund* », *E.C.L. R.* 2010, 6(2), pp. 175-198.

son fameux arrêt *Melloni*[1405] que « lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union. » (§60) Bien que la logique hiérarchique soutenant la primauté reste encore assez visible (et la solution adoptée dans l'arrêt *Melloni* le montre parfaitement), cela reste une ouverture envers les ordres juridiques nationaux.

618. En tout cas, ce *Gerichtsverbund* devrait assumer deux rôles : d'une part, il peut promouvoir le niveau de la protection des droits (sociaux) fondamentaux, car chaque cour peut refuser une réduction non justifiée et particulièrement grave de cette protection. D'aucuns ont déjà suggéré de parler d'un *Solange* de la Cour de justice face aux cours constitutionnelles nationales[1406], même si ce scénario paraît aujourd'hui moins probable compte tenu de la crise économique. D'autre part, il peut contribuer à laisser de côté la querelle du « dernier mot », et apaiser donc la tension entre les ordres juridiques, dans la mesure où l'objectif final est d'améliorer la protection des droits des personnes et non pas une place hiérarchique abstraite.

619. Pour l'instant, on peut remarquer que, dans l'arrêt concernant le mandat d'arrêt, la Cour constitutionnelle fédérale a d'ailleurs insisté sur le fait que « *[t]he vast majority of Constitutional Courts and Supreme Courts of the other Member States, within their respective jurisdiction, share the Federal Constitutional Court's view that the precedence (of application) of European Union law does not apply unrestrictedly, but that it is restricted by national (constitutional) law* » (§47). Les efforts de la Cour en droit comparé forcent l'admiration, notamment en raison de l'ampleur des droits nationaux mentionnés[1407]. C'est donc une preuve de plus pour démontrer que la Cour n'a pas l'intention de faire cavalier seul pour se sentir hiérarchiquement supérieure aux autres. L'esprit de coopération, de respect mutuel, et

[1405] CJUE, 26 février 2013, C-399/11, *RTD eur.* 2013, p. 267, n. D. Ritleng ; *Constitutions* 2013, p. 184, obs. A. Levade.
[1406] BOGDANDY, Armin von, Matthias KOTTMANN, Carlino ANTPÖHLER, Johanna DICKSCHEN, Simon HENTREI, Maja SMRKOLJ, « Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte - Grundlagen einer unionsrechtlichen Solange-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten », *ZaöRV* 2012, p. 45.
[1407] Au total dix droits nationaux sont cités : le Danemark, l'Estonie, la France, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Pologne, l'Espagne, la République tchèque et le Royaume-Uni. On ne manquera pas de remarquer la diversité géographique, culturelle et économique de ces pays.

d'ouverture est nécessaire. Voyons donc nous-mêmes si cette méthode est partagée par les autres cours en matière de droits sociaux fondamentaux.

B. Une diversité persistante dans les Etats membres

620. En raison des limites de notre capacité et du cadre de notre étude, nous ne saurons nous livrer à une étude générale de droit comparé européen, comme l'a fait la Cour de Karlsruhe. Nous proposons donc de voir deux séries d'exemples qui pourraient faire un contraste dans le paysage : l'une restant relativement loin de l'idée d'« ouverture mutuelle » (1), l'autre s'en rapprochant (2).

1. Des approches relativement éloignées de l'« ouverture mutuelle »

621. Commençons avec le droit français qui aborde notamment de manière procédurale cette question difficile. Nous verrons d'abord comment la problématique est formulée (i), avant de voir son application en matière sociale (ii).

i. La QPC apportant de l'eau au moulin des rapports de systèmes

622. En droit français, il faut d'abord dire que les questions classiques ont été (et restent encore) de l'absence de compétence du Conseil constitutionnel pour assurer le contrôle de conventionnalité et les rapports hiérarchiques entre la Constitution et le droit international (en particulier au regard de la primauté du droit communautaire). Mais plus récemment, ces questions sont revisitées à travers l'adoption du mécanisme de la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) permettant un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité. Issu de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 (entrée en vigueur le 1er mars 2010), il reste donc beaucoup plus jeune que la plainte constitutionnelle allemande.

623. Dans le sillage de la problématique classique (suprématie versus primauté), la tendance actuelle est de revenir à la suprématie de la Constitution. L'arrêt *SNIP* du Conseil d'Etat est à cet égard emblématique[1408]. A propos de certaines mesures fiscales pour rétablir l'équilibre de la sécurité sociale pouvant porter atteinte à la libre circulation, la haute juridiction administrative a clairement déclaré que « les requérants ne peuvent utilement se prévaloir d'une incompatibilité de la loi servant de support au décret attaqué (…) avec des principes généraux de l'ordre juridique communautaire déduits du traité instituant la Communauté européenne et

[1408] CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national des industries pharmaceutiques (SNIP)*, n°226514.

ayant la même valeur juridique que ce dernier, qu'il s'agisse du principe de la confiance légitime et du principe de la sécurité juridique applicables aux situations régies par le droit communautaire, du principe de loyauté qui se confond d'ailleurs avec le respect de l'article 10 du traité CE ou encore *du principe de primauté, lequel au demeurant ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution* ». (Nous soulignons) C'est donc par une incise que le Conseil d'Etat réaffirme la suprématie de la Constitution dans la hiérarchie des normes. Or, le P[r] Etienne Picard écrit très bien à ce sujet que « ce genre de hiérarchisation ne veut pas dire grand-chose tant que l'on ne distingue pas, au sein de la Constitution, d'une part, les normes qui posent le principe d'une primauté supranationale, et qui ne peuvent être que constitutionnelles, et d'autre part, les normes qui, tout en étant aussi constitutionnelles que les précédentes sont précisément celles que le principe précédent a décidé de faire plier devant celles qu'un autre ordre juridique a pu poser »[1409]. L'auteur procède en réalité à une nouvelle hiérarchisation au sein des normes constitutionnelles qui pourrait ultimement renvoyer au contrôle de l'identité constitutionnelle dans le cas allemand. Mais la question de compétence reste encore largement absente.

624. De son côté, le Conseil constitutionnel a affirmé dans sa décision sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe[1410] que « lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle. » (§7) Dans son argumentation, le Conseil met toutefois plus accent sur la nature de l'UE qui reste un traité international souscrit par les Etats, malgré des terminologies étatistes (§9). Il faut donc que le droit de l'UE soit incorporé dans le droit interne pour qu'il puisse être effectif. Le Conseil a pu s'exprimer sur les droits fondamentaux au travers de son examen de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Il n'élabore cependant pas une doctrine très claire comme son homologue allemand et n'indique que quelques lignes générales : 1) d'un point de vue formel, il est prévu que ces droits et libertés doivent être interprétés en harmonie avec les traditions nationales (§16) ; 2) d'un point de vue matériel, les droits ne paraissent pas contraires à la Constitution. Pour cette dernière affirmation, le Conseil a choisi quelques droits et libertés comme exemple – la liberté de conscience face à la laïcité de la République française (§18) ; le

[1409] PICARD, Etienne, *Droit international et contentieux administratif* (I – Rapports entre droit international et droit interne), *in Encyclopédie Dalloz – Répertoire de contentieux administratif,* 2008, §53.
[1410] Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *RTD eur.* 2005, p. 557, n. V. Champeil-Desplats.

droit au recours effectif (§19) ; le principe *ne bis in idem* (§20) – sans que l'on comprenne véritablement la logique de ces choix. D'aucuns parlent alors d'un « balayage aléatoire »[1411]. Quoi qu'il en soit, la protection des droits fondamentaux n'avait pas suscité une attention particulière de la part du Conseil constitutionnel, de sorte que l'on a pu écrire que « la stratégie du juge constitutionnel surprend par sa pauvreté »[1412]. Le débat entre suprématie constitutionnelle et primauté communautaire ne trouvant pas de réponse adéquate (si ce n'est un plaidoyer national en faveur de la première), la problématique change d'orientation avec l'introduction du mécanisme de la Question prioritaire de constitutionnalité.

625. Le mécanisme de la QPC a invité le Conseil constitutionnel à s'intéresser à deux questions étroitement liées : d'abord, le respect du droit de l'UE fait-il aujourd'hui partie du bloc de constitutionnalité sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution ? Ensuite, l'obligation pour le juge ordinaire de rendre effectif le droit de l'UE devrait-elle être suspendue lorsqu'une QPC a été posée au Conseil constitutionnel ? On voit que par la formulation de ces questions, le débat se déplace sur le terrain procédural de l'articulation de la protection des droits fondamentaux, plus que sur le terrain de la compétence et sur le niveau de protection des droits. Si la Cour de cassation a allumé ce « feu » procédural en posant une question préjudicielle à la Cour de justice[1413], le Conseil constitutionnel, suivi par le Conseil d'Etat[1414], semble vouloir éviter rapidement un « incendie ». Dans sa décision du 12 mai 2010[1415], le Conseil constitutionnel a à nouveau décliné l'invitation à contrôler la conventionnalité et a surtout jugé que « le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité, dont la durée d'examen est strictement encadrée, peut, d'une part, statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence et, d'autre part, prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires ; (…) il peut ainsi suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir » (§14).

[1411] LABAYLE, Henri, et Jean-Luc SAURON, « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *RFDA* 2005, pp. 1-29, spéc., p. 26.
[1412] *Ibid*., p. 29.
[1413] Cass. Ass. plén., 16 avril 2010, *Melki et Abdeli*, QPC, n°10-40.002.
[1414] CE, 14 mai 2010, *Rujovic c. OFPRA*, n°312305.
[1415] Conseil constitutionnel, 12 mai 2010, n°2010-605 DC.

Autrement dit, le caractère « prioritaire » de la QPC ne fait pas obstacle au juge ordinaire de rendre effectives les normes de l'UE. Il est certain qu'en acceptant de réduire le caractère « prioritaire » de la QPC, le Conseil constitutionnel a fait montre d'une grande ouverture à l'égard du droit de l'UE. L'esprit de coopération est patent et le concours de la Cour de justice n'a pas tardé à venir. Dans sa décision *Melki et Abdeli*[1416], la Cour de Luxembourg a décidé que « l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à [une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales], pour autant que les autres juridictions nationales restent libres de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union » (§57). Ces décisions semblent avoir évité un conflit ouvert entre les juges[1417]. Mais le P[r] Baptiste Bonnet considère que la situation n'est pas vraiment satisfaisante, car le choix du législateur organique du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité signifierait un retour de la logique hiérarchique aux dépens de la logique de compétence. L'auteur écrit qu' « [i]l est bien difficile de comprendre l'utilité de la priorisation de la question de constitutionnalité si ce n'est de réaffirmer le primat constitutionnel. De surcroît, dès lors que (…) substantiellement les droits protégés par le bloc de constitutionnalité et par le droit européen (nous incluons ici la CEDH) sont quasiment les mêmes, on ne voit pas vraiment l'intérêt que le Conseil constitutionnel supplante le juge ordinaire dans la concrétisation de la protection des droits fondamentaux »[1418]. Nous souscrivons à cette critique, mais ce qui importe en particulier à nos yeux, c'est de montrer que cette solution se concentre uniquement sur l'aspect procédural de la protection des droits fondamentaux, et laisse entièrement irrésolue la question du niveau de protection des droits fondamentaux.

626. A regarder de plus près, l'arrêt *Melki et Abdeli* de la Cour de justice est entièrement pétri de la logique de la primauté et affirme la nécessité d'assurer l'effectivité des normes de l'UE. Cela commande d'une part la faculté la plus étendue des juridictions nationales de saisir

[1416] CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10.
[1417] BONNET, Baptiste, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, avec une préface de Fabrice Picod, Paris, Lextenso Ed., 2013, p. 105.
[1418] *Ibid*., pp. 116-117.

la Cour de justice par un renvoi préjudiciel (§41) et la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation du droit de l'UE, d'autre part (§54). Ce raisonnement formel conduit la Cour de justice à considérer aussi que « la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable » (§56) et à revendiquer son droit d'interpréter la directive en cause.

On pourrait y voir le pendant communautaire de l'arrêt *Honeywell* de la Cour de Karlsruhe. On se souvient que le juge constitutionnel allemand avait reconnu dans cet arrêt la compétence du juge de l'Union pour interpréter le droit de l'UE. Mais si l'on s'en tient à ce seul aspect, c'est-à-dire si l'on ne retient que l'aspect relatif à la compétence dans la série *Solange*, on oublierait alors que la coopération entre juges européen et nationaux devrait aussi se réaliser sur le plan matériel qu'est la protection des droits fondamentaux. Force est de reconnaître que dans la saga *QPC*, si l'on ose s'exprimer ainsi, rien de tel n'est à l'œuvre. La question de la protection des droits fondamentaux est à peine évoquée et n'occupe de toute façon aucun rôle essentiel dans le raisonnement : aussi bien du côté du juge constitutionnel français que du côté du juge de l'Union, on y fait référence seulement lorsqu'il s'agit de l'effectivité du droit de l'UE qui produit nécessairement des droits individuels[1419]. La conciliation ainsi réalisée nous paraît davantage comme une rencontre manquée que comme un dialogue constructif. Chaque cour essaie de s'assurer de son propre contrôle en laissant faire l'autre. Dans ce cas-là, lorsqu'un désaccord de fond surgit, un nouveau conflit paraît inévitable. En effet, quelle serait la réponse lorsqu'une disposition du droit de l'Union, jugée conforme à la Charte des droits fondamentaux par exemple, semble inconstitutionnelle ? Ou *vice versa* ? A l'heure actuelle, il semble que les cours ont soigneusement évité ces dilemmes, bien que des désaccords paraissent déjà latents. Essayons d'étudier cela précisément dans le domaine social.

ii. Ordres et désordres pour les droits sociaux fondamentaux

627. On se souvient à propos de l'affaire *Association de médiation sociale* que la Cour de justice s'est prononcée à cette occasion sur (l'absence de) l'effet direct horizontal de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux[1420]. Il s'agissait du décompte de l'effectif d'une entreprise en droit français qui aurait violé le droit à l'information des travailleurs. En réalité,

[1419] V. Conseil constitutionnel, 12 mai 2010, n°2010-605 DC, §14 ; CJUE, 22 juin 2010, Melki et Abdeli, C-188/10, §53 et spéc. §55 pour les droits fondamentaux.
[1420] CJUE, 15 janvier 2014, C-176/12, D. 2014, p. 705, note S. de la Rosa ; p. 2374, obs. P. Lokiek et J. Porta.

bien avant que la Cour de cassation n'envoyât cette question préjudicielle à la Cour de justice[1421], elle avait déjà transmis une QPC au Conseil constitutionnel sur la demande du tribunal d'instance de Marseille dans le cadre du même litige[1422]. Les griefs étaient plus nombreux et englobaient la violation du principe d'égalité, de la liberté syndicale et du principe de participation des travailleurs. Le Conseil constitutionnel a répondu[1423] que le but de cette législation était de favoriser l'emploi de certaines catégories de travailleurs et poursuivait donc un intérêt général. (§5) Le mode de décompte était par ailleurs limité dans le temps (§4) et ne portait pas atteinte aux autres droits des travailleurs concernés (§§8-10). Par conséquent, il n'y avait pas de violation de la Constitution. Si l'on lit l'arrêt définitif rendu par la Cour de cassation en 2014[1424], en particulier les moyens annexés, il est clair que les griefs tirés du droit national et du droit de l'UE étaient déjà présents côte à côte. Cela n'a pas empêché les juges concernés de procéder successivement aux deux consultations à l'égard des droits sociaux fondamentaux. L'on sait que la Cour de justice s'est appuyée sur l'effet utile de la directive 2002/14 pour considérer que la législation en cause consistait à soustraire certains employeurs à l'obligation imposée par l'UE. La marge d'appréciation du législateur national ne pouvait pas non plus justifier l'exclusion de certains travailleurs du décompte de l'effectif. Deux auteurs travaillant respectivement à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat ont écrit à cet égard que « [l]a chambre sociale était donc confrontée à des réponses incompatibles. La solution adoptée résulte finalement de l'absence d'effet horizontal de la directive (…) Cette réponse, incontestable sur le plan juridique, n'en est pas moins extrêmement troublante »[1425]. En effet, la conclusion juridique est l'invalidité de la loi en cause pour inconventionnalité. Autrement dit, il n'y a pas de conflit manifeste entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice, chacun semblant rester dans son propre domaine de compétence. Mais quelle serait la réponse, si le Conseil constitutionnel venait à considérer que le législateur *devait* avoir une telle marge de manœuvre ? La situation est troublante parce que les règles d'articulation ne sont pas encore entièrement établies. Il nous semble donc que, si l'on a pu parler d'un *Solange* à propos des prises de position des juridictions françaises et européenne[1426], il est encore cantonné à l'aspect procédural et ne permet pas de mettre en avant la protection des droits fondamentaux.

[1421] Soc., 11 avril 2012, n°11-21609, Bull. civ. V, n°122 ; *D.* 2012, p. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta.
[1422] Soc., 16 février 2011, n°10-40062.
[1423] Conseil constitutionnel, 29 avril 2011, QPC n°2011-122.
[1424] Soc., 9 juillet 2014, n°11-21609, *RTD eur.* 2015, p. 348-3, obs. B. Le Baut-Ferrarese.
[1425] FLORES, Philippe, et Maud VIALETTES, « Droit du travail et QPC : nouvelles sources, nouvelles ruptures. Le point de vue du juge du filtre », *Dr. soc.*, 2015, n°6, pp. 486-496, spéc., p. 495.
[1426] SIMON, Denys, et Anne RIGAUX, « Solange, le mot magique du dialogue des juges... », *Europe*, 2010, n°7.

628. Il reste à souligner que l'on pourrait aussi soutenir l'émergence d'une logique fondée sur la compétence et l'équivalence des niveaux de protection des droits dans la série d'arrêts *Arcelor* du Conseil d'Etat et de la Cour de justice[1427]. La question précise concernait le contrôle de constitutionnalité d'un décret transposant une directive. Le principe est désormais connu : il conviendrait d'opérer d'abord une « translation » (ou requalification) du contrôle de constitutionnalité en contrôle de conventionnalité, à savoir la recherche par le juge ordinaire des principes équivalents dans le droit de l'UE. Si de tels principes existent, il n'y aura alors que le contrôle de conventionnalité ; sinon, le contrôle de constitutionnalité s'applique[1428]. Si l'on peut considérer que cette solution tend vers une appréciation de l'équivalence au cas par cas, ce n'est pas la seule interprétation possible de la position du Conseil d'Etat. Car la logique hiérarchique est bien présente dans le premier arrêt *Arcelor*[1429]. En effet, la reconnaissance d'équivalence semble se fonder sur l'article 88-1 de la Constitution qui conférerait ainsi une protection constitutionnelle au droit de l'UE. Or, nous avons bien vu dans la décision du Conseil constitutionnel sur la QPC que ce n'est pas le cas. L'art. 88-1 n'englobe pas le droit de l'UE dans le champ du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, nous voyons que les difficultés d'articulation continuent d'apparaître dans des cas comme l'affaire *Association de médiation sociale*. En tout cas, nous voyons bien que si le droit français présente aussi des raisonnements fondés sur la compétence et sur l'équivalence des niveaux de protection, leur rôle est encore moins important en comparaison avec la doctrine *Solange*.

***

[1427] CE, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n°287110, *AJDA* 2007, p. 577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; CJCE, 16 décembre 2008, C-127/07 ; CE, 3 juin 2009, n°287110.

[1428] Citons le considérant de principe du premier arrêt *Arcelor* du Conseil d'Etat : « si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; (…) dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ; (…) en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

[1429] Sur l'ambiguïté de cet arrêt, v. BONNET, Baptiste, *op. cit.*, p. 88 : « cet arrêt qui est à lui tout seeul une anthologie des difficultés engendrées par les rapports entre ordres juridiques est tellement sophistiqué, pour ne pas dire alambiqué, qu'il fait davantage penser à une orfèvrerie jurisprudentielle qu'à une solution jurisprudentielle arrêtée et opérationnelle. »

629. Avant de conclure sur les cas relativement éloignés d'une « ouverture mutuelle », voyons encore le cas anglais qui ne dispose pas de constitution écrite. Les termes de la question sont différents[1430] : dans le cadre de la souveraineté parlementaire, chaque Parlement est réputé souverain, ce qui donne la théorie de l'abrogation implicite de loi. En effet, si une nouvelle loi entre en contradiction avec une ancienne loi, vu l'égale souveraineté des Parlements, les anciennes dispositions doivent être considérées comme abrogées. Or, il est difficile d'imaginer qu'en cas de conflit entre le droit de l'UE et la *Magna Carta*, le premier devrait conduire à l'abrogation d'anciennes dispositions en vertu de la *European Communities Act* de 1972. Il convient alors d'identifier une série de dispositions nationales comme ayant une valeur constitutionnelle, afin de les épargner de la théorie de l'abrogation implicite. La distance avec les cas allemand et français est donc sensible. Mais cela ne devrait pas exclure non plus *a priori* le développement d'une méthode plus conforme à l'« ouverture mutuelle », renforçant ainsi la protection des droits fondamentaux, comme le montrent d'autres droits nationaux en la matière.

2. Des cas plus proches d'une « ouverture mutuelle »

630. Le droit italien peut d'abord entrer dans notre étude[1431]. Il a été le premier droit à mettre en avant les droits fondamentaux dans les rapports entre droit communautaire et droit national. Sa longue tradition permet même un rapprochement intéressant avec le droit français, si l'on considère la première étape de l'évolution de cette jurisprudence.

631. Il convient de remarquer avant tout que le droit italien, très marqué par l'influence des doctrines dualistes, présente une forte résistance au principe de primauté du droit communautaire. Aussi, bien que fortement engagées dans le débat entre suprématie et primauté, les décisions de la Cour constitutionnelle italienne, relativement nombreuses, ne soulignent pas toujours assez la dimension des droits fondamentaux, contrairement à ce que nous pourrions penser d'emblée. Dans son arrêt *San Michele* du 27 décembre 1965[1432], la Cour constitutionnelle italienne reconnut l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et l'effet direct qui en résultait et souligna en même temps qu'il existait au sein de la Constitution un noyau de principes fondamentaux, dont « la protection des droits inaliénables de l'homme »,

---

[1430] V. par ex., CRAIG, Paul, « Constitutionalising constitutional law: HS2 », *Public Law*, 2014, July, pp. 373-392.
[1431] Pour une présentation synthétique, v. GORDILLO, Luis I, *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 23-25.
[1432] N°98/1965, citée par BARAV, Ami, « Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal », *RTD eur.* 1985, pp. 313-341, spéc., p. 317.

auquel le droit communautaire ne pouvait porter atteinte. On voit donc bien les deux éléments coexister à l'origine de cette problématique. La protection du noyau inviolable de la Constitution est restée presque inchangée dans la suite de cette jurisprudence, en particulier dans les arrêts *Frontini*[1433] et *Industrie Chimiche Italia Centrale*[1434]. Dans l'arrêt *Frontini*, on voit même que la Cour constitutionnelle reconnut que le droit communautaire donnait des garanties suffisantes et qu'il était difficile de concevoir, « même de façon abstraite, des cas où un règlement communautaire pourrait avoir une incidence en matière de rapports civils éthico-sociaux, politiques, du fait de dispositions contraires à la Constitution italienne »[1435]. Or, l'article 11 de la Constitution italienne[1436], qui a servi (à lui seul pendant longtemps[1437]) de base juridique à l'intégration européenne, a donné l'occasion à la Cour constitutionnelle d'adopter une manière bien particulière de résoudre le problème du contrôle de conventionnalité dans l'arrêt *Industrie Chimiche Italia Centrale*. Schématiquement, le juge constitutionnel a absorbé le contrôle de conventionnalité dans le contrôle de constitutionnalité sur le fondement de cet article. D'après cet arrêt, le juge ordinaire ne pouvait lui-même écarter une loi nationale contraire au droit communautaire, mais devait poser une question de constitutionnalité de la loi à la Cour constitutionnelle. On remarquera à ce sujet que le mécanisme de QPC aurait parfaitement pu connaître une telle solution. Ce qui est commun dans la QPC et le renvoi de constitutionnalité en Italie est justement la logique hiérarchique. Cette position a été fortement critiquée par la doctrine. Un auteur remarqua à l'époque qu'« il ne serait pas concevable que (…) le juge constitutionnel italien puisse exercer un contrôle permanent à l'occasion de n'importe quelle affaire mettant ainsi en cause, sans limite dans le temps, les fondements mêmes de la participation de l'Italie à la Communauté et la sincérité de son engagement européen »[1438].

632. Le juge communautaire ne tarda pas non plus dans sa réplique, avec l'arrêt *Simmenthal* de 1978[1439], qui consacra la possibilité du juge ordinaire national d'écarter

---

[1433] Corte costituzionale, 27 décembre 1973, n°183/1973, *RTD eur.* 1974, p. 148.
[1434] Corte costituzionale, 22 octobre 1975, n°232/1975, *RTD eur.* 1976, p. 396.
[1435] BARAV, Ami, *op. cit.*, p. 319.
[1436] Il dispose que « [l]'Italie répudie la guerre en tant qu'instrument d'atteinte à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des conflits internationaux ; elle consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations ; elle suscite et favorise les organisations internationales poursuivant ce but ». Traduction proposée par la digithèque de matériaux juridiques et politiques : http://mjp.univ-perp.fr/constit/it1947.htm (Dernière visite le 7 août 2017.)
[1437] Avec la réforme constitutionnelle de 2001, il faut compter aussi l'article 117, alinéa 1er qui dispose que « [l]e pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de l'ordre juridique communautaire et des obligations internationales. » (*Ibid.*)
[1438] J.-V. Louis, *Giurisprudenza Costitutionale*, 1975, p. 2350, cité par BARAV, Ami, *op. cit.*, p. 322.
[1439] CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77.

directement une norme nationale contraire au droit communautaire. La Cour constitutionnelle italienne fut alors appelée à revoir sa jurisprudence, ce qu'elle fit dans son arrêt *Granital*[1440]. A nos yeux, cet arrêt marque aussi une évolution en faveur de la logique de compétence et de reconnaissance, face à la logique hiérarchique. La validité du droit communautaire est reconnue désormais comme telle dans les domaines de compétence des communautés et le contrôle de constitutionnalité est limité à des cas très rares, dont la protection du noyau fondamental, appelée aussi les « *controlimiti* » (contre limites)[1441]. Curieusement, la Cour constitutionnelle italienne ne se référa toutefois pas, dans l'arrêt *Granital*, au progrès communautaire en matière de protection des droits fondamentaux, contrairement à son homologue allemand.

A la suite de l'arrêt *Granital*, les *controlimiti* restent constamment évoqués, sans pour autant être précisés[1442]. Cette circonstance laisse penser qu'ils demeurent peut-être un symbole de la souveraineté de la République italienne. Ainsi compris, le cas italien serait alors plus proche du cas français que du cas allemand. Cependant, on remarque aussi d'autres décisions de la Cour constitutionnelle qui vont dans le sens d'une « ouverture mutuelle » favorisant la protection des droits fondamentaux[1443]. Dans le domaine social en particulier, la Cour constitutionnelle applique un contrôle de « raisonnabilité »[1444] qui débouche sur la protection du « niveau essentiel » des droits sociaux. On pourrait penser qu'une telle protection devrait logiquement correspondre aux « contre limites » qu'entend protéger la Cour.

633. Le cas espagnol fournit aussi un exemple d'articulation à partir de la protection des droits fondamentaux. Dans la déclaration du 13 décembre 2004 du Tribunal constitutionnel à propos du Traité constitutionnel européen[1445], le juge met l'accent sur les limites matérielles du transfert de souveraineté, parmi lesquelles l'on trouve en particulier le respect « du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans notre Constitution où les droits fondamentaux acquièrent une normativité propre ». Ensuite, le Tribunal se livre à un examen

---

[1440] Corte costituzionale, 5 juin 1984, N°170/1984, *Granital*, cf. BARAV, Ami, *op. cit.*, p. 328.
[1441] BARAV, Ami, *op. cit.*, p. 339.
[1442] GALETTA, Diana-Urania, « The European Union in the Constitutional Framework of Member States: the Italian Case » , *Ius Gentium*, 2016, p. 87, spéc., p. 90.
[1443] ROSSI, Lucia Serena, « Corte Constituzionale (Italian Constitutional Court): Decisions 348 and 349/2007 of 22 October 2007, and 102 and 103/2008, of 12 February 2008 », 46 *CML. Rev.* 319 (2009), pp. 319-331.
[1444] Sur cette notion, v. D'AMBROSIO, Luca, « Les droits sociaux à l'épreuve de la crise économique : la position de la Cour constitutionnelle italienne », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des sociaux en Europe*, *SSL*, Supplément du 28 novembre 2016, pp. 67-70, spéc., p. 68 ; BONI, Guido, « La protection des droits sociaux en Italie : vue d'ensemble », *R. I. D. C.* 2011, pp. 257-274, spéc., p. 265.
[1445] BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18 (Dossier : Constitution et Europe) - juillet 2005.

du mécanisme communautaire de la protection des droits fondamentaux et souligne qu'il est construit à partir « les valeurs communes des Constitutions des États intégrés dans l'Union et de leurs traditions constitutionnelles communes ». Le droit de l'UE n'est alors applicable que s'il connaît toujours un haut niveau de protection des droits.

Il reste que les Etats membres sont fortement imprégnés dans leurs propres traditions juridiques et nous ne voyons à l'heure actuelle que des rapprochements possibles. C'est pourquoi il nous semble plus judicieux de ne parler que de l'émergence d'une certaine « ouverture mutuelle ». Au demeurant, pour que ce dialogue puisse avoir lieu, il faudrait que le juge de l'UE soit bien présent sur scène.

§2. L'absence du juge de l'UE dans le dialogue

634. La rôle du juge de l'UE dans ce dialogue est lié à sa compétence, qui est limitée ici par l'applicabilité d'un droit fondamental ou d'un principe général du droit de l'UE. Or l'applicabilité de la Charte est souvent rejetée en matière sociale (A), en particulier lorsqu'il s'agit des mesures d'austérité élaborées indirectement par l'UE pendant la crise de la dette souveraine (B).

A. Des mesures sociales renvoyant à une compétence nationale

635. Comme nous l'avons déjà analysé[1446], le développement des droits sociaux fondamentaux a largement bénéficié de la montée en puissance de la dimension sociale de la citoyenneté européenne. Mais ce domaine nous montre aussi de nombreux cas limites, où la Cour de justice hésite à appliquer la Charte (1). Ce traitement différent des droits sociaux fondamentaux ne semble pourtant pas toujours en conformité avec les critères d'applicabilité que la Cour de justice a pu fixer pour les droits civils et politiques (2).

1. Une réticence à appliquer la Charte en matière sociale

636. L'exemple le plus connu aujourd'hui est sans doute représenté par l'arrêt *Dano*[1447]. On se souvient en effet que les requérants dans cette affaire étaient d'origine roumaine et

[1446] V. supra, n° 517 et s.
[1447] CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13 ; v. PATAUT, Etienne, « Les limites de la solidarité en Europe », *RDT*, 2015, pp. 161-163.

vivaient en Allemagne. Ne possédant pas de ressources suffisantes, ils se virent refuser l'allocation de prestations minimales, qualifiées à la fois comme une prestation spéciale à caractère non contributif au sens du règlement 883/2004 et comme prestation d'assistance sociale au sens de la directive 2004/38. Il n'est pas besoin de revenir ici sur l'appréciation par la Cour de ces deux instruments. En revanche, ce qui nous intéresse est le contrôle de la mesure au regard des articles 1er et 20 de la Charte des droits fondamentaux, prévoyant respectivement le respect de la dignité humaine et de l'égalité en droit.

637. Dans cet arrêt, la Cour de justice refuse l'applicabilité de la Charte en se fondant sur une argumentation en termes de compétence. Elle rappelle d'abord que ni l'article 6 du TUE, ni l'article 51 de la Charte ne permettent à la Charte d'étendre les compétences de l'Union (§88). L'article 51 limite d'ailleurs spécifiquement l'application de la Charte aux Etats membres lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'UE ». Dans le cas d'espèce, la Cour constate que ce sont les conditions d'obtention des prestations minimales qui se trouvent confrontées à la Charte. Or, selon elle, ces conditions ne sont pas prévues par le droit de l'UE : le règlement se contente de coordonner les systèmes de sécurité sociale et la directive n'en dit aucun mot non plus. C'est donc l'Etat membre qui reste compétent pour préciser ces conditions. En clair, la conclusion d'un tel raisonnement est que la législation de l'Etat membre établissant les conditions d'octroi des prestations minimales relève de la compétence de celui-ci, et ne met pas par conséquent en œuvre le droit de l'UE. La Charte n'a dès lors pas vocation à être appliquée. En cela, la Cour suit entièrement le raisonnement de l'avocat général, qui retient aussi une identité entre la condition de mise en œuvre du droit de l'UE et l'exercice d'une compétence de l'Union[1448]. La Charte ne s'impose qu'à ce qui est clairement défini par le droit de l'UE. A première vue clair et simple, ce raisonnement soulève cependant en soi déjà de nombreuses interrogations : quelle serait l'applicabilité de la Charte à l'égard des normes nationales transposant une directive, en particulier lorsque le droit national dispose d'une marge de manœuvre ? Une telle disposition peut difficilement être qualifiée en quelque chose autre que la mise en œuvre du droit de l'UE, mais le raisonnement précédent conduirait à l'inapplicabilité de la charte à l'égard de cette directive. Autrement dit, la mise en œuvre du droit de l'Union ne peut signifier l'application d'une disposition entièrement déterminée et inconditionnelle à travers l'exercice des compétences par les organes de l'UE. Par ailleurs, il arrive que la Charte s'applique dans des domaines où la compétence de l'UE est explicitement exclue, comme le

[1448] Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, présentées le 20 mai 2014, §§146-148

droit de grève[1449]. Le critère employé dans l'arrêt *Dano* paraît alors inadéquat. En réalité, comme l'écrit très bien le Pr Rodière à propos de cet arrêt : « le droit de l'Union ne détermine sans doute pas les conditions du droit aux prestations sociales, sinon précisément en ce qui concerne l'obligation d'en assurer le service, si elles existent dans le système national, au bénéfice des ressortissants des autres Etats membres. »[1450] On peut dire que l'imprécision du droit de l'UE ne signifie pas son indifférence.

638. Il arrive aussi que la Cour de justice refuse l'applicabilité d'autres droits fondamentaux aux citoyens européens, mais pour des motifs autres que l'absence de mise en œuvre du droit de l'UE. C'est en particulier le cas du regroupement familial d'un citoyen qui serait fondé sur les articles 7 (respect de la vie privée) et parfois 24 (droit de l'enfant) de la Charte. Mais l'argumentation de la Cour est beaucoup plus nuancée. Dans les arrêts *Iida*[1451] et *Ymeraga*[1452], pour apprécier l'applicabilité de la Charte au regroupement familial d'un citoyen, la Cour indique d'abord clairement qu'« il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si la réglementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter. » (§79, *Iida* et §41, *Ymeraga*) A cet égard, le dispositif national octroyant le titre de séjour relève bien de la mise en œuvre du droit de l'Union. Le refus de l'applicabilité de la Charte dans ces cas d'espèce résulte alors seulement de l'absence d'application du droit de l'UE, car dans le premier cas le requérant était un ressortissant d'Etat tiers et que dans le second cas, le citoyen en cause n'était pas concerné par la libre circulation dans l'UE. Ces cas sont alors sensiblement différents de l'affaire *Dano* et respectent davantage la position de la Cour sur cette même question en d'autres matières.

2. Une réticence fortement contrastée avec le domaine des droits civils et politiques

[1449] On peut citer par exemple l'arrêt *Viking*, CJCE, 11 décembre 2007, C-438/05
[1450] RODIERE, Pierre, « Les droits sociaux dans l'entremêlement des protections européennes : brèves observations », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des sociaux en Europe*, *op. cit.*, pp. 88-93, spéc., p. 89
[1451] CJUE, 8 novembre 2012, C-40/11, D. 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.
[1452] CJUE, 8 mai 2013, C-87/12.

639. Nous l'avons déjà dit[1453], l'arrêt qui fait aujourd'hui référence en matière d'applicabilité de la Charte est l'arrêt *Åkerberg Fransson*[1454] qui concerne des sanctions pénales en matière fiscale en Suède et sa conformité au principe *ne bis in idem* prévu par l'article 50 de la Charte. Cet arrêt est particulièrement audacieux, dans la mesure où il établit une équivalence entre champ d'application du droit de l'UE et champ d'application de la Charte, une position déjà préparée par d'autres arrêts[1455]. Le raisonnement de la Cour semble être tout autre que celui dans *Dano*, car au lieu de mettre en avant l'exercice de compétences de la part d'organes de l'UE, elle s'appuie d'une part sur sa jurisprudence antérieure et d'autre part sur les explications de la Charte dont elle doit dûment tenir compte (art. 52, §7 de la Charte), qui convergent vers une application extensive des droits fondamentaux en droit de l'UE[1456]. Cela permet à la Cour de conclure que « [l]es droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte » (§21). Le P[r] Dominique Ritleng donne un argument convaincant pour souligner la cohérence de cette décision audacieuse dans la jurisprudence de la Cour[1457] : en effet, étant donné que les droits fondamentaux sont aussi protégés au titre de principe général du droit de l'UE, ce serait absurde de distinguer le champ d'application de ces deux types de normes. Or, en prenant comme exemple les arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci* en matière de non-discrimination fondée sur l'âge, nous savons que la Cour de justice peut mobiliser un principe général à l'encontre d'une mesure nationale, même lorsque l'UE n'a pas adopté de réglementation précise.

[1453] V. supra, n° 546.

[1454] CJUE, 26 février 2013, C-617/10. Les commentaires de cet arrêt sont foisonnants. V. le très éclairant commentaire du P[r] Dominique RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTD eur.* 2013, pp. 267-292 ; HANCOX, Emily, « Meaning of Implementing EU Law under Article 51(1) of the Charter: *Akerberg Fransson* », *CML Rev.* 2013, pp. 1411-1432.

[1455] L'arrêt *IIda* précité fournit déjà un exemple ; l'arrêt *Vinkof* (CJUE, 7 juin 2012, C-27/11) est mis en valeur par le P[r] Benoît-Rohmer, v. « Chronique sur les droits fondamentaux dans l'UE », *RTD eur.* 2013, p. 667.

[1456] On peut noter que, si les explications relatives à l'art. 51 de la Charte indiquent que « l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union », elles sont aussi élaborées à partir de la jurisprudence existante de la Cour de justice. L'arrêt *ERT* (18 juin 1991, C-260/89, Rec. p. I-2925) cité aussi par l'arrêt *Åkerberg Fransson* se trouve aussi évoqué par ces explications.

[1457] RITLENG, Dominique, *op. cit.*, p. 277.

En matière de libertés économiques, un arrêt récent retient aussi un champ d'application très large de la Charte[1458]. A propos d'un licenciement collectif dans une entreprise située en Grèce mais qui est une filiale d'une société française, la Cour n'hésite pas à considérer que la liberté d'établissement prévue par l'article 49 TFUE et la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la Charte sont bien applicables.

640. Il est vrai que cette interprétation extensive est ensuite tempérée par la Cour de justice. Dans l'arrêt *Siragusa*[1459], elle précise que la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » « impose l'existence d'un lien de rattachement d'un certain degré, dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre ». Mais la Cour n'a pas remis en cause l'acception de la « mise en œuvre du droit de l'UE »[1460], qui reste fortement fonctionnelle[1461]. C'est-à-dire que sa définition doit contribuer à la construction d'une Union respectueuse des droits fondamentaux. En d'autres termes, l'application de la Charte dépend de la présence d' une exigence normative fixée par l'UE, et entraîne deux ordres de conséquences : d'une part, d'une part, l'action *de l'UE* doit, dans la définition de l'exigence tout comme dans sa réalisation, être conforme aux droits fondamentaux ; d'autre part, la réponse des Etats membres, qu'elle s'exprime dans une transposition littérale, une adaptation nationale, ou une dérogation, doit l'être également .

Prenons encore une fois le droit de grève comme exemple. Certes, la réglementation du droit de grève ne relève pas de la compétence de l'UE ; mais une réglementation nationale peut « mettre en œuvre le droit de l'UE » lorsqu'elle constitue un élément dans le cadre général de liberté de prestation de services. Elle est donc une réponse nationale à l'exigence de l'UE et doit aussi être conforme à la Charte. C'est pourquoi nous pouvons parfaitement adopter une méthode de faisceau d'indices, pour examiner si la réglementation nationale « assure le respect des règles communautaires », si elle satisfait « une obligation spécifique du droit de l'Union », ou si elle présente un « lien de rattachement suffisamment direct »[1462]. Ce qui compte, c'est la

---

[1458] CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15.*SSL* 2017, N°1753, p. 8, n. S. Laulom ; *RDT* 2017, p. 127, n. A. Fabre.
[1459] CJUE, 6 mars 2014, C-206/13, v. BENOIT-ROHMER, Florence, « Chronique Union européenne et droits fondamentaux », *RTD eur.* 2016, p. 345 ; RIZCALLAH, Cecilia, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : l'immuable poids des origines ? », *Cah. dr. eur.* 2015, pp. 399-427.
[1460] V. par exemple en matière de droit d'asile : CJUE, 14 novembre 2013, *Puid*, C-4/11, *RTD eur.* 2015, p. 167, obs. F. Benoît-Rohmer.
[1461] Cette qualification est aussi utilisée par SAFJAN, Marek, Dominik DÜSTERHAUS, et Antoine GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de *la mise en œuvre* à *la mise en balance* », *RTD eur.* 2016, pp. 219-247.
[1462] *Ibid*., p. 224

présence de cette exigence normative de l'UE et sa concrétisation dans les Etats membres qui déterminent le champ d'application de la Charte. Avec ces considérations, on serait donc tenté de considérer l'arrêt *Dano* comme une réponse isolée, sans doute par peur d'encourager le soi-disant « tourisme social ». Or, la nécessité de sauvegarder l'équilibre d'un système national de sécurité sociale, bien que tout à fait importante, ne saurait constituer à elle seule une raison suffisante pour l'inapplicabilité de la Charte. L'argument selon lequel une telle interprétation extensive de l'applicabilité de la Charte permet à la Cour de s'immiscer dans la politique de protection sociale d'un Etat membre ne saurait être davantage recevable : du point de vue du droit de l'UE, une telle immixtion n'est que le corollaire de l'obligation de garantir les droits d'un citoyen européen ; du point de vue du droit interne, en l'occurrence l'Allemagne, nous avons aussi vu que la Cour constitutionnelle fédérale n'exerce son contrôle *ultra vires* que lorsque le dépassement de la compétence est caractérisé d'une exceptionnelle gravité, ce qui reste à démontrer. En réalité, pour garantir la « paix » entre les ordres juridiques, ce n'est pas nécessaire que l'un des ordres se retire de la scène ; il est beaucoup plus important de trouver la méthode de collaboration pour un travail en commun. Malgré ces considérations, les droits sociaux fondamentaux continuent à être une patate chaude pour la Cour de justice. On le voit aussi à travers la gestion de la crise économique en Europe.

B. Des mesures impliquant indirectement le droit de l'UE : l'exemple de la crise financière

641. La crise financière, entamée en 2007 et devenue crise de la dette souveraine en 2009[1463], a mis rudement à l'épreuve les droits sociaux de certains Etats de la zone euro. Nous avons déjà évoqué le difficile équilibre entre droits sociaux et libertés économiques[1464]. Cette question s'est posée à nouveaux frais dans le contexte de la crise, où une idéologie ordo-libérale (discipline budgétaire) et néo-libérale (flexibilisation du marché du travail) vient *indirectement* de l'UE. En effet, étant donné que plusieurs Etats membres connaissaient des situations économiques critiques proches du défaut de paiement, l'UE a été appelée à réagir rapidement pour éviter un éclatement de la zone euro. Des plans d'aides ont été élaborés avec de strictes conditionnalités politiques devant être mises en œuvre par le droit national. Ainsi l'UE

[1463] L'éclatement de la crise des « *subprimes* » est généralement situé à l'été 2007, cf. RIFFLART, Christine, « La crise immobilière aux Etats-Unis: l'éclatement de la bulle », *Revue d'Economie financière et Risques*, Hors-Série 2008, p. 97 ; pour d'autres études sur l'origine et le développement de cette crise, v. entre autres, PISANI-FERRY, Jean, *Le réveil des démons. La crise de l'euro et comment nous en sortir*, Fayard, Paris, 2011 ; BOURRINET, Jacques, et Philippe VIGNERON, *Les paradoxes de la zone euro*, Bruylant, Bruxelles, 2010

[1464] V. supra, n° 587 et s.

s'immisce-t-elle indirectement dans la gestion économique et sociale de ces Etats. Toutefois, loin d'être hors du champ du droit social de l'UE, c'est un nouveau terrain de recherche de droit constitutionnel et de droit social européens, comme le remarque très bien le P[r] Claire Kilpatrick[1465]. Nous préciserons d'abord l'impact de ces mesures sur les droits sociaux nationaux (1), avant d'envisager l'absence d'alliance entre la Cour de justice et les juges nationaux pour protéger les droits sociaux fondamentaux (2).

1. Les incidences des mesures anti-crises sur les droits sociaux

642. Commençons avec une présentation plus précise du cadre juridique des mesures anti-crise (i), avant de voir les mesures adoptées en matière des droits sociaux (ii).

i. Le cadre juridique pour la gestion de la crise économique

643. On peut noter que, avant la crise financière, la gouvernance économique de l'UE était surtout préoccupée par la construction de l'euro-zone à travers une discipline budgétaire assez stricte. Le premier Pacte de stabilité et de croissance, composés de deux règlements[1466], prévoyait les programmes de stabilité à mettre en place (des programmes indiquant les méthodes pour atteindre les cinq objectifs de convergence[1467]) et un mécanisme de correction et de sanction (un dépôt à la Banque centrale européenne ou une amende[1468]) lorsqu'il existe un déficit excessif. Ces règles étaient restées pourtant peu utilisées[1469] et contrairement à ce qui était attendu, il y avait plutôt eu une dérive générale de l'endettement public, encouragée par de taux d'intérêt réel demeurés très bas[1470].L'endettement public n'apparaissant donc pas comme une charge très importante pour les Etats, il n'y avait pas d'encouragement pour la maîtrise des dépenses publiques.

[1465] KILPATRICK, Claire, « Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: A Challenging New Area of Constitutional Inquiry », EUI Working Papers, 2015/34, disponible à http://ssrn.com/abstract=2617171

[1466] Règlement 1466/97 du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, JOCE L 209, 2 août 1997 ; Règlement 1467/97 du 7 juillet 1997, visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JOCE L 209, 2 août 1997.

[1467] V. art. 140, TFUE, qui renvoie en particulier à l'article 126 §6 pour le déficit excessif.

[1468] Art. 126, §11 du TFUE.

[1469] La procédure de déficit excessif rencontrait en particulier des difficultés après la violation de la discipline budgétaire par l'Allemagne et la France. V. à cet égard, CJCE, 13 juillet 2004, Commission c. Conseil, C-27/04, où la Cour devait annuler une décision du Conseil qui voulait suspendre la procédure de déficit excessif à l'encontre de ces deux pays. Cf. CLERC, Olivier et Pascal KAUFFMANN, *L'Union économique et monétaire européenne. Des origines aux crises contemporaines*, Paris, éd. Pedone, 2016, p. 37.

[1470] *Ibid.*, p. 114.

Modifié en 2005 dans un sens encore plus favorable à la flexibilité de la discipline budgétaire (par exemple en raison de la possibilité d'invoquer la stagnation économique pour avoir des délais plus longs de redressement du déficit excessif[1471]), ce Pacte n'a alors pas pu prévenir la tempête de la crise de la dette publique qui frappa d'abord la Grèce. Le besoin d'aide financière était si grand que le cadre initialement fixé par les traités ne semblait plus suffire. Il a donc fallu adopter successivement diverses mesures de renforcement qu'il est possible de classer en deux catégories : d'abord, la création de fonds financiers permettant de renflouer les Etats au bord de la faillite ; ensuite, le renforcement de la discipline budgétaire.

644. Dans la première catégorie, il y eut d'abord des mesures temporaires telles que la création du Mécanisme européen de stabilisation financière (MESF)[1472] et du Fonds européen de stabilisation financière (FESF). Ces deux instruments ont été pérennisés par la création du Mécanisme européen de stabilité (MES) au travers de la signature d'un traité *ad hoc* le 2 février 2012. Mais cette signature n'a été possible qu'après l'adoption d'une décision par le Conseil européen qui a ajouté un paragraphe à l'article 136 du TFUE. Désormais, le troisième paragraphe de cet article prévoit que « [l]es Etats membres dont la monnaie est l'euro peuvent instituer un mécanisme de stabilité qui sera activé si cela est indispensable pour préserver la stabilité de la zone euro dans son ensemble. L'octroi, au titre du mécanisme, de toute assistance financière nécessaire, sera subordonné à une stricte conditionnalité ». La dernière partie de ce paragraphe sonne déjà comme une annonce des mesures d'austérité. En effet, elle poursuit la logique des mécanismes temporaires qui considéraient déjà que « [d]e strictes conditions de politique économique devraient être imposées en cas d'activation [du MESF] afin d'assurer la viabilité des finances publiques de l'État membre bénéficiaire et de rétablir sa capacité de se financer sur les marchés financiers »[1473].

Le Traité MES prévoit également que, lorsque son organe décisionnel (*i. e.* Conseil des gouverneurs composés des ministres des finances des Etats signataires) se prononce en faveur d'une aide financière, il « charge la Commission européenne – en liaison avec la BCE et, lorsque cela est possible, conjointement avec le FMI », d'où la fameuse *Troïka*[1474], « de négocier avec le membre du MES concerné un protocole d'accord définissant précisément la

[1471] *Ibid*., p. 133.
[1472] Règlement 407/2010 du 11 mai 2010, établissant le mécanisme européen de stabilité financière.
[1473] Considérant 7 du règlement 407/2010 précité.
[1474] Remarquons que la formation de cette *Troïka* s'est faite avant ce traité, qui ne fait donc que la consolider.

conditionnalité dont est assortie cette facilité d'assistance financière »[1475]. Si l'on l'analyse en termes juridiques et à partir uniquement des textes des traités, nous pouvons penser qu'il s'agit d'une certaine conciliation entre les exigences des articles 122 et 125 du TFUE, qui prévoient respectivement la solidarité en cas de « graves difficultés » et l'absence de coresponsabilité entre l'Union et les Etats membres en matière de remboursement des dettes publiques. Mais en termes concrets, ces conditionnalités se traduisent par l'établissement de *Memoranda d'entente* (ou protocole d'accord, selon différentes versions) qui imposent des réformes structurelles de l'économie et du modèle social de l'Etat concerné.

645. Dans la deuxième catégorie, on trouve des mesures visant à améliorer la coordination des politiques économiques. Il fallait en particulier consolider le Pacte de stabilité et de croissance, qui est renforcé par le « *six-pack* », qui consiste en cinq règlements et une directive adoptés en 2011[1476], et le « *two-pack* », composé de deux règlements de 2013[1477]. Ces réformes ont non seulement multiplié les indicateurs économiques à prendre en compte[1478], mais ont aussi élaboré des procédures de surveillance plus strictes[1479]. Par ailleurs, il existe désormais un regard d'ensemble sur les mesures de coordination économique et budgétaire, qui se réalise dans le « semestre européen »[1480]. En ce qui nous concerne, on peut noter que ce renforcement de la coordination et de la surveillance permet en réalité une plus grande influence de l'UE sur les politiques économiques et sociales des Etats membres. Le règlement 1175/2011 prévoit que « [a]u cours du semestre européen, afin de délivrer en temps utile un avis cohérent sur les politiques macrobudgétaires et macrostructurelles envisagées, le Conseil, après évaluation de ces programmes sur la base des recommandations de la Commission, transmet en principe des orientations aux États membres (…) » qui devraient être dûment prises en compte par ces derniers[1481]. Par ailleurs, des recommandations élaborées par la Commission et adoptées par le Conseil peuvent aussi être adressées à un Etat membre, lorsqu'il ne respecte pas les grandes orientations des politiques économiques ou la discipline budgétaire. Ces

[1475] Art. 13, §3 du règlement 407/2010.
[1476] Il s'agit des règlements 1173 à 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 et de la directive 2011/85 du Conseil du 8 novembre 2011. Nous ne reproduisons pas ici leurs titres.
[1477] Il s'agit des règlements 472/2013 et 473/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013.
[1478] V. par exemple, le règlement 1176/2011, considérant 11 et art. 3 et 4.
[1479] V. en particulier le règlement 472/2013.
[1480] La proposition concernant le semestre européen existe déjà dans le rapport Sapir de 2004. Mais la pratique n'a commencé qu'en 2011 sur la base d'une décision du 7 septembre 2010. Désormais, elle est prévue par le règlement 1175/2011. V. CLERC, Olivier et Pascal KAUFFMANN, *op. cit.*, p. 189 ; DONY, Marianne, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2014, p. 518.
[1481] Art. 2 bis, §3.

recommandations ne sont pas directement contraignantes. Mais leur violation pourrait déclencher des procédures correctives pouvant aboutir à des sanctions financières prévues par le « *six-pack* »[1482]. C'est dire que ces mesures sont loin d'être une sorte de « *soft law* ».

Entre les deux « *packs* », nous pouvons encore signaler la signature du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (appelé aussi le Pacte budgétaire européen) du 2 mars 2012 qui prévoit une discipline budgétaire encore plus stricte[1483]. Ce traité est particulièrement illustratif de l'actuelle gouvernance économique dans l'UE. Tout d'abord, introduisant la « règle d'or » budgétaire (art.3, §1), il impose une obligation aux Etats signataires de faire en sorte que cette règle « [prenne] effet dans le droit national des parties contractantes au plus tard un an après l'entrée en vigueur du présent traité, au moyen de dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles, ou dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires nationaux sont garantis de quelque autre façon. » (art. 3, §2) La contrainte budgétaire, bien que d'origine internationale, devrait prendre alors le chemin de la constitutionnalisation[1484]. Ensuite, ne faisant pas partie du droit de l'Union en tant que tel, il entretient des relations étroites avec ce dernier, dans la mesure où il est interprété conformément à ce droit et doit lui rester compatible (art. 2). Autrement dit, ces mesures de gouvernance économique ne sont pas directement rattachées au droit de l'UE, mais exercent une très forte influence sur la politique économique et sociale des Etats membres de l'Union. Il est parfois proposé de qualifier cette méthode comme une méthode semi-intergouvernementale[1485]. Les incidences sur les droits sociaux sont multiples.

ii. Un cadre transformant des modèles sociaux en Europe

646. Il ne faut pas oublier que, tout d'abord, il y a d'importantes incidences sur le droit social de l'UE lui-même. Cet impact n'est pas aussi visible que l'impact sur les droits nationaux, mais il est certainement tout aussi profond. On pourrait le qualifier d'ordre constitutionnel. Commençons par une remarque simple : nous savons que l'adoption de la notion de « l'économie sociale de marché » dans le traité constitutionnel (art. I-3, §3, aujourd'hui art. 3

[1482] Les sanctions sont prévues par les règlements 1173 et 1174/2011. V. aussi, CLERC, Olivier et Pascal KAUFFMANN, *op. cit.*, p. 204.
[1483] La limite du déficit budgétaire est à nouveau revue à la baisse : au lieu de 3% du PIB, le niveau de référence est fixé à 0,5% du PIB. V. article 3, §1.
[1484] ADAMS, Maurice, Federico FABBRINI, and Pierre LAROUCHE (ed.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, Hart Publishing, 2014.
[1485] KEPPENNE, Paul, « Institutional Report », *in The Economic and Monetary Union* (2014), p.203, cité par LENAERTS, Koen, « EMU and the EU's constitutional framework », *E. L. Rev.* 2014, pp. 753-769, spéc., p. 757.

TUE) est le fruit d'un difficile combat politique[1486]. La partie sur la politique économique et monétaire dans le TFUE reprend toutefois seulement la notion de « l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre » (notamment les articles 119 et 120, TFUE). C'est le premier indice du déséquilibre que l'UE est en train de réaliser : s'appuyant exclusivement sur la compétence économique et monétaire de l'UE, les mesures anti-crise n'obéissent qu'à la logique primordiale de la réduction des déficits publics. La dimension sociale brille alors par son absence. Le seul bémol pourrait sans doute être représenté par l'adoption du « Pacte pour la croissance et l'emploi » par le Conseil européen les 28 et 29 juin 2012. Toutefois, non seulement l'efficacité de ce pacte est douteuse, mais son contenu paraît tout aussi insuffisant. En effet, il ne prévoit aucun mécanisme de correction ou de sanction efficace et les moyens financiers paraissent aussi « insignifiants »[1487] (120 milliards d'euros sur cinq ans comparés aux économies budgétaires prévues pour la même période qui devaient atteindre 240 milliards d'euros par an).

Quant au contenu du Pacte[1488], on ne peut qu'être frappé par une certaine soumission de la question sociale à la politique économique. S'il convient de réduire le chômage et des conséquences sociales de la crise (§2), d) du Pacte), c'est parce que ce sont des conditions indispensables pour relancer la croissance en Europe, elle-même nécessaire pour garantir la stabilité budgétaire. C'est pourquoi l'ensemble du Pacte reste dominé par la préoccupation de l'assainissement budgétaire (§1, §2, a) du Pacte). En tout cas, à travers ce déséquilibre entre les volets budgétaire et social des mesures anti-crises, nous voulons souligner qu'il peut désormais y avoir une forte propension au sein de l'UE elle-même à privilégier l'aspect économique. Comme plusieurs auteurs l'ont déjà remarqué, « *[w]hile there is, as one would expect, disagreement about practically every aspect of the strategy adopted by the Union, one policy response in particular – the austerity drive – has been promoted to an almost constitutional status* »[1489]. Cette transformation est non seulement fondamentale pour le développement du droit social de l'UE, mais touche directement à la légitimité même de son action. Car en dépolitisant la question sociale dans l'UE par des « règles d'or » sur le plan économique[1490],

[1486] DUHAMEL, Olivier, *Pour l'Europe*, Paris, Seuil, 2003, p. 159.
[1487] CLERC, Olivier et Pascal KAUFFMANN, *op. cit.*, p. 188.
[1488] V. une présentation succincte : ZARKA, Jean-Claude, « Union européenne : pacte de croissance adopté les 28 et 29 juin 2012 », *D.* 2012, p. 1740.
[1489] DAWSON, Mark, et Floris de WITTE, « Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis », *Modern Law Review,* 2013, pp. 817-844, spéc., p. 826.
[1490] WITTE, Floris de, « EU Law, Politics, and the Social Question », *German Law Journal*, 2013, pp. 581-611.

l'UE promeut en réalité une idéologie sous-jacente qui serait en contradiction avec « l'économie sociale de marché »[1491].

647. Ensuite, une deuxième catégorie d'incidences concerne les modèles sociaux des Etats membres. Nous avons déjà mentionné précédemment que deux instruments sont aujourd'hui mis au service de la restructuration des économies des Etats membres : d'un côté, il y a des recommandations spécifiques par Etat, soit dans le cadre du semestre européen, soit lorsqu'il y a une divergence entre une économie nationale et les orientations de l'UE et la discipline budgétaire ; de l'autre, lorsqu'un Etat souhaite bénéficier de l'aide financière garantie par le Mécanisme européen de stabilité, il doit signer un accord, appelé *memorandum d'entente*, avec la *Troïka* composée de la Commission européenne, la BCE et le FMI. Dans la pratique, cette surveillance, voire coercition, européenne s'est transformée en des programmes de dérégulation du marché du travail[1492]. Les domaines souvent évoqués sont le salaire minimum, les pensions de retraite, le temps de travail, et les règles de licenciement. Quelques exemples suffisent pour démontrer l'impact profond de ces instruments sur les droits sociaux des Etats membres. Nous verrons ainsi successivement des exemples de « recommandations » et de « *memoranda d'entente* », nous réservant de justifier la pertinence de ce choix au fur et à mesure de l'exposition.

Pour les recommandations, nous avons choisi les recommandations adressées à l'Allemagne et à la France. Ces deux pays, qui ont souvent fourni le cadre de réflexion pour notre étude, sont relativement épargnés des impacts directs de la crise de la dette souveraine. Néanmoins, leurs situations de finances publiques ne sont pas les mêmes : l'Allemagne est dans le volet préventif du Pacte de stabilité et de croissance[1493], ce qui signifie qu'elle connaît actuellement une situation normale d'équilibre budgétaire, alors que la France est placée dans le volet correctif[1494]. Or, l'on peut constater qu'il existe dans un cas comme dans l'autre des propositions sur des questions centrales pour le droit social de l'Etat en cause. Pour l'Allemagne, soulignant le taux de chômage très bas, la Commission recommande d'ajuster les

---

[1491] NEERGAAD, Ulla, « 'When Poverty Comes in at the Door, Love Flies out the Window'. The Influence of Eurozone Reforms upon the Social Dimension of the EU – and Vice Versa? », *European Labour Law Journal*, 2016, n°2, pp. 168-204.
[1492] BARNARD, Catherine, et Geert de BAARE, «Towards a European Social Union. Achievements and Possibilities under the Current EU Constitutional Framework », Euroforum KU Leuven Policy Papers, 2014, disponible à http://www.kuleuven.be/euroforum/page.php?LAN=E&FILE=policy-papers spéc., p. 23.
[1493] Commission européenne, COM(2016) 326 final du 18 mai 2016, 5e considérant.
[1494] Commission européenne, COM(2016) 330 final du 18 mai 2016, 5e considérant.

incitations pour que le départ à la retraite soit retardé. Quant à la France, la Commission constate les déséquilibres macroéconomiques persistants malgré les réformes engagées et recommande donc à celle-ci de « veiller à ce que les réductions du coût du travail soient pérennisées et que les évolutions du salaire minimum soient compatibles avec la création d'emplois et la compétitivité ; réformer le droit du travail pour inciter davantage les employeurs à embaucher en contrats à durée indéterminée. » (2e recommandation) Outre la question du coût du travail, la Commission note en particulier que les employeurs n'ont que peu de possibilités pour déroger aux accords de branche. (11e considérant) La flexibilisation du marché du travail passe alors aussi par l'aménagement de l'autonomie collective.

648. Quant aux *memoranda d'entente*, on peut citer les cas de la Grèce et du Portugal, non seulement en raison de l'ampleur de ces plans d'austérité, mais aussi parce qu'ils ont donné lieu à des décisions de justice emblématiques qui seront étudiées plus tard. Dans le cas hellénique, le pays en est à son troisième *Memorandum* depuis août 2015, après un début d'été chaotique marqué par le résultat référendaire négatif à l'égard de ce troisième plan d'aide[1495] et par l'acceptation du plan par le gouvernement à l'encontre du référendum[1496]. Ce dernier *Memorandum*[1497], établi dans le cadre désormais bien bâti de la nouvelle gouvernance économique dans l'UE, prévoit quatre types de mesures : des mesures fiscales et d'assurance sociale directement liées aux dépenses publiques, des mesures de recapitalisation bancaire assurant la stabilité financière, la réforme du marché du travail et du marché des biens améliorant la compétitivité et la croissance, et la modernisation de l'administration publique. Dans le domaine social, on peut remarquer que le *Memorandum* prévoit des mesures très concrètes concernant l'âge pour obtenir la pension minimale de retraite (67 ans), la suspension de certains avantages, le calcul des pensions, la réforme des institutions de la sécurité sociale[1498], l'assurance maladie[1499] et la protection minimale des personnes vulnérables[1500].

Arrêtons-nous un moment sur ce point avant d'arriver à la réforme du marché du travail. Les auteurs de ce troisième *Memorandum* ont bien pris conscience des conséquences très graves

---

[1495] Référendum du 5 juillet 2015, v. CHATZISTAFAVROU, Filippa, « En Grèce, la démocratie et l'austérité l'ont toutes deux emporté », *Le Monde*, 7 juillet 2015, p. 18.
[1496] Déclaration du sommet de la zone euro, Bruxelles, le 12 juillet 2015.
[1497] Une version anglaise est disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/index_en.html.
[1498] Pour ces sujets, v. la section 2.5.1. du *Memorandum* précité.
[1499] *Ibid.*, section 2.5.2.
[1500] *Ibid.*, section 2.5.3.

des mesures d'austérité sur la protection sociale. Néanmoins, la prise en considération de l'aspect social semble relever plutôt d'une certaine nécessité, assez urgente par ailleurs, de protéger les personnes en danger. Il n'y a pas de mention du respect des droits sociaux fondamentaux des personnes. Le droit semble relativement étranger de cette question. La section sur la réforme du marché du travail[1501] semble plus équilibrée, car le *Memorandum* précise que les fondements de ces réformes se situeront dans la flexibilité, l'équité entre l'employeur et les salariés, la lutte contre le chômage, la croissance soutenable et inclusive et la justice sociale. Mais les mesures concrètes ne sont pas nécessairement aussi équilibrées. Une forte préférence pour la flexibilité caractérise aussi bien la réforme du droit de la négociation collective que les changements du niveau de salaire[1502]. Vu dans son ensemble, on a pu écrire que « *[a]ltogether, the deal reached in this Greek case study may be characterised as being satisfactory to neo-liberal hardliners, but not to those more in favour of something in the direction of a social market economy* »[1503].

649. La crise s'étant propagée ensuite dans plusieurs pays de la zone euro dont le Portugal[1504], ce dernier fut également contraint de demander l'aide financière à la Troïka en 2011. Les *memoranda* conclus avec le Portugal[1505] ont été bien résumés par le P[r] A. Monteiro Fernandes[1506]. L'auteur souligne qu'ils ont un impact direct sur les règles de rupture du contrat de travail, le temps de travail, le niveau de salaire et les négociations collectives. Nous pouvons ajouter que le programme d'économie budgétaire a naturellement imposé des réductions des pensions de retraite et des prestations d'assurance maladie[1507]. En tout cas, nous retrouvons l'orientation générale de la politique économique de l'UE qui est la limitation de l'intervention étatique et la recherche de la compétitivité par la dérégulation du marché du travail[1508].

[1501] *Ibid.*, section 4.1.
[1502] Dans ce troisième *Memorandum*, les mesures ne sont pas si clairement décrites. Il convient alors de se référer aussi à ce qui est réalisé par les deux plans d'aide précédents.
[1503] NEERGAAD, Ulla, *op. cit.*, p. 195.
[1504] CLERC, Olivier et Pascal KAUFFMANN, *op. cit.*, p. 176 et s.
[1505] V. en particulier le programme d'ajustement économique, disponible à http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/portugal/index_en.htm.
[1506] MONTEIRO FERNANDES, Antonio, « Regressive Labor Legislation – The Magic Potion for All Crises: The Case of Portugal », *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2014, pp. 397-412.
[1507] V. Mémorandum d'entente sur la conditionnalité spécifique de la politique économique (Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality), 1.11. et suivants ; 3.50 et suivants.
[1508] MONTEIRO FERNANDES, Antonio, *op. cit.*, p. 410.

Notre étude ne vise pas à apprécier les effets économiques de ces mesures qui semblent aujourd'hui critiquées par le FMI lui-même[1509]. Mais d'un point de vue juridique, nous remarquons immédiatement que ces mesures entretiennent une relation ambiguë avec le droit de l'UE. Tout en étant conçues par l'Union et pour l'Union (du moins pour la zone euro), elles ne prennent pas toujours la forme d'un règlement ou d'une directive (pensons à ces *memoranda* et au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance). C'est pourquoi elles contournent même les limites de la compétence de l'UE en matière sociale. Rappelons que l'article 153, §5 du TFUE exclut explicitement les rémunérations, le droit d'association, le droit de grève et le droit de lock-out de la compétence de l'UE en matière sociale. Or nous avons bien vu que de nombreuses mesures portent directement sur le niveau de rémunération. Face à cette situation, les travailleurs seraient-ils en mesure d'invoquer les droits sociaux fondamentaux de l'UE ou de leur propre Etat pour limiter ces impacts ?

2. Une alliance manquée entre les juges en temps de crise économique

650. Face à ces mesures d'urgence, la Cour de justice paraît tout à fait réticente à juger ce genre de situations au regard des droits sociaux fondamentaux de l'UE (i), ce qui fait que les juges nationaux ont joué un rôle fondamental (ii).

i. Refus de la Cour de justice d'apprécier les mesures issues des plans d'austérité

651. Dans un cas emblématique relatif au Portugal[1510], plusieurs syndicats et un employé du secteur bancaire portugais ont contesté la conformité de la baisse des rémunérations dans la fonction publique au regard des articles 20, 21 (§1) et 31 (§1) de la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui prévoient respectivement l'égalité en droit, l'interdiction des discriminations et le droit à des conditions de travail dignes. Cette réduction était prévue par la loi n° 55-A/2010 qui était la loi de finances pour 2011 (*Lei n° 55-A/2010, Lei do Orçamento de Estado para 2011*) (v. §1 de l'arrêt). Cette loi budgétaire, de même que celles pour les années 2012, 2013, et 2014, servait de l'instrument national pour la mise en place des mesures d'ajustement économique[1511]. Elles ont été toutes contestées aussi devant la Cour

[1509] V. les experts du FMI : OBSTFELD, Maurice, et Poul M. THOMSON, « Le FMI ne demande pas plus d'austérité à la Grèce », note publiée le 12 décembre 2016 sur le site du FMI : https://www.imf.org/external/french/np/blog/2016/121216f.htm.
[1510] CJUE, 7 mars 2013, *Sindicato dos Bancarios do Norte et al.*, C-128/12.
[1511] GUERRA MARTINS, Ana Maria, « La jurisprudence constitutionnelle portugaise sur la crise de la dette publique, vue de l'intérieur », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *op. cit.*, p. 35.

constitutionnelle portugaise[1512]. Dans le cas d'espèce, la juridiction de renvoi posa à la Cour de justice toute une série de questions concernant une éventuelle discrimination fondée sur la nature publique de l'emploi et la dignité des travailleurs face à une réduction de salaire imposée. La Cour de justice se déclara rapidement incompétente au bout d'un raisonnement assez précipité. Selon cette dernière, les exigences issues de la protection des droits fondamentaux de l'UE ne lient les Etats membres que « dans tous les cas où ils sont appelés à appliquer le droit de l'Union » (§10) et elle cite l'article 51 de la Charte à l'appui. Elle constate ensuite que la juridiction de renvoi n'explique pas en quoi cette loi de finances met en œuvre le droit de l'UE et se considère donc comme manifestement incompétente. L'article 53 §2 du règlement de procédure de la Cour de justice prévoit en effet que, lorsqu'elle est manifestement incompétente, la Cour peut clôturer la procédure par ordonnance motivée, après avoir entendu l'avocat général.

Les motifs de la Cour ici peuvent être interprétés diversement : tout d'abord, on peut penser que la Cour constate seulement que la juridiction de renvoi n'a pas donné assez d'éléments pour montrer le lien avec le droit de l'UE ; ensuite, à supposer que la Cour n'ignore pas le lien entre la loi budgétaire et le *memorandum d'entente* pour des raisons purement procédurales, on serait alors tenté de penser que la Cour se déclare alors incompétente pour contrôler les mesures imposées par la *Troïka*. La rédaction de l'arrêt laisse penser que la première interprétation serait possible. Autrement dit, la Cour de justice se serait contentée d'examiner les éléments transmis par le juge *a quo*. Par conséquent, l'invocation seule des dispositions de la Charte ne permet pas de donner la compétence à la Cour. Or la suite de ce renvoi accrédite plutôt la deuxième interprétation. Car, invitée par la Cour de justice à se prononcer sur le maintien ou non de son renvoi préjudiciel dans une autre affaire similaire, la même juridiction portugaise a reformulé sa demande à propos de la loi de finances pour 2012[1513]. Cette fois-ci, l'argumentation de la Cour a légèrement varié pour aboutir à la même conclusion. En plus de l'analogie avec la loi de finances pour 2011, la Cour de justice a mis plus accent sur les compétences de l'UE. Elle souligne que « [d]ans le cadre d'un renvoi préjudiciel au titre de l'article 267 TFUE, la Cour peut uniquement interpréter le droit de l'Union dans les limites des compétences attribuées à l'Union européenne » (§18). Ce faisant, la Cour montre donc que son refus se fonde sur la nature et le domaine même des mesures

[1512] V. infra, n° 655.
[1513] CJUE, 26 juin 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, C-264/12.

contestées, et non sur l'insuffisance du renvoi préjudiciel. En réitérant ce raisonnement[1514], la Cour semble définitivement refuser le contrôle des mesures d'austérité mises en œuvre par des instruments nationaux. Or, il nous semble que la Cour répète ici un raisonnement erroné confondant le champ des compétences de l'UE et le champ d'application de la Charte. Ce raisonnement est mieux exposé dans l'arrêt *Pringle* concernant la conformité au droit de l'UE de la création du Mécanisme européen de stabilité. Mais avant de passer à cette affaire, remarquons aussi que le refus d'applicabilité de la Charte ne se limite pas à des réductions des dépenses publiques. C'est aussi le cas de la flexibilisation du marché du travail. Comme l'arrêt *Nisttahuz*[1515] nous le montre, la création en Espagne d'un « contrat à durée indéterminée de soutien aux employeurs » qui prévoit une période d'essai d'un an ne saurait être contrôlée au regard de l'article 30 de la Charte (protection en cas de licenciement injustifié), bien qu'elle concoure à l'objectif en matière d'emploi (art. 151, TFUE) et soit aussi susceptible d'être financée par des fonds structurels de l'UE.

652. En effet, l'affaire *Pringle*[1516] est plus ancienne que l'ordonnance sur la loi de finances portugaise. Après la signature du traité sur le MES, un député irlandais, Thomas Pringle, a intenté une action visant à faire déclarer l'illégalité du MES pour modification illégale du TFUE, atteinte à la compétence de l'UE et violation de la Charte des droits fondamentaux. On peut commencer avec ce dernier grief qui nous intéresse en particulier. L'argument de M. Pringle est que, si le MES est institué en dehors du droit de l'UE, il contourne le champ d'application de la Charte et porte donc atteinte au droit à la protection juridictionnelle effective (§178). Dans les conclusions de l'avocat général Kokott[1517], on voit encore plus clairement que la principale inquiétude est que « les conditions auxquelles [le MES] peut octroyer un soutien à la stabilité sont susceptibles d'avoir une incidence sur les droits sociaux garantis par le titre IV de la Charte des droits fondamentaux. Or, seuls les États membres seraient recevables à saisir la Cour » (§192 des Conclusions). Il y aurait alors une insuffisante protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Pour rejeter ce grief, la Cour a à nouveau employé le raisonnement suivant : la Cour interprète le droit de l'UE en tenant compte de la Charte qui n'attribue aucune nouvelle compétence à l'UE (§179) ; or, l'institution du MES ne relève pas

[1514] Avec une troisième ordonnance, CJUE, 21 octobre 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, C-665/13.
[1515] CJUE, 5 février 2015, *Nisttahuz Poclava*, C-117/14, *RTD eur.* 2015, p. 453, obs. S. Robin-Olivier. Donnons néanmoins raison au juge lorsqu'il retient qu'en l'occurrence la Charte ne saurait trouver application en vertu de la directive 1999/70 qui régit plutôt le contrat à durée déterminée.
[1516] CJUE, 27 décembre 2012, Pringle, C-370/12.
[1517] Conclusions présentées le 26 octobre 2012.

de la compétence de l'UE (§180) ; en conséquence, il n'y a pas lieu d'apprécier le MES au regard de la Charte. (§181) On voit alors bien que la Cour n'a fait que reconnaître le scénario imaginé par M. Pringle. Cependant, si M. Pringle le soulève pour souligner le contournement du droit de l'UE, la Cour le souligne pour déclarer son incompétence. Le Pr Francesco Martucci a aussi très bien souligné le sophisme dans le raisonnement de la Cour[1518] : certes, la Charte n'étend pas la compétence de l'UE, mais la Cour confond ici le champ d'application de la Charte et le champ des compétences attribuées à l'UE. Le premier champ correspond en réalité au champ d'application du droit de l'UE. Or, « le dispositif de l'arrêt *Pringle* (…) montre à suffisance (…) qu'en mettant en œuvre le traité MES, les États membres se trouvent bien dans le champ d'application du droit de l'Union, eu égard aux recoupements matériels inéluctables entre la conditionnalité mise en place par le MES et les actes de coordination des politiques économiques et de discipline budgétaire adoptés par les institutions de l'Union »[1519]. En effet, la Cour de justice a examiné elle-même dans la première partie de son arrêt la décision 2011/199 du Conseil qui a modifié l'article 136 du TFUE pour permettre la création du MES. L'avocat général n'est pas entrée dans ce jeu d'applicabilité de la Charte. Elle a proposé de considérer que le système de renvoi préjudiciel permet déjà d'assurer une protection juridictionnelle effective. (§194 des Conclusions) Le juge Lenaerts est aussi beaucoup plus nuancé sur l'applicabilité de la Charte face à ces mesures[1520]. Il mentionne en particulier que le règlement 472/2013 issu du « *two-pack* » prévoit à son article 1er, §4 que « [d]ans le cadre de l'application du présent règlement et des recommandations adoptées en vertu de celui-ci, le Conseil, la Commission et les États membres tiennent compte des règles et pratique nationales et de l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [i. e. le droit de négociation et d'action collectives] ». Avec le recul, surtout si l'on relit l'arrêt *Pringle* en parallèle avec l'ordonnance *Sindicato dos Bancarios do Norte*, on peut dire que, en raison de l'interprétation très restrictive du champ d'application de la Charte, il y aura difficilement une protection juridictionnelle suffisante.

653. Même dans le cas où une telle action serait admise, l'on pourrait faire face à de nouvelles difficultés résultant de la contradiction entre les règles de l'UE et les mesures anti-

[1518] « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle* », *RTD eur.* 2013, p. 239.
[1519] *Ibid.*, p. 265.
[1520] LENAERTS, Koen, « EMU and the EU's constitutional framework », *E. L. Rev.* 2014, pp. 753-769, spéc., 759.

crise. La question du temps de travail des médecins en Grèce a donné un exemple frappant[1521]. Il est vrai que la réglementation grecque dans sa version avant la crise était déjà peu compatible avec la directive 2003/88[1522]. L'arrivée de la crise a cependant aggravé le manque des moyens dans les hôpitaux publics grecs et les médecins grecs étaient alors contraints d'effectuer leur travail bien au-delà des limites fixées par la directive 2003/88 : la durée hebdomadaire de travail pouvait varier entre 53 et 64 heures, loin devant les 48 heures prévues par l'article 6 de la directive ; rien n'empêchait non plus qu'un médecin puisse travailler 32 heures d'affilé dans certaines configurations, sans pouvoir bénéficier donc des 11 heures de repos journalier minimal prévues par l'article 3 de la directive[1523]. Certaines associations de médecins s'en sont plaintes auprès de la Commission, qui a ensuite introduit un recours en manquement contre la Grèce. Il est tout à fait frappant de voir qu'en matière de durée hebdomadaire de travail, « [l]a République hellénique ne conteste pas le manquement reproché. Elle fait toutefois valoir que la prolongation des mesures transitoires s'expliquerait par « le manque de ressources financières pour embaucher du personnel médical supplémentaire dans le secteur public de la santé et la nécessité pour le ministère compétent de s'assurer que l'État continuerait de dispenser des soins médicaux, pharmaceutiques et d'hospitalisation » (§21). La Cour applique alors sa jurisprudence bien établie en matière de temps de travail et considère que l'on est en présence des règles de droit social de l'UE « revêtant une importance particulière » en raison de leur fonction « d'assurer la protection de [la] santé et de [la] sécurité » des travailleurs (§34, v. aussi §51). Il est vrai que la Cour n'invoque toujours pas l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux sur les conditions de travail dignes. Mais cet arrêt a souligné que la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs constitue bien un principe général dans le droit de l'UE. (§53) On est donc tout à fait proche d'un raisonnement fondé sur la protection des droits sociaux fondamentaux et il n'a pas été très difficile pour la Cour de constater le manquement de la Grèce. Mais ce jugement demande au gouvernement grec presque une réponse magique, car il s'agit bien d'avoir à la fois le beurre et l'argent du beurre. Le P[r] Supiot y voit donc une « schizophrénie dans laquelle ces politiques de casse sociale plongent aujourd'hui l'Union européenne »[1524]. En tout cas, face à la réticence de la Cour de justice, les juges nationaux ont joué un rôle de premier rang en temps de crise.

[1521] CJUE, 23 décembre 2015, Commission contre Grèce, C-180/14.
[1522] Il s'agit notamment du décret présidentiel 76/2005, cité dans l'arrêt Commission contre Grèce, §10.
[1523] V. l'arrêt précité, respectivement §26 et §69.
[1524] SUPIOT, Alain, « Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des droits sociaux en Europe*, *op. cit.*, p. 6.

ii. Actions des juges constitutionnels nationaux en temps de crise

654. Nous n'entrons pas ici dans les détails des jurisprudences nationales qui sont intéressantes pour montrer le devenir des mesures d'austérité, mais qui sont trop volumineuses pour notre étude. Nous choisissons alors de toujours réfléchir à partir de l'incidence de ces jurisprudences nationales en matière de droits sociaux fondamentaux sur le droit de l'UE. Deux remarques nous semblent mériter d'être soulignées :

655. Tout d'abord, la possibilité de plus en plus reconnue de la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux peut contribuer à renforcer l'idée d'indivisibilité des droits en Europe. Partant, pour que l'« ouverture mutuelle » puisse être maintenue, la Cour de justice serait aussi obligée de renforcer constamment l'égale attention à tous les droits fondamentaux. En effet, on a constaté que presque tous les pays touchés par la crise ou par les mesures d'austérité de la *Troïka* ont connu une jurisprudence constitutionnelle sur les droits sociaux fondamentaux[1525]. Il reste que les juges qui osaient aller à l'encontre des *memoranda* ont subi une pression exceptionnelle en termes d'activisme judiciaire. C'est le cas en particulier du juge constitutionnel portugais, non seulement parce qu'il a déclaré inconstitutionnelles[1526] la réduction des rémunérations des employés publics prévue par la loi de finances pour 2012[1527], une autre réduction similaire prévue par décret pour la période entre 2016 et 2018[1528], la réduction de la retraite dans le secteur public[1529], et certaines mesures sur la flexibilisation du marché du travail[1530]. C'est aussi parce qu'il a donné une pleine effectivité aux droits sociaux, en retenant des aspects positifs (imposant, surtout au législateur, une obligation de faire) et négatifs (imposant alors une obligation de ne pas faire) de ces droits[1531].

656. Ensuite, au-delà de la reconnaissance de la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux, se pose alors la question du niveau de protection de ces droits. La revue des cas nationaux impose cette fois-ci la prudence, car la diversité s'impose encore largement sur la scène européenne. En premier lieu, la « déclaration des droits sociaux » reste encore assez

---

[1525] ROMAN, Diane, « La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, pp. 63-75, spéc., pp. 72-73, où les cas letton, roumain, grec, italien, espagnol et portugais sont mentionnés.
[1526] Pour la présentation détaillée de ce panorama, v. GUERRA MARTINS, Ana Maria, *op. cit.*, pp. 35-39.
[1527] Cour constitutionnelle portugaise, Décision n°353/12 du 3 juillet 2012.
[1528] Cour constitutionnelle portugaise, Décision n°574/14 du 14 août 2014.
[1529] Cour constitutionnelle portugaise, Décision n°862/13 du 19 décembre 2013.
[1530] Cour constitutionnelle portugaise, Décision n°602/13 du 20 septembre 2013.
[1531] MOREIRA, Vital, « Droits sociaux constitutionnels sous pression : leçons de l'expérience portugaise », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des sociaux en Europe*, *op. cit.*, pp. 45-53.

hétérogène aujourd'hui dans les Etats membres de l'UE : on peut passer de la simple mention du principe de l'Etat social[1532] à de longs catalogues de droits sociaux[1533]. Il est parfois proposé de distinguer les traditions nationales qui se réfèrent davantage à l'Etat providence[1534] de celles qui tendent à donner des descriptions précises des droits sociaux[1535]. Par ailleurs, le contenu de la justiciabilité (ou de l'effectivité) des droits sociaux fondamentaux peut aussi varier largement. A titre d'exemple, la Constitution espagnole fait une distinction entre « droits fondamentaux et libertés publiques » (art. 14-29), les « droits et devoirs des citoyens » (art. 30-38) et les « principes directeurs de la politique sociale et économique » (art. 39-52). L'article 53 de la Constitution précise que la première catégorie (où l'on trouve la liberté syndicale et le droit de grève à l'article 28) est protégée par le fameux recours « *de amparo* », c'est-à-dire un recours individuel devant la Cour constitutionnelle espagnole pour garantir des droits subjectifs constitutionnels, la deuxième catégorie (de même que la première) lie les pouvoirs publics qui doivent respecter leur contenu essentiel, et la dernière catégorie n'est invocable devant les juges qu'en lien avec des dispositions législatives qui les appliquent[1536]. Plusieurs décisions récentes relatives à la réforme de 2012 adoptant des « mesures urgentes pour la réforme du marché du travail »[1537] ont alors mobilisé seulement la protection du contenu essentiel. Un tel système semble bien unique en Europe et nous appelle à ne pas négliger les particularités nationales, qui sont probablement discutables, mais doivent avant tout être reconnues comme telles.

657. Au demeurant, il ne faut pas non plus désespérer de cette diversité, car des valeurs communes apparaissent dans l'ensemble des ordres juridiques des Etats membres et sont reflétées aussi par le droit de l'UE, en particulier dans la Charte des droits fondamentaux. Le juge Lenaerts parle à cet égard de « consensus constitutionnel »[1538]. Selon lui, le droit de l'UE (primaire et dérivé) reflète ce consensus et conduit à l'application du niveau européen de la

---

[1532] V. art. 20 de la Loi fondamentale allemande.
[1533] V. Chapitre II du premier Titre de la Constitution espagnole ; Titre III de la première Partie de la Constitution portugaise.
[1534] Cela pourrait plus ou moins regrouper les pays scandinaves, à des Etats fédéraux (comme l'Allemagne ou la Suisse), au Royaume-Uni et aux pays de l'Europe de l'Est. V. supra, n° 7 et MARZO, Claire, « La protection des droits sociaux dans les pays européens », *R. I. D. C*. 2011, pp. 203-224, spéc., p. 207.
[1535] Comme l'Espagne, l'Italie et le Portugal, *Ibid.*, p. 209.
[1536] BLAS LOPEZ, Maria Esther, « Les droits sociaux en Espagne », *R. I. D. C* 2011, pp. 275-293, spéc., p. 283 ; VALDES, Dal-RE, Fernando, « La protection des droits sociaux vue d'Espagne », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des sociaux en Europe*, *op. cit.*, pp. 63-64.
[1537] Il s'agit du Royal Décret-loi 2/2012 du 10 février 2012, repris par la loi 3/2012 du 6 juillet 2012. V. SALCEDO BELTRAN, Carmen, « La réforme du marché du travail en Espagne. Contrôle de conventionnalité et Charte sociale européenne », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des sociaux en Europe*, *op. cit.*, pp. 57-62.
[1538] LENAERTS, Koen, « EU Values and Constitutional Pluralism : The EU System of Fundamental Rights Protection », XXXIV Polish Yearbook of International Law, 2014, pp. 135-160, spéc., p. 143.

protection des droits fondamentaux. Là où il n'y a pas de normes européennes, les Etats membres retrouvent leur diversité. Tout en soutenant l'idée du « consensus », nous pensons que cette approche reste encore largement restrictive et n'évite pas les problèmes que l'on a évoqués à propos de l'applicabilité de la Charte. Le droit comparé réalisé à travers la revue des jurisprudences nationales devrait pouvoir constituer aussi une source importante de consensus européen.

Par ailleurs, ce consensus ne se limite pas seulement aux relations entre l'UE et ses Etats membres, mais concerne aussi d'autres ordres juridiques, en particulier le Conseil de l'Europe.

Section 2 : L'UE et le Conseil de l'Europe

658. Puisque les Etats membres de l'UE constituent à eux seuls la majorité des membres du Conseil de l'Europe, ces deux ordres juridiques entretiennent des rapports plus qu'étroits. En même temps, au regard de leur position supranationale, des exigences normatives contradictoires venant de leur part mettraient les Etats européens dans l'impossibilité factuelle de respecter leurs engagements internationaux. C'est pourquoi l'harmonisation de la protection des droits fondamentaux entre ces deux ordres juridiques revêt une importance particulière. Comme la Recommandation 2027(2013) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le souligne, il y a lieu de s'inquiéter « de ce que l'accélération donnée à l'expansion des activités menées par l'Union européenne dans le domaine des droits de l'homme pourrait amener à dédoubler inutilement les travaux du Conseil de l'Europe »[1539]. Pire encore, la vraie crainte serait que « [l]es normes communes à l'ensemble de l'Europe et le niveau de protection établi par les instruments juridiques du Conseil de l'Europe [soient] compromis ou sapés par les Etats membres du Conseil de l'Europe ou par l'Union européenne ».

[1539] Recommandation 2027 (2013) adoptée par l'Assemblée le 3 octobre 2013, « Programmes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme: des synergies, pas des doubles emplois », disponible à http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=20225&lang=fr Ce n'est pas la première fois que l'Assemblée parlementaire exprime ses inquiétudes face à la division du système de protection des droits fondamentaux en Europe : v. par exemple, depuis l'adoption du Traité de Lisbonne, les Résolution 1756 (2010) et Recommandation 1935 (2010) sur la nécessité d'éviter la duplication des travaux du Conseil de l'Europe par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, et les Résolution 1836 (2011) et Recommandation 1982 (2011) sur l'impact du Traité de Lisbonne sur le Conseil de l'Europe, rappelées par la présente Recommandation elle-même.

Tel qu'on l'a vu dans la section précédente, la récente crise économique est une nouvelle preuve de la réalité de cette crainte en matière sociale. Or, les droits sociaux et économiques sont aussi protégés par le droit du Conseil de l'Europe, notamment par la Convention européenne des droits de l'homme (§1) d'une part, et la Charte sociale européenne (§2), d'autre part.

§1. L'UE et la Convention européenne des droits de l'homme

659. La littérature en la matière est extrêmement vaste[1540], doublée d'ailleurs par les écrits sur l'adhésion de l'UE à la Conv. EDH. Toutefois, si des études sur la protection des droits sociaux dans chacun de ces ordres juridiques commencent à se multiplier, rares sont celles qui les mettent en parallèle. Nous tenterons de suggérer l'analyse suivante : bien que le dialogue entre l'UE et la Conv. EDH en matière sociale évolue rapidement et donne lieu à de nombreux échanges s'approchant d'une « ouverture mutuelle » (A), il atteint malgré tout aujourd'hui un certain plafond de verre, en raison des caractéristiques propres de ces deux ordres (B).

A. Des échanges spontanés allant vers une « ouverture mutuelle »

660. Le rapprochement des deux ordres juridiques s'est fait d'abord à travers les juges qui ont permis de construire une jurisprudence de reconnaissance (1), ce qui a ouvert la porte à des influences matérielles réciproques dans le domaine social (2).

1. La construction d'une jurisprudence de reconnaissance

661. Il revient à la Cour de justice d'avoir dans un premier temps intégré la Conv. EDH et notamment la jurisprudence de la Cour EDH dans sa propre œuvre interprétative (a), ce à quoi la Cour EDH a répondu avec une présomption d'équivalence de protection dans les deux ordres juridiques (b).

[1540] Remarquons parmi les études récentes : MORANO-FAODI, Sonia, and Lucy VICKERS (ed.), *Fundamental rights in the EU: a matter for two courts*, Oxford, Hart, 2015 ; PICHERAL, Caroline, et Laurent COUTRON (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2012 ; et parmi les études classiques : LABAYLE, Henri, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, pp. 75-91 ; SIMON, Denys, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "Je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, 2001, pp. 31-49 ; PESCATORE, Pierre, « La CJCE et la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 441-455.

a. La réception de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de justice

662. Le début de l'interaction entre ces deux ordres juridiques fut marqué par un refus de la Cour de justice de prendre en compte la Convention européenne au nom de sa compétence. En effet, on se souvient que, pour refuser de contrôler des actes communautaires pour violation des droits fondamentaux, elle affirma qu'« en vertu de l'article 8 du traité, la Haute Autorité n'est appelée à appliquer que le droit de la Communauté ; que, de même, selon l'article 31 du traité, la Cour n'a qu'à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité et des règlements d'exécution »[1541]. Cela signifie que la Conv. EDH et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, bien que contraignantes dans les Etats membres des Communautés européennes, n'étaient pas à prendre en considération lors de l'interprétation du droit communautaire. Or, sous la pression des juridictions nationales « frondeuses », la CJCE fut contrainte d'affirmer son office en matière de protection des droits fondamentaux[1542].

Dans le sillage de cette évolution, la CJCE s'est tournée vers la Conv. EDH qui est l'instrument européen le plus partagé en matière de droits de l'homme. Dans son arrêt *Rutili*[1543] relatif au droit de libre circulation d'un syndicaliste italien en France, elle conféra pour la première fois une importance majeure à la Convention. Observant les articles 8, 9, 10 et 11 de la Conv. EDH, la Cour en déduit un principe général relatif aux conditions de limitation des droits fondamentaux. Il faudra cependant encore plus de vingt ans pour que la Cour de justice fasse référence à la jurisprudence de la Cour EDH, la Convention restant seulement une source matérielle et non formelle du droit communautaire[1544]. Seulement à partir de l'affaire *P. c. S. et Cornwall County Council*[1545], concernant le licenciement d'une personne transsexuelle, la CJCE s'est référée explicitement à la jurisprudence de la Cour EDH, en l'espèce pour adopter la définition du transsexualisme donnée par cette dernière dans son arrêt *Rees*[1546]. (§16) Cette

[1541] CJCE, 4 février 1959, *Friedrich Stork*, aff. 1/58, Rec. P. 43, §4,A).
[1542] On peut prendre l'exemple de l'arrêt *Nold* (CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73) dans lequel le juge communautaire reconnut son office et déclara surtout que « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire. » (§13) En effet, la requérante en l'occurrence avait déjà invoqué la Conv. EDH et son protocole additionnel protégeant le droit de propriété. Mais la Cour de justice elle-même ne faisait pas encore explicitement référence à la Convention européenne.
[1543] CJCE, 28 oct. 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, Rec. p. 1219.
[1544] SIMON, Denys, « Des influences réciproques entre CJCE et Cour EDH: « je t'aime, moi non plus » ? », *Pouvoirs*, n°96, 2001, p. 31 et spéc. p. 35.
[1545] CJCE, 30 avril 1996, C-13/94, Rec., p. I-2143.
[1546] Cour EDH, 17 oct. 1986, *Rees*, série A, vol. 106.

reprise va bien au-delà d'une simple inspiration et s'approche de la formalisation du statut de la Conv. EDH dans l'ordre juridique communautaire.

663. Après l'arrêt *P. c. S. et Cornwall County Council*, la référence faite à la jurisprudence de la Cour EDH devient de plus en plus systématique, tant en matière civile et politique qu'en matière sociale[1547]. Dans le contexte non spécifiquement social, cette multiplication de références directes à la jurisprudence européenne est marquée par l'arrêt dit « treillis soudés »[1548]. Dans cet arrêt, si la Cour de justice persiste à qualifier les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit[1549], il n'en reste pas moins qu'en réalité l'on constate une « banalisation » de l'utilisation du droit de la Conv. EDH par le juge de Luxembourg[1550].

664. En matière sociale, la réception de la jurisprudence de la Cour EDH ne devrait pas en différer, dès lors qu'une telle jurisprudence sociale existe bien. Or, là où les choses se complexifient, c'est que la Cour de justice peut nuancer la portée de cette référence. En anticipant les développements sur les influences réciproques sur le contenu des droits sociaux, nous pouvons remarquer qu'il est possible d'évaluer le degré de cette réception en prenant en compte différents aspects, tels que l'identification d'un droit, son contenu, et l'utilisation du raisonnement de la Cour EDH. Ainsi, tantôt le juge de Luxembourg se borne à reconnaître un droit tout en lui attribuant une signification autonome[1551] ; tantôt il admet le contenu même d'un droit dégagé par le juge de Strasbourg[1552] ; tantôt il va jusqu'à intégrer , tout comme en matière de protection des droits civils et politiques, le raisonnement de la Cour EDH, ce qui représente le plus haut degré de reconnaissance[1553]. Une attention particulière doit être prêtée à ce dernier

---

[1547] CJCE, 26 juin 1997, *Vereiniget Familiapress*, C-368/95, Rec. I-3709, §26 (liberté de presse) ; CJCE, 17 fév. 1998, *Grant*, C-249/96, §34 (non-discrimination en raison de l'âge) ; CJCE, 6 mars 2001, B. *Connolly c. Commission*, C-274/99, Rec. I-1638, §39 (liberté d'expression).

[1548] CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH*, C-185/95 P, Rec., I -8417. Dans cette affaire, pour apprécier le caractère raisonnable du délai de la procédure devant le TPI CE, la CJCE, comme les parties, a développé son argumentation entièrement selon le sens de l'article 6 §1 de la Conv. EDH tel qu'il est interprété par la Cour EDH (notamment §29 de l'arrêt). Cette position a même conduit certains requérants ultérieurs à contester la qualification de l'article 6 de la Conv. EDH en principe général du droit communautaire et à demander une application directe de la Conv. EDH. La Cour est certes restée sur une position plus orthodoxe selon le Traité (la reconnaissance des droits de la Conv. EDH en tant que principes généraux).

[1549] CJCE, 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, aff. jtes C-238/99 etc., Rec. I-8375, cité par TINIERE, Romain, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux,* Bruylant, 2007, p. 85

[1550] SUDRE Frédéric, et Henri LABAYLE, (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant-Némésis, 2000, p. 7, spéc. p. 20.

[1551] par ex., le droit de négociation collective, v. infra, §1, 2., b).

[1552] par ex., les modalités de discrimination interdites, v. infra, §1, 2., a).

[1553] par ex., la liberté syndicale, v. infra, §1, 2., b).

niveau, car il pourrait conduire, à long terme, à un changement d'objectifs poursuivis par la Cour de justice.

En tout cas, une telle évolution sur les plans tant civil et politique que social conduit les deux ordres juridiques à formaliser des normes internes d'articulation. Du côté de l'UE, la solution jurisprudentielle est reprise par les Traités. A l'occasion de la signature du Traité de Maastricht en 1992, il fut ajouté un article F §2, affirmant que l'Union « respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Conv. EDH (…) et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. »[1554] Le Pr Henri Labayle remarque que c'est un compromis qui restait à mi-chemin entre l'adhésion à la Conv. EDH et l'absence totale de règle explicite sur les droits fondamentaux[1555].

Cette disposition n'a pas été modifiée par la suite, même après l'échec du traité constitutionnel et la signature du Traité de Lisbonne. En effet, avec l'accession de la Charte des droits fondamentaux au statut de droit primaire de l'UE, il s'est posé la question de savoir si le maintien d'un tel renvoi deviendrait redondant ou même source de confusion[1556], car l'article 52, §3 de la Charte prévoit que « [d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. » Selon les *Explications* de la Charte, ce renvoi à la Convention européenne inclut les protocoles additionnels et la jurisprudence de la Cour EDH[1557]. Par ailleurs, une liste de correspondances entre les deux déclarations de droits est établie. La formalisation des règles unilatérales de renvoi atteint ici son ultime étape et arrive au seuil de l'adhésion.

[1554] V. commentaire de SIMON, Denys, *in* CONSTANTINESCO, Vlad, et al., *Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 81.
[1555] LABAYLE, Henri, « Droits fondamentaux et droit européen », *op. cit.*, p. 75.
[1556] V. les travaux du groupe de travail II à la Convention, cité par PRIOLLAUD, François-Xavier et David Siritzky, *Le traité de Lisbonne*, texte et commentaire article par article, Paris, La documentation française, 2008, p. 47.
[1557] Explications *ad* article 52.

b. La reconnaissance par la Cour EDH de la protection des droits fondamentaux par l'UE

665. Une telle garantie est de nature à justifier une reconnaissance par la Cour EDH à l'égard du droit de l'UE. L'occasion s'est présentée lors de l'affaire *Bosphorus c. Irlande*[1558], dans laquelle un règlement européen prévoyant la saisie de certaines propriétés fut contesté devant la Cour EDH. Cette dernière reconnut bien qu'il y avait une atteinte au droit de propriété, mais jugea que le respect des engagements internationaux par l'Etat concerné constituait un intérêt général et légitime qui permettait de limiter l'exercice de ce droit. Ce devoir envers les engagements internationaux ne soustrait donc pas l'Etat concerné à « l'empire de la Convention » (§153)[1559]. Mais la Cour ne procéda pas à un contrôle de proportionnalité de la mesure. Au contraire, elle s'intéressa aux garanties fournies par le droit de l'UE dans son ensemble. Elle releva ainsi qu'« une mesure de l'Etat prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (…) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention » (§155). A partir d'un tel constat d'équivalence (qui n'est pas une « identité »), la Cour EDH établit donc la présomption que les actes pris par l'Etat concerné pour exécuter des obligations juridiques internationales sont conformes à la Conv. EDH. Soucieuse de fixer une limite à une telle équivalence, la Cour décida néanmoins que « [p]areille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste » (§156).

666. On voit dès lors réapparaître la même logique de coopération fondée sur l'établissement d'une reconnaissance et à son tour conditionnée par un niveau élevé de protection des droits fondamentaux. Le P[r] Jean-Paul Jacuqé a bien noté que cet arrêt est une version assouplie de la décision *Solange II* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande[1560]. En effet, comparée à la solution en droit allemand, la solution *Bosphorus* confirme d'abord l'efficacité d'une démarche soucieuse de la coopération dans la protection matérielle des droits fondamentaux, par rapport à une autre davantage fondée sur une relation hiérarchique. En même temps, elle ne prône pas le triple contrôle en droit allemand, mais permet plutôt d'écarter la présomption dans chaque cas précis. La Cour EDH a essayé de maintenir cette approche au fil

[1558] Cour EDH (grande chambre), 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, n°45036/98, *RTD* eur. 2005, p. 749, note J.-P. Jacqué.
[1559] Nous verrons un écho dans les décisions du Comité européen des droits sociaux, v. infra, n° 694.
[1560] JACQUE, Jean-Paul, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTD eur*, 2005, pp. 749-767.

des années. Dans des affaires plus récentes, si les principes de la solution *Bosphorus* sont constamment rappelés, elle a aussi affiné sa position, en distinguant l'existence ou non d'une marge de manœuvre nationale et l'exercice ou non d'un contrôle effectif par la Cour de justice. Si l'Etat concerné va au-delà de ses obligations envers de l'UE et si le juge national n'a pas saisi la Cour de justice par un renvoi préjudiciel, la Cour de Strasbourg considère que « le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, [n'a] pu déployer l'intégralité de ses potentialités »[1561]. La présomption ne saurait alors s'appliquer. En revanche, si l'Etat concerné ne fait qu'exécuter des normes directement applicables (comme les règlements) et si la Cour de justice a pu statuer sur le sujet, la présomption doit alors être maintenue[1562]. Aidées par cet esprit de coopération, les deux Cours sont entrées en interaction aussi en matière sociale.

2. Des influences réciproques en matière sociale

667. Les formes de ces influences réciproques sont extrêmement diverses, allant des méthodes d'interprétation au contenu des droits. Nous nous concentrons ici sur les interactions relatives au contenu pour poursuivre notre approche substantielle dans l'analyse des rapports de systèmes. On peut remarquer que s'il arrive que les deux jurisprudences s'avèrent complémentaires et assurent ainsi un niveau élevé de protection (a), ce résultat optimal est cependant loin d'être présent dans tous les domaines (b).

a. La complémentarité en matière des droits sociaux

668. Un exemple illustrant cette complémentarité peut être trouvé en matière de non-discrimination[1563]. En effet, dans l'identification des motifs discriminatoires, la Conv. EDH a pu servir de locomotive puisque l'article 14 de la Convention ne donne pas une liste exhaustive de motifs de discrimination.

En matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle par exemple, la Cour de justice avait d'abord refusé de la prendre en compte en tant que discrimination en raison du « sexe ». Dans l'arrêt *Grant*[1564] qui concerne une inégalité entre couples homosexuels et mariés

[1561] Cour EDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11, *RTD eur.* 2013, p. 664, §115.
[1562] Cour EDH, 18 juin 2013, n° 3890/11, *Povse c. Autriche*, D. 2014. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke.
[1563] Pour une étude systématique récente, v. BRILLAT, Manuela, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut universitaire Varenne (LGDJ Diffusion), 2015, spéc., p. 375 et s.
[1564] CJCE, 17 février 1998, *Grant*, C-249/96.

en matière de réduction des frais de transport, la Cour avait ainsi rejeté l'interprétation de la Commission des droits de l'homme de l'ONU qui assimile les deux motifs. Surtout, elle avait souligné que l'orientation sexuelle n'était pas encore protégée par la Cour EDH comme un aspect du droit à la vie privée et familiale. Un an plus tard, la Cour EDH eut toutefois l'occasion de déclarer l'orientation sexuelle comme un motif à prohiber dans une affaire de l'octroi de l'autorité parentale[1565]. C'est ainsi que, lorsque la Cour de justice eut à connaître à nouveau d'une inégalité entre couples mariés et homosexuels en matière de pension de retraite dans l'arrêt *Römer*, elle n'hésita pas à y voir une discrimination condamnable[1566]. Il est vrai que l'influence de la Cour EDH reste entièrement implicite dans cet arrêt, puisqu'entre temps l'UE avait adopté la directive 2000/78 – prohibant entre autres la discrimination pour l'orientation sexuelle – et que la Cour s'est référée plutôt à cette directive pour limiter les effets temporaires de son arrêt. Il reste que dans les conclusions de l'avocat général Jääskinen, on lit clairement que « la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, dès 1999, qu'une différence de traitement reposant sur l'orientation sexuelle relevait de l'article 14 de la CEDH (…) et qu'une telle discrimination ne saurait être tolérée en vertu de la Convention. Or, les droits fondamentaux garantis par la CEDH font partie intégrante des normes dont l'Union européenne assure le respect, en tant que principes généraux (…) »[1567] (§130).

669. Au demeurant, l'interaction en matière de non-discrimination est loin d'être à sens unique. En effet, c'est sous l'influence de la CJCE que la Cour EDH a reconnu la discrimination indirecte. Le P[r] Frédéric Sudre remarque que le concept de discrimination dans les premiers arrêts de la Cour EDH en la matière mélange en quelque sorte l'égalité formelle et l'égalité réelle[1568]. Dans l'affaire *Linguistique belge*[1569], la discrimination était ainsi comprise comme une différence de traitement sans « justification objective et raisonnable », sauf à devenir rapidement « une distinction introduite entre des situations analogues ou comparables »[1570]. Cette interprétation mettant l'accent sur l'action de l'auteur de la discrimination contribue alors à l'ignorance des inégalités de fait qui doivent être condamnées comme des discriminations

[1565] Cour EDH, 21 décembre 1999, *Salgueir da Silva Mouta c. Portugal*, n°33290/96.
[1566] CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08.
[1567] Conclusions présentées le 15 juillet 2010.
[1568] SUDRE, Frédéric, « Rapport introductif », *in* SUDRE, Frédéric, et Hélène SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, p. 33.
[1569] Cour EDH, 23 juillet 1968, Série A, n° 6, §10.
[1570] Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n°6833/74, Série A, n°31, §32.

indirectes. Or nous savons que la Cour de justice interdit depuis longtemps cette pratique[1571]. Cette influence de la Cour de justice est perceptible dans l'arrêt *Hoogendijk*[1572] qui peut être qualifié de l'un des premiers arrêts en matière de discrimination indirecte rendus par la Cour de Strasbourg[1573]. En l'occurrence, il s'agit d'une réglementation néerlandaise qui subordonne l'octroi d'une prestation de sécurité sociale à une condition de revenu. Or ce dispositif avait déjà été contesté devant la Cour de justice sans que cette dernière le condamnât[1574]. En reprenant la méthode statistique utilisée par la Cour de justice, la Cour EDH constata que les règles défavorisaient de fait les femmes qui n'avaient qu'un revenu limité et reconnut donc l'existence d'une discrimination indirecte. Une telle complémentarité est cependant plus difficile à trouver dans d'autres domaines.

b. Des points de contact aléatoires entre les deux ordres juridiques

670. Les droits en matière de relations collectives de travail montrent la complexité des interactions existantes entre les deux ordres juridiques européens. Prenons comme exemple la trilogie de la liberté syndicale : liberté syndicale au sens strict, droit de négociation collective et droit d'action collective.

671. En matière de liberté de former et d'adhérer à un syndicat, nous savons que l'apport majeur de la Cour EDH est de consacrer la liberté syndicale négative, c'est-à-dire, la liberté de ne pas adhérer à un syndicat[1575]. Comme l'UE n'a pas de compétence en matière de droit d'association (art. 153, §5, TFUE), la Cour de justice n'a pas encore eu l'occasion de se confronter à la jurisprudence de la Cour EDH sur ce terrain. En revanche, elle a pu se prononcer sur la nature même des syndicats à travers le droit d'agir. A cet égard, elle a affirmé que les syndicats ont pour but la défense des intérêts professionnels de ses membres et doivent donc avoir le droit d'agir en justice[1576]. Cette reconnaissance devance même l'appréciation faite par la Cour EDH dans l'affaire *Syndicat national de la police belge* selon laquelle, « la Convention protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci, action dont les États contractants doivent à la fois autoriser et rendre

[1571] CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, Rec. p. 154, §10.
[1572] Cour EDH, 6 janvier 2005, n°58641/00.
[1573] MARTIN, Denis, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudence sous infuence ? », *RTDH* 2007, pp. 107-134.
[1574] CJCE, 1er février 1996, *Psthuma-van Damme*, C-280/94.
[1575] Cour EDH, 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, n° 52562/99.
[1576] CJCE, 8 octobre 1974, *Union syndicale et al. c. Conseil*, aff. 175/73, Rec., I-917 ; CJCE, 8 octobre 1974, *Syndicat général du personnel c. Commission*, aff. 18/74.

possibles la conduite et le développement. (…) il s'ensuit qu'en vue de la défense de leurs intérêts les membres d'un syndicat ont droit à ce qu'il soit entendu » (§39 de l'arrêt) Il est pourtant plus difficile de parler d'une influence de la Cour de justice, puisque dans le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme en mai 1974, on voit déjà que la défense des intérêts professionnels était reconnue comme la finalité essentielle d'un syndicat.

672. Quant au droit de négociation collective, la Cour EDH a évolué sensiblement à cet égard et identifie depuis l'arrêt *Demir et Baykara* ce droit comme une composante organique de la liberté syndicale[1577]. Or, les contours de ce droit ne sont pas encore entièrement clairs : s'agit-il d'un droit à être entendu, ou un droit de mener des négociations collectives, voire un droit de conclure des accords collectifs ? Si la dernière interprétation est rejetée explicitement[1578], il semble que la Cour soit toujours favorable à des obligations positives de moyens qui pourraient « garantir des conditions nécessaires à la conclusion d'accords collectifs »[1579]. Or, une telle nuance ne semble pas présente dans la jurisprudence de la Cour de justice. Dans l'affaire *Commission c. Allemagne*, la Cour n'a pas repris la proposition de l'avocate générale qui interprète ce droit comme « le droit à la négociation collective et la liberté de négociation collective ». Elle a substitué à cette expression la simple notion de « droit de négociation collective » qui laisse donc une large marge d'appréciation aux Etats-membres. Il n'est donc pas certain que l'UE garantisse à cet égard le même niveau de protection que la Conv. EDH.

673. Enfin, la divergence devient visible en matière de droit de grève. Les deux cours reconnaissent à nouveau presque concomitamment le droit de grève comme droit fondamental à protéger : la Cour EDH poursuit son interprétation constructive et évolutive de la Convention et considère le droit de grève comme un prolongement nécessaire du droit de négociation collective[1580], tandis que la Cour de justice anticipe l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux et le qualifie de principe général du droit communautaire[1581]. Si les deux cours convergent dans la qualification du droit de grève comme un moyen principal pour protéger les intérêts de leurs membres, les traitements réservés à ce droit sont cependant différents. Pour la

---

[1577] Cour EDH (grande chambre), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*, n°34503/97.
[1578] Cour EDH, 6 février 1976, *Syndicat suédois de conducteurs de locomotives*, Série A, vol. 20, n°5614/72.
[1579] HERVIEU, Nicolas, « La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT* 2009, pp. 288-294
[1580] Cour EDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi Yol-Sen*, n°68959/01, §24.
[1581] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Worker's Federation c. Viking Line*, C-438/05 ; CJCE, 18 décembre 2007, Laval, C-341/05.

Cour EDH, la limitation du droit de grève doit être interprétée de manière stricte et doit être fondée sur des raisons « convaincantes et impératives »[1582]. Quant à la Cour de justice, nous avons déjà vu qu'elle donne une priorité aux libertés économiques lorsque celles-ci entrent en conflit avec le droit de grève[1583]. Dès lors, comment va se résoudre cette contradiction potentielle ? On peut imaginer que la Cour EDH brise dans ce cas précis la reconnaissance qu'elle accorde au droit de l'UE. Mais en élargissant notre regard vers d'autres droits sociaux, nous sommes enclins à penser que la Cour EDH serait certainement beaucoup plus réservée, compte tenu des limites qu'elle rencontre en matière sociale.

B. Un dialogue doublement limité en matière sociale

674. Ces limites sont aussi bien matérielles que formelles. En effet, malgré les efforts de la Cour EDH pour étendre l'étendue des droits sociaux protégés, le système conventionnel n'intervient pour la plupart du temps qu'indirectement en matière sociale (1). L'impact de la jurisprudence sociale de la Cour EDH est par ailleurs limité par l'interruption du processus d'adhésion de l'UE à la Conv. EDH (2).

1. Limitation du champ matériel

675. La montée en puissance des droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour EDH a suscité de nombreux espoirs (a), mais elle donne aussi des signes d'essoufflement mis en évidence par la crise économique (b).

a. Le début prometteur de la jurisprudence sociale de la Cour EDH

676. La coexistence de la Conv. EDH et la Charte sociale européenne a pendant longtemps motivé une très grande prudence de la Cour EDH face à la protection des droits sociaux. D'un côté, elle reconnaissait facilement son incompétence face aux demandes en matière sociale. Tel dans la décision *X. c. RFA* où il était question de droit au travail, la Commission européenne des droits de l'homme[1584] déclara que « le droit à l'exercice d'une

[1582] Cour EDH, 21 avril 2015, *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna*, n° 45892/09 ; Cour EDH, 2 octobre 2014, *Matelly c/ France*, n° 10609/10.
[1583] V. supra, n° 588 et s.
[1584] Instance initialement chargée de l'examen de la recevabilité de la requête, de l'établissement des faits, de la conciliation et de l'élaboration d'un avis sur le fond de la requête. Après l'entrée en vigueur du protocole additionnel 11 en 1998, elle est remplacée notamment par une chambre composée de sept juges.

profession ne figure pas, en tant que tel, parmi les droits et libertés [garantis par la Convention], ainsi d'ailleurs que la Commission l'a constaté dans de nombreuses décisions antérieures (…) ; que la requête est donc, sous ce rapport également, incompatible avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 27, § 2 »[1585]. On y voit déjà la position de principe dans la jurisprudence de la Cour, à savoir, les droits sociaux « en tant que tels » ne sont pas protégés par la Conv. EDH. De l'autre côté, l'existence de la Charte sociale européenne fait que la Cour a pu considérer que le niveau de protection assuré par la Charte devait être plus avancé par rapport à la Convention. Autrement dit, la Convention ne pouvait aller au-delà des garanties offertes par la Charte. Dans l'arrêt *Syndicat national de la police belge* par exemple, lorsque la Cour devait juger si l'article 11 de la Conv. EDH garantit le droit d'être consulté par un syndicat, la Cour décide clairement que « les questions touchant aux syndicats ont été traitées en détail dans une autre convention [la CSE]. (…) La prudence des termes utilisés montre que la Charte ne reconnaît pas un véritable droit à la consultation ; (…) Dès lors, on ne conçoit pas qu'un tel droit découle implicitement de l'article 11 par. 1 (art. 11-1) de la Convention de 1950 ; ce serait d'ailleurs admettre que la Charte de 1961 marque à cet égard un recul »[1586]. La solution sera confirmée[1587].

677. Nous savons que l'arrêt *Airey* a infléchi le sens de cette évolution[1588]. Dans cet arrêt qui concerne les conditions économiques du droit à un recours effectif on trouve l'affirmation fameuse selon laquelle « nulle cloison étanche ne sépare [la sphère des droits économiques et sociaux] du domaine de la Convention » (§26). La liaison entre les deux types de droits est établie par la Cour EDH à travers sa doctrine de protection des droits « non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » (§24 du même arrêt). En d'autres termes, il s'agit d'une affirmation jurisprudentielle de l'indivisibilité des droits de l'homme. Depuis, la Cour EDH est devenue plus ouverte et positive à l'égard des droits sociaux fondamentaux, tout en restant très prudente. C'est ainsi que, jusqu'aux années 2000[1589], la jurisprudence sociale de la Cour EDH

[1585] Commission européenne des droits de l'homme, 15 décembre 1967, n° 2552/65, cité par AKANDJI-KOMBE, Jean-François, « Le dialogue entre le CEDS et la CEDH en matière professionnelle », *RDT* 2014, pp. 359-370.
[1586] Cour EDH, 27 octobre 1975, Série A, vol. 19, n°4464/70, §38, *AFDI*, p. 121, obs. R. Pelloux.
[1587] Cour EDH, 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, Série A, vol. 20, n°5614/72, §39
[1588] Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n°6289/73.
[1589] Pour une même datation, v. AKANDJI-KOMBE, Jean-François, « Le dialogue entre le CEDS et la CEDH en matière professionnelle », *op. cit*.

était encore limitée à la liberté syndicale[1590] et au droit à la « vie privée sociale »[1591]. C'est pourquoi la doctrine suggérait encore une « jurisprudence-fiction »[1592] dont la réussite n'était pas garantie. Pourtant, cette fiction est devenue la réalité en quelques années, suscitant même l'attente de « l'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux »[1593].

En effet, au cours des années 2000, la Cour EDH s'est aventurée sur le terrain de droits sociaux très divers comme la « trilogie » de la liberté syndicale, le droit au travail, le droit à la santé, le droit au logement, la lutte contre la pauvreté, le droit aux prestations sociales, etc. Le président Raimondi, en reprenant Giorgio Malinverni, les classe en trois catégories : les « prolongements sociaux » des droits substantiels de la Convention, les droits issus des garanties procédurales des individus, et les droits fondés sur la non-discrimination[1594]. En effet, la Cour utilise les très riches techniques d'interprétation dans sa jurisprudence pour découvrir les droits sociaux. L'ancien président de la Cour, Jean-Paul Costa, a pu donc écrire que « pour mieux protéger ces droits [i. e. les droits sociaux], la Cour a utilisé tous les moyens qu'elle avait à sa disposition : reconnaissance de notions autonomes, protection par ricochet, obligations positives, effet horizontal et même recours au *soft law*, en s'inspirant d'instruments non contraignants *stricto sensu*, mais qui reflètent l'évolution de la communauté internationale et de la sensibilité collective »[1595]. Les droits sociaux ne sont donc considérés que « de manière historique » comme la deuxième génération des droits de l'homme[1596]. Témoigne également de cette expansion de la protection des droits sociaux par la Cour son échange fertile avec le Comité européen des droits sociaux pendant cette période. Cet échange constructif se manifeste surtout par le statut que la Cour donne à la Charte sociale européenne dans sa jurisprudence : elle fait partie des « références objectives » pour l'interprétation de la Conv. EDH, à savoir, sa prise en compte n'est pas conditionnée par la soumission de l'Etat en cause à la CSE[1597].

[1590] Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurjonsson c. Islande*, Série A, vol. 254 ; v. FLAUSS, Jean-François, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », *in* FLAUSS, Jean-François (dir.)*, Droits sociaux et droit européen,* Bruxelle, Bruylant-Némésis, 2002, p. 105.
[1591] Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemetz c. Allemagne*, Série A, vol. 251, *RTDH* 1993, 410.
[1592] SUDRE, Frédéric, « La protection des droits sociaux par la Cour EDH : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003, pp. 755-779.
[1593] MARGUENAUD, Jean-Pierre et Jean MOULY, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *D.*, 2009, pp. 739-744.
[1594] RAIMONDI, Guido, « Quelques remarques sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des sociaux en Europe*, *Semaine sociale Lamy*, Supplément du 28 novembre 2016, pp.79-83, spéc., p. 81.
[1595] COSTA, Jean-Paul, « La Cour EDH et la protection des droits sociaux », *RTDH* 2010, pp. 207-216, spéc. P. 211.
[1596] *Ibid.*, p. 20.
[1597] V. Cour EDH, 21 février 2006, *Tüm Haber Sen c. Turquie*, n°28602/95, §39.

678. La thèse de M^me^ Carole Nivard a exploré en profondeur et de manière détaillée les potentialités d'une telle jurisprudence sociale de la Cour EDH[1598]. L'auteur y distingue la justiciabilité des droits sociaux rattachables à un droit civil et politique (ce qui est appelé « la matière civile des droits sociaux) et des autres qui ne le sont pas (ce qui est appelé « la matière sociale des droits sociaux »). Par exemple, la protection de l'intégrité physique et morale des travailleurs peut être rattachée à la dignité humaine et à l'interdiction de traitement inhumain et dégradant (respectivement les articles 1 et 2 de la Conv. EDH), alors que le droit à la sécurité sociale demeure dans la matière sociale des droits sociaux. Partant, elle remarque que la première justiciabilité est « facilitée », tandis que la seconde est « limitée »[1599]. Tout en étant d'accord avec cette constatation de fait, nous pensons néanmoins devoir nuancer cette distinction qui ne fait que reconduire la dualité de la protection des droits fondamentaux. En effet, la Cour EDH a rattaché la protection du droit à des prestations sociales au droit de propriété, sans que la justiciabilité de ce droit devienne plus grande. La crise économique a mis cela en évidence.

b. Les limites inévitables de la jurisprudence sociale de la Cour EDH

679. En effet, étant donné que la protection des droits sociaux fondamentaux est toujours « médiate » dans le système conventionnel (pas de protection des droits sociaux « en tant que tels »), la Cour de Strasbourg est en difficulté pour apprécier concrètement l'effet qu'un droit social peut avoir, et encore moins la logique même de ce droit-là. On peut prendre l'exemple des affaires relatives à la réduction des pensions de retraite.

Dans l'arrêt *Koufaki et Adedy c. Grèce*[1600], les requérants agirent contre les lois grecques n°3833/2010, n°3845/2010, et n°3847/2010 qui avaient réduit jusqu'à 30% certaines rémunérations et supprimé largement des allocations de sécurité sociale, y compris certaines pensions de retraite (pour ceux qui avaient moins de 60 ans) pour répondre aux exigences d'austérité. La requête fut placée sous l'égide de l'article 1^er^ du Protocole additionnel n°1, à savoir la protection de la propriété. La Cour EDH se livra alors à un difficile exercice d'équilibriste : d'un côté, elle affirma que « les principes qui s'appliquent généralement aux affaires concernant l'article 1 du Protocole n° 1 gardent toute leur pertinence en matière de

[1598] NIVARD, Carole, *La justiciabilité des droits sociaux*, Bruylant, 2012, p. 363 et s.
[1599] *Ibid.*, p. 459 et p. 545.
[1600] Cour EDH, 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, n° 57665 et 57657/12, *JDI*, 2014. 1026, obs. S. Aktypis.

salaires ou de prestations sociales » (§32). De l'autre, elle demeurait visiblement embarrassée par une éventuelle condamnation de l'Etat grec. Ainsi réalisa-t-elle un contrôle extrêmement lâche des mesures nationales, en empruntant un concept modérateur[1601] qu'est la « marge nationale d'appréciation ». Le fait de donner une large « marge nationale d'appréciation » en matière sociale ne saurait être reproché en soi : il s'agit d'un élément partagé dans les jurisprudences de la Cour EDH[1602] et de la CJUE[1603]. C'est plutôt la manière dont elle est utilisée qui semble problématique. En effet, la jurisprudence traditionnelle de la Cour, telle que la Cour la rappelle elle-même, vise à assurer « un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » (§32). L'ample marge nationale d'appréciation en matière sociale ne saurait permettre des atteintes disproportionnées ou contre l'essence d'un droit. Or, ce contrôle de proportionnalité est ici presque inexistant, puisque la Cour renvoie d'une part au contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil d'Etat grec (§44), et d'autre part, à la possibilité pour la requérante de garantir sa subsistance (§45). Toutefois, entre la large marge de manœuvre et la simple protection d'un niveau de subsistance, il doit y avoir encore une distance importante. De même, il n'est pas certain que sous la double pression nationale et internationale, le Conseil d'Etat grec puisse assurer un contrôle effectif[1604]. Malgré cela, cette solution est désormais maintes fois confirmée et représente la réponse standard de la Cour à tout recours contre les mesures d'austérité[1605].

Le Comité européen des droits sociaux, en charge du contrôle de l'application de la Charte sociale européenne, montre que cette solution n'est pas une fatalité[1606]. Nous pouvons dès lors nous demander si cette utilisation de la marge d'appréciation nationale ne vient pas du malaise de la Cour EDH face aux droits sociaux. Ancrée dans la logique duale des droits de l'homme, elle se sent habilitée à contrôler l'ingérence de l'Etat dans la sphère de la liberté, mais insuffisamment légitime pour évaluer les politiques économiques et sociales nationales. L'assimilation des prestations sociales à la propriété conduit finalement à négliger la temporalité et l'objectif propre de la sécurité sociale, à savoir, la protection contre un risque qui

---

[1601] MARGUENAUD, Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2010, p. 43.
[1602] NIVARD, Carole, *La justiciabilité des droits sociaux*, Bruylant, 2012, p. 462 et s.
[1603] V. supra, n° 212 et s.
[1604] Pour la décision du Conseil d'Etat grec, v. PERVOU, Ioana, « Human rights in times of crisis: the Greek cases before the ECtHR, or the polarisation of a democratic society », *Cambridge Journal of Inernational and Comparative Law*, 2016, n°5, pp. 113-138.
[1605] V. un arrêt récent, Cour EDH, 24 septembre 2015, *Da Silva Carvalho Rico c. Portugal*, n°13341/14.
[1606] V. infra, n° 693 et s.

se réalise. On voit donc que ce manque de compétence matérielle fait que l'ordre juridique conventionnel exerce une influence limitée sur le droit de l'UE en matière de droits sociaux fondamentaux. Elle est d'autant plus limitée par le blocage du processus d'adhésion de l'UE à la Conv. EDH.

2. Les limites institutionnelles : l'interruption du processus d'adhésion de l'UE à la Conv. EDH

680. La question de l'adhésion de l'UE à la Conv. EDH est une longue histoire de plus de quarante ans[1607]. Pendant longtemps, l'adhésion de l'UE à la Conv. EDH portait l'espoir d'une articulation réfléchie et intelligente des ordres juridiques en Europe. Malgré cela, le processus d'adhésion a déjà été interrompu à deux reprises par la Cour de justice, une fois pour manque de compétence de la Communauté européenne de l'époque (a) ; une autre fois au nom de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE (b).

a. Premier « veto » de la Cour de justice concernant l'adhésion

681. Interrogée pour la première fois en 1996 sur le projet d'adhésion, la Cour organisa méticuleusement sa réponse autour du principe d'attribution[1608]. Selon elle, ce principe s'appliquait aussi bien pour l'action interne que pour l'action internationale de la Communauté (§24). Or, aucune disposition du traité ne prévoyait une telle compétence explicitement ou implicitement (§27). Il n'était même pas possible de mobiliser la « clause de flexibilité » prévue à l'article 235 du traité de Rome (aujourd'hui, art. 352 du TFUE) qui permettait de réaliser une action nécessaire au fonctionnement de la Communauté sans compétence explicite. Car, si la protection des droits fondamentaux, déjà intégrée dans la jurisprudence de la CJCE, était bien mentionnée dans les préambules de l'Acte unique européen et du Traité sur l'Union européenne, l'adhésion à la Conv. EDH représentait néanmoins un changement substantiel dans le mécanisme de leur protection (§34). Aux termes de la Cour, « [u]ne telle modification du régime de la protection des droits de l'homme dans la Communauté, dont les implications

[1607] JACQUE, Jean-Paul, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.* 2011, p. 1 ; v. aussi, PESCATORE, Pierre, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *Cah. dr. eur.* 1968, p. 629.

[1608] CJCE, 28 mars 1996, avis 2/94, relatif à l'adhésion de la Communauté à la Conv. EDH, Rec. I-1763. C'est aussi en partie parce que la Cour considéra qu'elle ne disposait pas assez de précisions sur les conditions de l'adhésion pour les apprécier au regard du droit communautaire (v. §§ 19 à 22 de l'avis), ce qu'elle fera donc vingt ans plus tard. V. De SCHUTTER, Olivier, et Yves LEJEUNE, « L'adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l'Homme : à propos de l'avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) », *Cah. dr. eur.* 1996, pp. 555-606.

institutionnelles seraient également fondamentales tant pour la Communauté que pour les États membres, revêtirait une *envergure constitutionnelle* et dépasserait donc par sa nature les limites de l'article 235. *Elle ne saurait être réalisée que par la voie d'une modification du traité* » (§35, nous soulignons).

682. On trouve à la fois des commentaires soutenant et critiquant cette position de la Cour. Dans le camp des pour, l'argument sur l'autonomie du droit communautaire fut déjà remarqué[1609] ; dans le camp des contre, on trouvait que la Cour de justice ne mettait pas assez accent sur les compétences implicites de l'UE[1610]. Ces débats sont désormais largement historiques, au vu notamment de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Nous n'entrons donc pas dans les détails. Mais ce qui mérite sans doute d'être souligné, c'est que dès très tôt, la position de la Cour de justice a été susceptible d'une interprétation ambivalente. Tout d'abord, on peut en effet remarquer que la Cour relie très fortement la question de l'adhésion à la dimension constitutionnelle de l'UE. Autrement dit, si la protection des droits fondamentaux est bien la question de fond, elle devrait toujours être placée dans le contexte des rapports de systèmes juridiques en Europe dans l'analyse de la Cour de justice. La protection de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire était donc bien sous-jacente. Toutefois, il n'est pas question de réduire les droits fondamentaux à une question de décor. L'ordre constitutionnel de l'Union est bien orienté vers cette protection dont l'importance est fortement soulignée par la Cour dans son avis. Comme on le voit clairement, la Cour s'opposait uniquement à ce nouveau mécanisme de protection qui consistait en « l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de la convention dans l'ordre juridique communautaire. » (§34) Il était donc possible de penser que la Cour refusait une configuration hiérarchique de la protection des droits fondamentaux en Europe, et tendait plus volontairement vers des règles de coordination plus souple, ceci dans le but de garantir un haut niveau de protection.

Au sein de la Convention européenne pour le traité constitutionnel, le groupe de travail II (« Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH ») avait donné sa préférence aussi à la

[1609] RENUCCI, Jean-François, « L'adhésion de la Communauté européenne à la Conv. EDH », *D.* 1996, p. 449.
[1610] SERMET, Laurent, « L'actualité de l'adhésion de la Communauté européenne aux organisations internationales et aux traités », *AFDI* 1997, p. 671.

démarche d'adhésion[1611], aussi bien pour des raisons politiques que juridiques[1612]. Parmi les raisons juridiques, on lit notamment que « l'adhésion serait l'instrument idéal pour assurer le développement harmonieux de la jurisprudence des deux Cours européennes en matière de droits de l'homme »[1613]. C'est pourquoi le Traité constitutionnel (art. I-7, §2) et finalement le Traité de Lisbonne (art. 6, TUE) prévoient que l'UE adhère (ou s'emploie à adhérer) à la Conv. EDH. Mais cela n'a pas suffi à débloquer la situation.

b. Second « veto » de la Cour de justice centré sur l'autonomie du droit de l'UE

683. Malgré cette claire volonté politique, le processus est à nouveau arrêté par un nouvel avis de la Cour de justice rendu en décembre 2014[1614]. L'argumentation de la Cour est bien connue aujourd'hui : l'obstacle lié à la compétence de l'UE ayant disparu, la Cour s'attache à montrer que l'adhésion telle qu'elle était prévue n'est pas compatible avec la nature même de l'UE. Elle rappelle donc que l'UE n'est pas un Etat (§156), mais dispose d'un cadre institutionnel et normatif particulièrement élaboré (§§157-158). Ainsi est-il nécessaire de « préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union » (§162). Ayant rappelé de nombreuses spécificités de l'UE (le principe d'attribution de la compétence, la primauté du droit de l'UE, la confiance mutuelle entre les Etats membres fondée sur des valeurs communes, la protection des droits fondamentaux, etc.), la Cour semble privilégier néanmoins la question de la primauté qui évoque l'idée de l'autonomie du droit de l'UE. Dans la suite de son raisonnement, elle se concentre exclusivement sur la préservation de cette autonomie. Selon la Cour, cette autonomie est en particulier garantie par l'interprétation autonome du droit de l'UE dont elle a la charge. Or, dans l'accord d'adhésion, rien n'est prévu pour assurer une place particulière à l'UE face à ses propres Etats membres, afin de garantir la primauté (§195) et le mécanisme de renvoi préjudiciel (§199). D'autres dispositions sont à leur tour insuffisantes, comme celles régissant les modes de règlement de différends entre les Etats membres et l'UE

[1611] AUVRET, Patrick, « L'adhésion de l'Union à la Conv. EDH », in J. Rideau (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 2009, p. 382.
[1612] CALLEWAERT, Johan, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 2013, p. 68.
[1613] La Convention européenne, Groupe de travail II, Rapport final (CONV 354/02), 22 octobre 2002, p. 12.
[1614] CJUE, 18 décembre 2014, avis relatif à l'adhésion de l'UE à la Conv. EDH, n°2/13, v. entre autres, BENOIT-ROHMER, Florence, « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? » *RTD eur.* 2015, p. 593. Ce commentaire souligne précisément les analyses sur l'ordre juridique de l'UE fournies par cet avis.

(§204). En somme, une telle situation pourrait porter atteinte à l'autonomie du droit de l'UE et l'adhésion n'est alors pas compatible avec le droit de l'UE.

684. Comme le rappelle la Cour de justice elle-même (§188), l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux doit respecter les critères établis dans l'arrêt *Melloni*[1615], en particulier le respect de la primauté et de l'application uniforme du droit de l'UE. Ce souci est bien compréhensible, or il nous semble relativement étonnant de voir que la Cour de justice ne soit pas du tout confiante d'une convergence avec la Cour EDH qui préserverait donc l'autonomie de l'UE. En particulier, la Cour n'a aucunement mentionné la jurisprudence de la Cour EDH sur la reconnaissance de la protection équivalente des droits fondamentaux au sein de l'UE. A nos yeux, cette réaction de la CJUE résulte d'une lecture uniquement hiérarchique des rapports entre les deux ordres juridiques : l'autonomie signifierait alors le pouvoir du dernier mot, capable d'imposer sa propre vision. Or, la Cour de Luxembourg aurait pu s'intéresser davantage au niveau réel de la protection des droits (sociaux) fondamentaux, qui serait probablement améliorée par une telle démarche. Par ailleurs, le projet d'accord d'adhésion ne porte pas atteinte à la compétence exclusive de la Cour de Luxembourg pour interpréter le droit de l'UE[1616].

La position de la Cour de justice paraît alors radicale, si bien que le P[r] Denys SIMON a pu écrire qu'elle donne l'impression « d'un repliement défensif qui ferme assez brutalement les portes de la recherche d'une solution allant dans le sens de l'adhésion tout en respectant les particularités de l'ordre juridique de l'Union »[1617]. Il nous faut alors espérer que le refus d'adhésion n'aille pas jusqu'au refus de coopération. Certains auteurs pensent précisément que la position de la Cour vise à renforcer une politique de « mieux-disant » en matière de droits de

---

[1615] CJUE, 26 février 2013, C-399/11, *RTD eur.* 2013, p. 267, n. D. Ritleng ; *Constitutions* 2013, p. 184, obs. A. Levade.

[1616] L'article 3, §6 du projet dispose à propos du mécanisme de codéfendeur que « [l]orsque l'Union européenne est codéfenderesse dans une procédure, et lorsque la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas encore examiné la compatibilité de la disposition du droit de l'Union européenne avec les droits en question garantis par la Convention ou par les protocoles auxquels l'Union européenne a adhéré, conformément au paragraphe 2 du présent article, le temps nécessaire est accordé à la Cour de justice de l'Union européenne pour procéder à un tel examen , puis aux parties pour formuler leurs observations à la Cour. (…) » V. aussi le rapport explicatif qui mentionne la préoccupation liée à un contournement du rôle interprétatif de la CJUE. La tâche demeure cependant du côté de l'UE qui doit « mettre en place une procédure interne à l'UE susceptible de garantir que la CJUE a l'opportunité d'examiner la compatibilité de la disposition du droit de l'UE qui est à l'origine de sa participation en tant que codéfenderesse avec les droits en question garantis par la Convention ou par les protocoles auxquels l'UE a adhéré. » (§66 du Rapport) Le projet d'accord et le projet de rapport se trouvent dans les annexes I et II de la 5e Réunion de négociation, Strasbourg, 10 juin 2013.

[1617] SIMON, Denys, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, 2015, n°2, étude 2.

l'homme, à partir de la jurisprudence *Bosphorus*[1618]. Or, vu le récent développement des droits sociaux dans les deux ordres juridiques et l'absence frappante de considérations sur le niveau réel de protection des droits fondamentaux dans le présent avis[1619], il y a de fortes raisons de penser que le dialogue entre ces juges est désormais très fragile. Au demeurant, l'hypothèse d'une opposition ouverte est déjà réalisée sur une autre scène : les relations entre l'UE et la Charte sociale européenne.

§2. L'UE et la Charte sociale européenne

685. La Charte sociale européenne (CSE), adoptée à Turin le 18 octobre 1961, est la sœur cadette de la Convention européenne des droits l'homme en matière sociale[1620]. D'une « constitution fragile » qui ne prévoyait au début que des droits limités et un mécanisme d'examen de rapports nationaux[1621], elle a constamment besoin d'être soutenue et promue par une forte volonté politique. C'est ainsi que diverses tentatives de « relance de la Charte sociale » ont été réalisées, comme ce fut le cas du protocole additionnel de 1988 et de deux autres protocoles d'amendement en 1991 et en 1995[1622]. Avec l'entrée en vigueur de cette Charte sociale européenne révisée (CSE révisée) le 1er juillet 1998, son organe de contrôle, le Comité européen des droits sociaux[1623] (CEDS) dispose désormais d'une procédure de réclamation collective qui pourrait permettre aux organisations syndicales et patronales, voire des organisations non gouvernementales de contester la violation de la CSE par les Etats signataires[1624]. Respectant par ailleurs les exigences d'une procédure judiciaire classique, telles que le principe de contradictoire, cette procédure constitue une juridictionnalisation du CEDS

[1618] LABAYLE, Henri, et Frédéric SUDRE, « Pavane pour une adhésion défunte », *RFDA* 2015 pp. 3-22.
[1619] GAUDIN, Hélène, « Si proches, si lointaines... L'Union européenne face à la convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2015 pp. 1079-1085.
[1620] A propos de cette version d'origine, v. VALTICOS, Nicolas, « La Charte sociale européenne : sa structure, son contenu, le contrôle de son application », *Dr. soc.*, 1963, p. 466.
[1621] Pour une présentation générale de cette procédure, v. HENNION, Sylvie, Muriel LE BARBIER-LE BRIS et Marion DEL SOL, *Droit social européen et international*, PUF, 2010, p.37.
[1622] AKANDJI-KOMBE, Jean-François, « La Charte sociale européenne et la promotion des droits sociaux », *in* E. MAZUYER, Emmanuelle, et al., (Dir.), *Les droits sociaux fondamentaux entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, Bruylant, 2006, pp. 187-214 ; VANDAMME, François, « La révision de la charte sociale européenne », *Revue internationale du travail*, 1994, pp. 697-717.
[1623] BELORGEY, Jean-Michel, « La Charte Sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », *RDSS* 2007 pp. 226-245.
[1624] L'article 1 du Protocole additionnel prévoyant un système de réclamation collective du 9 novembre 1995. V. aussi AKANDJI-KOMBE, Jean-François, « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives », *Dr. soc.* 2000, pp. 889-896.

dont la décision manque néanmoins toujours de force obligatoire[1625]. Nous ne pouvons pas engager ici une discussion détaillée sur la nature juridictionnelle[1626] de cet organe, mais on peut retenir que, du point de vue de l'acte matériel que rend le CEDS[1627], à savoir, la combinaison entre le constat du droit positif et son application, on ne saurait contester sa nature de quasi-juridiction.

C'est grâce à ce renforcement de son pouvoir que le CEDS a pu se saisir de quelques sujets controversés en droit de l'UE. Le désaccord évolue rapidement vers une opposition ouverte (A), dont la gravité est accentuée par une absence presque totale de règles d'articulation (B).

A. L'opposition ouverte avec le droit de l'UE

686. Cette opposition se traduit par deux attitudes du CEDS à l'égard de l'UE : d'une part, le refus de reconnaître une protection équivalente des droits sociaux dans l'UE (1) ; d'autre part, la défense active de l'effectivité des droits sociaux même en temps de crise (2).

1. Le refus de reconnaître une présomption du droit de l'UE à la CSE

687. Le CEDS a développé à plusieurs reprises des conceptions de droits sociaux différentes de celles de la Cour de justice. En conséquence, le CEDS s'est employé très tôt à clarifier ses relations avec le droit de l'UE. S'il n'apprécie qu'indirectement les normes juridiques de l'UE (a), le Comité déclare tout aussi clairement la divergence des valeurs fondant l'UE et la Charte sociale européenne qui justifie une absence de reconnaissance (b).

[1625] Nous ne retraçons pas l'ensemble du développement de cette juridictionnalisation qui commence avec la conquête du monopole de l'appréciation juridique avec le Protocole d'amendement de 1991. V. DE SCHUTTER, Olivier, « The Two Lives of the European Social Charter », *in* DE SCHUTTER, Olivier (dir.), *La Charte sociale européenne : une constitution sociale pour l'Europe*, Bruylant, 2010, pp. 11-37, spéc., p. 17.

[1626] Pour quelques éléments de définitions, v. CAVARE, Louis, « La notion de juridiction internationale », *AFDI* 1956, p. 501 ; LEBEN, Charles, « La juridiction internationale », *in Droits (la fonction de juger)*, n°9, 1989, pp. 143-155 ; ASCENSIO, Hervé, « La notion de juridiction internationale en question », *in La juridictionnalisation du droit international (colloque de Lille de la Société Française pour le Droit International)*, Paris, Pedone, 2003, pp. 163-202.

[1627] DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 1928, t.II, p. 418 et s. : « l'acte juridictionnel doit son caractère spécifique à ce qu'il est une manifestation de volonté, conséquence logiquement nécessaire d'une constatation dans le domaine du droit objectif ou du droit subjectif », disponible à http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57261436.r.

a. Le contrôle « médiat » des normes de l'UE par le CEDS

688. La première confrontation entre la CSE et le droit de l'UE a eu lieu sur le terrain de la réforme du temps de travail en France. Dans le sillage de la réduction du temps de travail, le législateur français a créé le régime de forfait qui permet à l'employeur de donner une rémunération globale au travailleur en échange d'une durée de travail sans distinction entre heures normales et heures supplémentaires. Commencé en 1998, ce régime, d'abord créé par des négociations collectives, est validé par une loi de 2000 et réformé par une autre de 2008[1628]. Des syndicats français ont engagé deux procédures de réclamation collective à l'égard de chacune de ces lois. Dans la première procédure, le CEDS a déjà condamné la France sur le fondement de l'article 2§1 de la CSE[1629], puisque « les cadres soumis au forfait jours (…) sont susceptibles de travailler 78 heures par semaine. (…) » et que cela « est manifestement trop long pour être qualifiée de raisonnable (…) »[1630]. Notons que, la loi attaquée ayant été modifiée par une loi du 17 janvier 2003, le syndicat CFE-CGC a introduit une nouvelle réclamation collective qui a donné lieu à une autre décision du CEDS[1631]. Dans cette décision, le comité ajoute que l'assimilation du temps d'astreinte au temps de repos constitue aussi une violation de l'article 2§1. C'est précisément ce point qui va entraîner une divergence avec le droit de l'UE.

689. La question est à nouveau apparue lorsque la loi de 2008 vient réformer le régime de forfait. Dans cette nouvelle loi, on trouve des dispositions limitant le nombre maximal de jours de travail dans les forfaits annuels en jours[1632], les autres dispositifs restant inchangés. C'est la CGT qui allait cette fois-ci entamer une réclamation collective devant le CEDS contre l'Etat français. Les griefs étaient multiples : le dépassement de la « durée du travail raisonnable » par le forfait annuel, la violation de la même disposition par le régime du temps d'astreinte et la violation du droit à une rémunération équitable par l'institution de la « journée de solidarité ». Nous allons nous concentrer sur celui lié au temps d'astreinte, car le

[1628] Respectivement la loi du 13 juin 1998, la loi du 19 janvier 2000 et la loi du 20 août 2008. Pour une présentation générale de cette évolution historique, v. JOBERT, Annette, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. soc.*, N°4 2010, pp. 367-373, spéc., p. 369.
[1629] Il prévoit que « [e]n vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties s'engagent à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent ».
[1630] CEDS, 16 novembre 2001, *CFE-CGC c. France*, n°9/2000, obs. J.-Ph. Lhernould, « Charte sociale européenne et forfait en jours applicables aux cadres intermédiares », *RJS* 6/02, p. 513.
[1631] CEDS, 12 octobre 2004, n°16/2003, obs. J.-Ph. Lhernould, « Les forfaits annuels en jours, les astreintes et la CSE », *RJS* 7/05, p. 511.
[1632] FAVENNEC-HERY, Françoise, « Réforme du temps de travail », *JCP S* 2008, 1461.

gouvernement s'est défendu le plus vigoureusement sur ce terrain à l'appui du droit de l'UE[1633]. En réalité, ce grief est le même que celui qui avait été accueilli dans la décision de 2004 déjà mentionnée[1634], à savoir, l'assimilation du temps d'astreinte au temps de repos en violation de l'article 2§1 de la CSE. Selon le gouvernement, la définition française ne fait que reprendre la jurisprudence de la Cour de justice, qui dans l'affaire *SIMAP* relative aux médecins de garde définit le temps de travail par la « présence physique dans l'établissement de santé »[1635]. D'après la Cour de Luxembourg, la simple mise à disposition des médecins sans intervention effective comporte moins de contraintes et ne constitue pas une prestation effective de travail, critère du temps de travail. Dès lors, le droit de l'UE reconnaît un régime dual du temps de travail, qui se divise uniquement en temps de travail effectif et temps de repos, d'où la défense du gouvernement français.

Le CEDS condamne encore une fois dans les mêmes termes le régime français et systématise cette fois-ci les relations de la CSE par rapport au droit de l'UE. Face à « l'écran communautaire » opposé par le gouvernement français, le CEDS rappelle d'abord que « la circonstance que les dispositions en question s'inspirent d'une directive de l'Union européenne ne les soustraient pas à l'empire de la Charte »[1636]. En même temps, il déclare en vertu de sa compétence qu'il ne contrôle ni la conformité du droit national au droit de l'UE, ni celle du droit de l'UE à la CSE. Or, les Etats signataires, même lorsqu'ils transposent les dispositions du droit de l'UE, doivent « tenir compte des engagements qu'ils ont souscrits par la ratification de la Charte sociale européenne ». Le CEDS vérifie alors la conformité des mesures nationales au regard de la CSE. En l'occurrence, le comité considère à nouveau qu'une assimilation sans condition du temps d'astreinte au temps de repos constitue bien une violation de l'article 2§1 de la CSE. Nous pouvons par ailleurs reconnaître le courage et l'indépendance du CEDS, car malgré l'attitude négative du comité des ministres au début de cette série de décisions, il défend son autorité en considérant que « l'appréciation juridique de la conformité ou non de la situation avec la Charte ressortit au seul Comité européen des droits sociaux. (…) le Comité des Ministres n'a pas la faculté de remettre en cause l'appréciation juridique du Comité européen des Droits sociaux mais seulement d'y ajouter ou non une Recommandation à l'encontre de l'Etat

[1633] Sur la première question liée au temps de travail excessif, le gouvernement a aussi invoqué le droit communautaire. (§47) Mais le CEDS n'a pas jugé utile de lui répondre sur ce point.
[1634] MINE, Michel, « le droit du temps de travail à la lumière de la CSE », *SSL*, n°1504, 12 septembre 2011, p. 5
[1635] CJCE, 3 octobre 2000, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap)*, C-303/98, §48.
[1636] CEDS, 23 juin 2010, *CGT c. France*, n°55/2009, §32, déjà dans CEDS, 12 octobre 2004, *CFE-CGC c. France*, n° 16/2003, §30.

concerné »[1637]. Mais il est vrai que le CEDS crée ici un conflit de systèmes aux dépens du législateur français. Si la nécessité de protection des droits sociaux fondamentaux le justifie, a-t-il tenu suffisamment compte de la logique de la coopération et de la reconnaissance ?

b. La divergence des systèmes de valeurs justifiant l'absence de reconnaissance présumée

690. En réalité, le CEDS a refusé clairement la logique de reconnaissance à ce jour. Dans l'affaire *CGT c. France*, le CEDS déclara déjà qu'il ne pouvait pas reprendre la position de la Cour EDH telle quelle, puisqu' « il ne résulte ni de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne ni des procédures d'élaboration du droit dérivé à leur égard, qu'une présomption de même nature puisse être retenue, même de manière réfragable, s'agissant de la conformité des textes juridiques de l'Union européenne à la Charte sociale européenne » (§35). Il est intéressant de remarquer que le comité souligne aussi l'absence de volonté de l'UE d'adhérer à la CSE[1638]. Cette position peut *a priori* surprendre, puisqu'au moment du prononcé de la décision, le Traité de Lisbonne était déjà entré en vigueur, entraînant la promotion de la Charte des droits fondamentaux au statut de droit primaire. Or, la Charte consacre de nombreux droits sociaux fondamentaux qui s'inspirent par ailleurs de la CSE. Il est donc tentant de conclure que le comité observait déjà de très près l'évolution du traitement du droit de grève par la CJCE et attendait seulement l'occasion pour expliquer sa divergence profonde avec celle-ci.

691. L'occasion s'est présentée en 2012, lorsque deux syndicats suédois engagèrent une réclamation collective contre la Suède pour sa loi dénommée « *lex* Laval », adoptée à la suite de l'arrêt *Laval* de la CJCE[1639]. Par cette loi, le législateur suédois tentait de restreindre la possibilité de mener des actions collectives en vue de conclure des conventions collectives avec les employeurs de travailleurs détachés. Concrètement, la loi limite les conventions collectives – et par conséquent la cause d'une action collective – au salaire minimum et à d'autres conditions minimales. Le comité a bien vu que, ce faisant, le législateur national se conforme parfaitement à l'esprit de la directive 96/71 et à l'arrêt *Laval*, en donnant une priorité *in abstracto* à la libre prestation de services. Or, par un détour en droit comparé, le Comité fonde son analyse selon laquelle les droits de négociation collective et d'action collective sont

[1637] CEDS, 12 novembre 2004, *CFE-CGC c. France*, n° 16/2003, §20.
[1638] V. infra, n° 704
[1639] CEDS, 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, n°85/2012.

« essentiels » pour la jouissance d'autres droits sociaux fondamentaux. Dès lors, le CEDS explique clairement que « [l]e fait de faciliter la circulation des services par-delà les frontières et de promouvoir la faculté pour un employeur ou une entreprise de fournir des services sur le territoire d'autres Etats (…) ne peuvent donc être traités, du point de vue du système de valeurs, des principes et des droits fondamentaux consacrés par la Charte, comme ayant *a priori* une valeur plus grande que les droits essentiels des travailleurs, en ce compris le droit de recourir à l'action collective pour réclamer que leurs droits et intérêts économiques et sociaux soient davantage et mieux protégés. De plus, aucune restriction à l'exercice de ce droit ne doit empêcher les syndicats de mener des actions collectives pour améliorer les conditions d'emploi des travailleurs, notamment leur rémunération, et ce quelle que soit leur nationalité. » (§122) Cette divergence de valeurs est donc constatée concrètement dans le cas du droit de grève : vu l'importance de ce droit dans le système de la CSE, il ne peut y avoir de présomption, même réfragable, de reconnaissance de la conformité du droit de l'UE à la Charte sociale européenne[1640]. C'est pourquoi la considération sur le « système de valeurs » est annoncée dès l'observation liminaire de cette décision.

692. Partant, le CEDS décide qu'il contrôlera au cas par cas la conformité des mesures nationales mettant en œuvre le droit de l'UE avec la Charte sociale européenne. La seule ouverture reste l'affirmation selon laquelle « [le Comité] 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 » (§74). Nous remarquons ainsi la similitude de cette position avec la décision *Solange I* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Il reste que la décision du CEDS manque encore de force contraignante et ne produit aucun effet significatif ni dans le droit suédois, ni dans le droit de l'UE. Dans l'évaluation du suivi de cette décision en 2016, le Comité constate que le législateur suédois n'a toujours satisfait à aucune des exigences issues de sa décision *LO et TCO c. Suède*, que ce soit en matière de négociation collective, de droit de grève, ou de protection des travailleurs migrants[1641]. Cette position de « contre-rôle » symbolique du CEDS peut être aussi constatée dans les décisions sur les mesures d'austérité.

[1640] V. MOIZARD, Nicolas, « Le droit d'action collective en droit de l'Union après la décision LO et TCO c. Suède du Comité européen des droits sociaux », *RTDH* 2015, pp. 603-622.
[1641] Evaluation du suivi du 7 juillet 2016.

2. La défense des droits sociaux fondamentaux en temps de crise

693. Privé de l'assurance d'une quelconque protection équivalente, le CEDS assure pleinement le contrôle des mesures d'austérité au regard de la Charte sociale européenne. Dans le cas de la Grèce, sept décisions sur le fond ont été adoptées en 2012, deux sur les réformes du droit du travail[1642] et cinq autres sur la réduction des prestations de la sécurité sociale[1643]. Elles démontrent clairement le maintien par le CEDS d'un contrôle concret (a) qui garantit l'effectivité des droits sociaux fondamentaux (b).

a. Maintien du contrôle dans l'objectif de lutter contre la pauvreté

694. Dans ces décisions prononcées en temps de crise, on remarque d'abord que le CEDS, tout comme la Cour de justice ou la Cour EDH, prend bien en compte le caractère exceptionnel des mesures économiques mises en place. Mais cette situation ne saurait suspendre les obligations des Etats en vertu de la Charte sociale européenne, comme il le rappelle sans cesse en se référant à ses conclusions de 2009, où il traita pour la première fois les politiques provoquées par la crise. Ses motifs méritent d'être cités en entier : après avoir remarqué que globalement les Etats ont continué à élargir les régimes de protection sociale en 2009, le Comité énonce que « [l]a grave crise économique et financière qui a éclaté en 2008 et 2009 a cependant eu, d'ores et déjà, des répercussions importantes sur les droits sociaux, en particulier ceux qui relèvent du groupe thématique "Santé, sécurité et protection sociale". (…) Le Comité rappelle à ce sujet qu'au regard de la Charte, les Parties ont accepté de poursuivre par tous moyens utiles la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif d'un certain nombre de droits, notamment le droit à la santé, le droit à la sécurité sociale, le droit à l'assistance sociale et médicale, ainsi que le droit à des services sociaux. Partant de là, le Comité considère que la crise économique ne doit pas se traduire par une baisse de la protection des droits reconnus par la Charte. Les gouvernements se doivent dès lors de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ces droits soient effectivement garantis au moment où le besoin de protection se fait le plus sentir »[1644].

[1642] CEDS, 23 mai 2012, *GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce*, n°65/2011 et n°66/2011.
[1643] CEDS, 7 décembre 2012, n°76 à 80/2012. Ils suivent un raisonnement identique et ne varient qu'en termes de circonstances de fait. Nous nous concentrons alors sur l'un d'entre eux : *IKA-ETAM c. Grèce*, n°76/2012.
[1644] Conclusions XIX-2 (2009), Introduction générale, Editions du Conseil de l'Europe, 2010, §§15-17, p. 13.

695. On voit que la position du comité ressemble à celle de la Cour constitutionnelle portugaise[1645] : tout comme la Constitution portugaise, la Charte sociale européenne n'est pas suspendue non plus pendant la crise et les Etats signataires doivent donc assumer leurs engagements. Sur cette affirmation de base, le Comité transforme son contrôle en une lutte contre la paupérisation des peuples par des mesures d'austérité. Le P[r] Petros Stangos, vice-président du Comité par ailleurs, montre bien que ces décisions ont développé la Charte sociale de 1961 en forgeant « un concept normatif qui lui faisait défaut : la protection contre la pauvreté »[1646]. Il est vrai que l'article 30 de la Charte sociale révisée de 1996 prévoit désormais cette exigence. Mais la Grèce, qui vient d'adhérer à la Charte révisée, n'était pas lié par cet article. Qu'est-ce qui justifie alors une extension manifeste de l'application de cet article ? Le P[r] Stangos considère que le Comité n'applique pas l'article 30 en tant que tel, car il aurait exigé des mesures qui viseraient la réduction progressive de la pauvreté. En l'occurrence, il s'agit plutôt d'éviter des violations des droits sociaux en raison des choix politiques plongeant le peuple grec dans la pauvreté et l'exclusion sociale. C'est donc l'effectivité des droits sociaux qui est en jeu. Nous ne pouvons que souscrire à cette analyse, puisque le Comité expose concrètement quels sont les effets produits par ces droits, qui correspondent d'ailleurs aux résultats proposés par notre recherche.

b. La défense de l'effectivité concrète des droits sociaux fondamentaux

696. A la différence de la Cour EDH, le Comité applique d'abord une appréciation *in concreto* de ces mesures anti-crise. Il le réclame même explicitement dans son appréciation de la mesure liée à la période d'essai : « le Comité n'a pas défini *in abstracto* la notion de préavis "raisonnable". Il apprécie les situations au cas par cas. Le principal critère est celui de la durée de service ». (§25, déc. N°65/2011) De même, concernant les dispositions s'appliquant aux jeunes travailleurs, il apprécie concrètement si le droit grec prévoit des garanties suffisantes pour la santé et la sécurité de ces travailleurs, s'il existe des dispositions en matière de formation professionnelle et si le niveau de rémunération garantit « un niveau de vie décent », leur permettant de vivre au-dessus du seuil de pauvreté. Dans la décision n°66/2011 sur les « contrats spéciaux d'apprentissage », le CEDS affirme que « [des mesures d'assainissement

[1645] V. supra, n° 665.
[1646] STANGOS, Petros, « La protection des droits fondamentaux par le CEDS face aux mesures d'austérité imposées à la Grèce », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des sociaux en Europe*, *Semaine sociale Lamy*, Supplément du 28 novembre 2016, pp. 83-87.

des finances publiques en temps de crise économique] ne devraient toutefois pas porter atteinte au cadre essentiel du régime de sécurité sociale national ou priver les individus de l'opportunité de bénéficier de la protection que ce régime offre contre de sérieux risques sociaux et économiques » (§47). Le Comité se réfère ici implicitement à la protection du contenu essentiel des droits sociaux fondamentaux et définit le noyau dur par la protection contre la pauvreté. Mais il ne s'arrête pas là. Les appréciations du CEDS sur la réforme du régime de sécurité sociale montrent le déploiement d'autres effets des droits sociaux.

Dans les cinq décisions du 7 décembre 2012, le Comité développe son contrôle *in concreto* de la réforme des pensions de retraite, et met l'accent sur la proportionnalité et les garanties minimales telles que l'existence de mesures d'assistance sociale destinées aux personnes démunies. (§72) Réaffirmant l'exigence de garantir un haut niveau de sécurité sociale (art. 12 §3), le Comité met en garde contre « une dégradation significative du niveau de vie » (§78). Le principe de non-régression, que certains ont déjà vu à l'œuvre dans la décision sur les jeunes travailleurs[1647], est formulé de manière encore plus claire ici. Le Comité insiste sur le fait que les réductions de pension ont été introduites sans tenir compte des « espérances légitimes que [les particuliers ont pu concevoir sur la stabilité des règles applicables en matière de prestations sociales. » (§82) L'approche du CEDS s'avère très nuancée, car ces espérances légitimes ne concernent pas seulement la stabilité des règles en matière de sécurité sociale, mais aussi le fait que « les ajustements de leurs droits à la sécurité sociale soient mis en œuvre en tenant dûment compte de leur vulnérabilité, d'attentes financières fondées et, finalement, de leur droit à bénéficier d'un accès effectif à la protection sociale et à la sécurité sociale. » On peut donc dire que le CEDS procède à un mélange entre le principe de non-régression et la protection du contenu essentiel des droits, qui entraîne « une substitution d'un effet plancher à l'effet cliquet en temps de crise »[1648]. La volonté du Comité de protéger l'effectivité des droits sociaux transparaît dans cette combinaison de techniques en temps de crise. A celles-ci il faut encore ajouter les obligations des législateurs nationaux. Le CEDS souligne en effet que « le Gouvernement n'a pas mené le minimum d'études et d'analyses sur les effets des mesures en question, dont l'impact sur les groupes plus vulnérables de la société aurait dû être évalué de manière approfondie. Il n'a non plus discuté les études disponibles avec les organisations concernées, bien qu'elles représentent les intérêts d'un nombre significatif de catégories

[1647] MARGUENAUD, Jean-Pierre, et Jean MOULY, « Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique », *Dr. soc.*, 2013, pp. 339-344.
[1648] *Ibid.*

touchées par ces mesures » (§79). La violation du droit à la sécurité sociale peut donc être caractérisée.

Par cette approche concrète de la protection des droits sociaux, le Comité montre que, même en temps de crise, une protection jurisprudentielle des droits est possible, sans enfreindre la légitimité démocratique du pouvoir législatif. En cela, il rejoint de nombreux juges constitutionnels nationaux et provoque des conflits de systèmes avec le droit de l'UE. Cette opposition semble aujourd'hui insoluble, car aucune règle d'articulation n'est établie par les deux ordres concernés. Si l'on a bien un « laboratoire d'idées sociales », on peine encore à obtenir une « quasi-magistrature d'influence »[1649].

B. L'absence d'institutionnalisation des règles d'articulation

697. La très faible influence des décisions du CEDS sur le droit de l'UE doit s'expliquer notamment par le manque actuel de règles d'articulation (1). Conscients de la nécessité de concilier les deux ordres juridiques, de nombreux responsables politiques et administratifs ont récemment engagé des actions en vue de promouvoir la Charte sociale européenne (2).

1. Le manque actuel de règles d'articulation

698. Traditionnellement, la CSE et l'UE ne sont pas dans une situation d'ignorance mutuelle (a), loin s'en faut. Cependant, la Charte reste réduite au statut d'une simple source d'inspiration matérielle pour le droit de l'UE (b).

a. Les rencontres entre la Charte sociale européenne et l'UE

699. Il faut avouer que ces points de rencontre ne sont pas nombreux, mais ils existent bien, tant dans les textes que dans leur application respective par la CJUE et le CEDS.

Au niveau textuel, il est remarquable que la CSE et le droit de l'UE ont pu entrer dans un jeu positif de l'entraînement vers le haut en matière de la protection des droits sociaux. Tout d'abord, lors de la révision de la Charte sociale en 1996, de nombreuses modifications se sont

[1649] V. MARGUENAUD, Jean-Pierre, et Jean MOULY, « Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *RDP* 2011, pp. 685-716 ; sur les rapports de systèmes soulevés par ces décisions, v. STANGOS, Petros, « Les répercussions juridiques sur l'Union européenne des décisions du Comité européen des droits sociaux relatives aux mesures d'austérité de la Grèce », *RTDH* 2015, pp. 909-939.

inspirées du progrès en droit communautaire de l'époque. Le rapport explicatif[1650] de la Charte révisée donne pas moins de cinq exemples qui concernent les relations tant individuelles que collectives de travail, à savoir, le droit à des conditions de travail équitables (art. 2§6 de la CSE révisée[1651]), le droit des enfants et des adolescents à la protection (art. 7§2[1652]), le droit des travailleuses à la protection de leur santé et sécurité lors de la maternité (art. 8§4[1653]), le droit des travailleurs à la protection de leurs créances (art. 25[1654]) et le droit à l'information et à la consultation lors des licenciements collectifs (art. 29[1655]).

Le mouvement inverse est apparu lors de l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, et surtout de ses *Explications*. Selon ces dernières, presque toutes les dispositions situées dans les chapitres « Egalité » et « Solidarité » de la Charte des droits fondamentaux se réfèrent à la CSE révisée, à l'exception des articles 20, 21 (égalité devant la loi et non-discrimination) et 36 (le service économique d'intérêt général), 37 (protection de l'environnement) et 38 (protection des consommateurs)[1656]. L'intensité de cette référence varie selon le droit en cause : les *Explications* évoquent tantôt l'existence simple d'un droit dans la CSE (par ex., l'explication de l'article 27 relatif au droit à l'information et à la consultation des travailleurs : « Cet article figure dans la CSE révisée (…) »), tantôt une origine fondatrice (par exemple, celle de l'article 28 relatif aux négociations collectives : « Cet article se fonde sur l'article 6 de la Charte sociale européenne (…) »). Toutefois, ces mentions vont rarement au-delà d'une référence. Le fait que les *Explications* de la Charte des droits fondamentaux citent en même temps la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux dans les passages mentionnés pourrait être une preuve de cette tendance à réduire la portée de la CSE.

700. Cette même tendance est perceptible dans le droit primaire. L'UE se déclare consciente « des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale

---

[1650] Rapport explicatif de la Charte sociale européenne (révisée), Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n°163, disponible à http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163.

[1651] S'inspirant de la directive 91/533 du 18 octobre 1991, sur l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

[1652] S'inspirant de la directive 94/33 du 22 juin 1994, relative à la protection des jeunes au travail, (JO L 216 du 20.8.1994, p. 12-20).

[1653] S'inspirant de la directive du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

[1654] S'inspirant de la directive 80/987 du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, aujourd'hui remplacée par la directive 2008/94 du 22 octobre 2008.

[1655] S'inspirant des directives 92/56 et 75/129 qui sont devenues aujourd'hui la directive 98/59 du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.

[1656] En outre donc des articles 23 à 35 de la Charte des droits fondamentaux, on trouve encore de telles références dans ses articles 14 (droit à l'éducation) et 15 (liberté professionnelle).

européenne » dans l'exercice de ses compétences sociales (art. 151 du TFUE). Même le préambule du Traité sur l'UE mentionne « l'attachement » des Etats membres aux droits sociaux fondamentaux définis par la CSE de 1961. Toutefois, la CSE se voit plutôt attribuer une place secondaire dans l'application des droits sociaux fondamentaux.

b. Le simple statut de source d'inspiration

701. La comparaison avec la place de la Conv. EDH en droit de l'UE est frappante. Nous avons vu que l'article 53, qui établit les règles d'articulation entre les systèmes de protection des droits fondamentaux, évoque explicitement la Conv. EDH, alors qu'aucune mention n'est faite de la Charte sociale. De même, si les droits protégés par la Conv. EDH sont considérés comme les principes généraux du droit de l'UE, il n'y a aucune exigence textuelle similaire concernant la CSE. Cette particularité peut d'abord s'analyser comme une conséquence de la ratification « à la carte » de la CSE : parmi les droits consacrés par la deuxième partie de la CSE révisée, un Etat signataire peut choisir les articles qu'il veut bien accepter, à condition de se considérer comme lié par six au moins des neuf articles suivants : articles 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 et 20. Un tel mécanisme, tout en étant attentif et respectueux envers les traditions nationales en matière sociale, crée des difficultés pour la reconnaissance de principes généraux en matière sociale[1657]. De fait, la Cour de justice n'a jamais qualifié les droits de la CSE comme les principes généraux du droit de l'UE.

Or, cet argument semble rencontrer deux sortes d'objection : tout d'abord, étant donné que la Charte des droits fondamentaux est fortement inspirée par la CSE révisée, il y a de bonnes raisons de croire que ces droits font partie aussi des droits fondamentaux communément protégés en Europe et doivent donc être reconnus comme des principes généraux du droit de l'UE. Ensuite, l'absence d'unanimité n'a jamais été un obstacle infranchissable pour la reconnaissance d'un droit fondamental, et par conséquent d'un principe général. On se souvient

[1657] Article A, 1, b) de la CSE révisée. En 2014, par exemple, on constatait que « [a]ctuellement, les 28 Etats membres de l'UE font partie du « système » des Traités de la Charte (Charte de 1961, Protocole additionnel de 1988, Protocole additionnel de 1995 et Charte révisée), bien que les engagements qu'ils ont souscrits diffèrent : neuf Etats sont liés par la Charte de 1961 (cinq l'étant également liés par le Protocole de 1988) et dix-neuf par la Charte révisée. Hormis deux Etats, la France et le Portugal – qui ont accepté tous les paragraphes de la Charte révisée – les autres ont ratifié un nombre plus ou moins grand de dispositions de l'une ou l'autre version de la Charte. Seuls quatorze Etats membres de l'UE ont accepté le Protocole de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives. » NICOLETTI, Michele, Rapport général de la Conférence à haut niveau sur la Charte sociale européenne, Turin, 17-18 octobre 2014, §59, disponible à http://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/conference-turin.

que dans l'arrêt *Rutili*, pour identifier le principe de limitation des droits fondamentaux, la Cour de justice s'est référée exclusivement aux dispositions de la Conv. EDH.

On peut donc dire que la Cour de justice reste très hermétique à l'égard de l'influence de la CSE et du CEDS. Elle veut bien se référer à la CSE[1658]. Mais lorsque la CSE se trouve invoquée devant la Cour de justice, elle se déclare simplement incompétente pour son interprétation[1659], sans faire aucune allusion à son éventuel apport pour l'analyse d'un cas concret. Cette attitude rappelle, *mutatis mutandis*, les premières réactions de la Cour de justice face à la Conv. EDH. Pour la même raison, on peut espérer un changement d'attitude de la CJUE, si les juridictions constitutionnelles nationales commencent une nouvelle fronde. Mais pour l'heure, ce sont plutôt les tentatives politiques qui sont mises en avant.

2. Des actions politiques en faveur de l'institutionnalisation des rapports entre les deux ordres

702. Si les contradictions entre les deux ordres juridiques sont tolérées (ou ignorées) sur le plan juridique, elles n'ont pas moins suscité des inquiétudes chez certains responsables politiques. Alors que la Commission européenne jouait encore la différence entre le droit de l'UE et la Charte sociale européenne après les sept décisions du CEDS concernant la Grèce[1660], d'autres autorités se sont mobilisées pour mettre en place le Processus de Turin pour promouvoir la Charte sociale européenne (a), dont l'objectif à long terme comprend l'adhésion de l'UE à la Charte sociale européenne (b).

a. Le processus de Turin pour l'avenir de la Charte sociale européenne

703. Ce processus a été lancé par la conférence à haut niveau sur la Charte sociale européenne organisée par le Conseil de l'Europe à Turin les 17 et 18 octobre 2014. Il est significatif que cette conférence fut notamment le fruit d'une coopération avec le Conseil de l'Union européenne sous la présidence italienne. Ce processus fait partie d'une stratégie de

[1658] Pour un exemple récent, v. CJUE, 19 septembre 2013, *Commission c. Guido Strack*, C-579/12 RX-II, §27, à propos du congé payé d'un fonctionnaire européen.
[1659] CJUE, 5 février 2015, *Nisttahuz Poclava*, C-117/14, *RTD eur.* 2015, p. 453, obs. S. Robin-Olivier, §43.
[1660] Réponse aux questions du Parlement européen, n°E-9646/12 du 13 novembre 2013 : « *Concerning the compliance of Greece with [European Community] law, the Commission points out that the ESC [European social Charter] is an international treaty which does not form part of EC law* », disponible en anglais sur http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-009646&language=EN

promotion de la Charte, qui est l'une des sept priorités de son mandat pour la période 2014 à 2019[1661].

Dans le rapport général rédigé par M. Michele Nicoletti, vice-président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, on voit que les participants à cette conférence ont été particulièrement préoccupés par les effets de la crise économique sur les droits sociaux en Europe[1662]. Partant, deux moyens sont étudiés pour renforcer le rôle de la CSE révisée dans la protection des droits sociaux fondamentaux : l'un consiste à promouvoir la procédure de « réclamation collective » ; l'autre vise précisément à produire une plus grande synergie entre la CSE et l'UE. Sur ce dernier aspect, la Conférence est parvenue à une série de propositions très concrètes qui nous semblent aller dans la bonne direction. Trois sortes de mesures sont envisagées, à savoir : 1) des mesures urgentes, qui ciblent d'abord l'action de la Cour de justice et du CEDS. Il est notamment recommandé de créer un mécanisme de reconnaissance mutuelle qui garantira une plus grande convergence entre les deux instances. 2) Des mesures à moyen terme, prévues pour la prise en compte de la CSE par le législateur européen, à travers l'évaluation d'impact, la consultation du CEDS, etc. 3) Enfin, des mesures à long terme, qui devraient aboutir à retrouver un système commun de protection des droits fondamentaux en Europe. L'adhésion de l'UE à la CSE révisée est conçue comme l'ultime étape de cette évolution.

Il est sans doute trop tôt pour juger de l'avenir de ce processus qui vient de naître. Mais nous pouvons raisonnablement penser que sans une institutionnalisation suffisamment formelle, ces bonnes volontés resteront toujours des discours politiques sans affecter la réalité du droit. En effet, le Parlement européen proposa déjà très clairement en 2014 d'agir en faveur de la promotion de la CSE[1663]. Il mentionna en même temps l'adhésion de l'UE à la Conv. EDH et à la Charte sociale européenne. L'UE devrait aussi « inciter les États membres à adhérer aux conventions du Conseil de l'Europe relatives aux droits de l'homme et à les ratifier ». Vu le système d'acceptation « à la carte » de la CSE, c'est un appel clairement en faveur d'une plus grande effectivité de la Charte. Or, plusieurs années se sont écoulées, et les vœux exprimés dans cette résolution semblent devenir même plus irréalisables. En ce qui concerne l'UE et la Charte sociale, on peut noter qu'une nouvelle réclamation engagée par un syndicat grec contre les

[1661] V. la présentation sur le site dédié au Processus de Turin : http://www.coe.int/fr/web/turin-process/home
[1662] NICOLETTI, Michele, Rapport général, *op. cit.*, §10.
[1663] Résolution du Parlement européen du 27 février 2014 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne 2012 (2014).

mesures d'austérité est en cours[1664]. En même temps, la tenue d'une deuxième Conférence dans le cadre de la Conférence de Turin en mars 2016 ne semble pas avoir apporté de nouveaux éléments concrets de progrès. Dans une telle situation, que penser alors de l'avenir de l'articulation entre les deux ordres pour la protection des droits sociaux fondamentaux ? Est-il complètement utopique de parler d'une adhésion, alors que celle prévue pour la Conv. EDH vient d'échouer ?

b. Vers l'adhésion de l'UE à la Charte sociale européenne ?

704. Il est intéressant de remarquer que la volonté d'adhésion fait partie des éléments pris en compte par le CEDS pour reconnaître une éventuelle présomption de conformité du droit de l'UE à la Charte sociale européenne[1665].

Le P[r] Olivier de Schutter plaide depuis de longues années pour l'adhésion de l'UE à la Charte sociale européenne[1666]. L'auteur retrace la longue gestation de cette idée qui trouve son origine dans le projet dit « Spinelli » de Traité instituant l'Union européenne en 1984[1667]. Même après l'avis 2/13 de la CJUE bloquant le processus d'adhésion à la Conv. EDH, l'auteur a maintenu son opinion, en soutenant à la fois l'opportunité et la plausibilité d'une telle adhésion[1668]. L'opportunité étant bien compréhensible au regard de l'opposition ouverte entre les deux ordres, la plausibilité ou la faisabilité nous paraît moins évidente.

En effet, il a déjà été remarqué que l'adhésion signifie malgré tout une soumission de l'UE à un contrôle extérieur[1669]. Contre cette opinion, et dans l'objectif d'éviter un autre « veto » de la Cour de justice fondé sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, le P[r] De Schutter propose de mettre en avant deux arguments : d'une part, le système de contrôle prévu

---

[1664] N° 111/2014 *Confédération générale grecque du travail (GSEE) c. Grèce*. Le CEDS a déclaré la réclamation recevable le 19 mai 2015.
[1665] V. par exemple, CEDS, 3 juillet 2013, *LO et TCO c. Suède*, n°85/2012, §74.
[1666] DE SCHUTTER, Olivier, « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne », EUI Working Paper Law N°2004/11, disponible à cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/2826/law04-11.pdf?sequence=1.
[1667] L'art. 4§2 du Projet de Traité sur l'UE du 14 février 1984, cité par DE SCHUTTER, Olivier, *Ibid.*, p. 2.
[1668] DE SCHUTTER, Olivier, « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne », RTDH, 2015, p. 259.
[1669] KHALIQ, Urfan, « The EU and the European Social Charter: Never the Twain Shall Meet? », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2012-2013) vol. 15, Oxford, Portland, 2013, pp. 169-196, spéc., p. 182 : « *EU accession to the Social Charter is not currently a serious topic for discussion within the EU, despite continued regular calls for it from some. First, it would expose to external scrutiny and assessment the EU's protection of rights in a sphere where its standards and approach, from a human rights perspective, at times leave something to be desired. Second, the judgments of the CJEU would effectively be subservient to the views of the ESCR and this may also call into question the supremacy of EU law* ».

par la CSE révisée est beaucoup moins contraignant que celui de la Conv. EDH, car il n'a qu'un caractère quasi-juridictionnel[1670] ; d'autre part, en cas d'adhésion, il n'y aurait pas d'effet direct de la CSE compte tenu de la nature même des droits sociaux qui seraient probablement considérés par la CJUE comme des objectifs[1671]. Cette réponse, si elle décrit de manière fidèle la situation actuelle, nous semble cependant ne faire que contourner le dilemme. Car dans le Processus de Turin, nous avons bien vu la nécessité qu'ont soulignée les acteurs de renforcer la procédure de contrôle du CEDS. Par ailleurs, il n'est pas certain que les droits prévus par la CSE révisée n'aient pas d'effet direct. Il serait plus cohérent et plus souhaitable de donner le même régime aux droits sociaux fondamentaux prévus par la Charte de l'UE et par la CSE. Dès lors, une approche concrète d'interprétation, telle qu'elle est déjà mise en place par le CEDS, doit aussi être reprise par la Cour de justice pour l'application de la CSE en cas d'adhésion. En conséquence, la vraie sortie de l'impasse actuelle nous paraît devoir consister en la reconsidération de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. Comme nous l'avons déjà dit, elle est aujourd'hui interprétée de manière hiérarchique, alors que la CJUE gagnerait à lui donner une portée plus proche de l'« ouverture mutuelle ». Dès lors, une reconnaissance d'équivalence accompagnée d'un haut niveau de protection des droits sociaux fondamentaux deviendrait réalisable.

En attendant un tel changement, les relations actuelles entre l'UE et la Charte sociale européenne nous introduisent dans un domaine d'influence plus diffuse des droits sociaux fondamentaux. Pour faible que cette influence soit, elle est néanmoins indispensable dans la mondialisation.

Conclusion du Chapitre Un

705. Dans ce chapitre, nous avons essayé de partir d'un problème pratique – la coordination des différents systèmes de protection des droits sociaux fondamentaux en Europe – pour examiner la question classique des rapports de systèmes. C'est pourquoi les solutions dégagées par différents juges en Europe ont pris une très grande importance. Elles nous ont

[1670] DE SCHUTTER, Olivier, *op. cit.*, *RTDH*, 2015, p. 259, spéc., p. 292.
[1671] *Ibid.*, p. 297 et s.

permis d'avancer une hypothèse appelée ici « ouverture mutuelle » pour expliquer les effets des droits fondamentaux et la manière de les protéger au niveau international.

L'idée de cette ouverture mutuelle mérite sans doute d'être rappelée. L'élément central résulte toujours de l'exigence d'améliorer le respect des droits fondamentaux. Elle donne ainsi pour point de départ un « principe de faveur » qui permettrait de faire valoir la norme la plus protectrice des droits sociaux fondamentaux, lorsque plusieurs normes pourraient être appliquées. Un ordre juridique peut donc être considéré comme « ouvert » aux normes d'autres ordres. Néanmoins, cette idée de base doit être adaptée au contexte particulier de l'UE : si les ordres juridiques nationaux pouvaient récuser dans chaque cas les normes du droit de l'UE au nom de la protection des droits fondamentaux nationaux, le risque d'une application « à la carte » du droit de l'UE deviendrait particulièrement grand. Il faudrait donc trouver un équilibre entre l'amélioration des droits et le fonctionnement du Droit. Partant, la comparaison devrait normalement être globale : lorsque les systèmes de protection des droits fondamentaux sont équivalents, le juge ne contrôlerait pas, sauf en cas d'exception, la conformité de la norme extérieure (de l'UE par ex.) aux droits fondamentaux internes (d'un Etat membre par ex.).

706. Cette doctrine est largement appliquée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. De même, la doctrine des « *controlimiti* » de la Cour constitutionnelle italienne (ou encore celle du tribunal constitutionnel espagnol) est inspirée du même esprit. En revanche, d'autres ordres juridiques – comme le droit français – ne paraissent pas encore clairement favorables à cette approche. La situation devient aussi plus complexe, lorsque la Cour de justice elle-même revendique son autonomie et s'érige en souverain. Avec l'absence de réciprocité dans l'échange, les systèmes de valeurs représentés par les droits fondamentaux, au lieu d'être convergents, deviennent antagonistes, comme l'a dit explicitement le Comité européen des droits sociaux. Les réponses faites à la « gestion » de la crise financière sont emblématiques à cet égard. Cette logique hiérarchique constitue également le principal obstacle du développement d'un niveau substantiel de la protection universelle des droits sociaux fondamentaux.

Chapitre Deux Le développement d'une protection universelle

Lorsque la Grande Voie [est] pratiquée, tout [se trouve] commun sous le ciel.

Classique des rites, Livre V

L'univers entier (…) constitue en quelque sorte une société politique unique.

Vitoria, *De potestate civili*, §21

707. La globalisation s'est développée sur la base de l'autonomie aussi bien factuelle que dogmatique des acteurs sur la scène internationale. Comme le remarque le P^r^ Gunther Teubner, « dans les trente dernières années on a promu massivement sur le plan politique l'avancée d'une constitutionnalisation fondée sur l'autonomie du marché mondial. (…) Les principes [de ce mouvement] visent à donner plus de place pour les activités commerciales à des entreprises mondialement actives, à enlever la participation des gouvernements dans les entreprises, à combattre le protectionnisme commercial, et à libérer des entreprises de régulations politiques »[1672]. La libéralisation des échanges internationaux, porteuse de progrès économique, a cependant comme revers de la médaille la destruction de systèmes sociaux locaux, voire des violations massives de droits de l'homme, et en particulier des droits sociaux fondamentaux. La protection de ces droits est largement reconnue comme indispensable, mais semble peiner à s'internationaliser avec les moyens traditionnels du droit international.

Les raisons de cette difficile protection universelle sont non seulement institutionnelles, mais aussi substantielles, liées à la conception même des droits de l'homme. Comme le remarque le P^r^ Yasuaki Onuma, une attitude constructive et efficace pour favoriser cette protection consiste « à rechercher des standards et cadres d'analyses communs, basés sur les réalités politiques, économiques, sociale et culturelles contemporaines et sur divers fondements civilisationnels. Il est nécessaire que ces standards et cadres d'analyses soient acceptés comme

[1672] TEUBNER, Gunther, « Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates », *ZaöeRV*, 2014, p. 733, spéc., p. 736. (La traduction est la nôtre.)

légitimes par le plus grand nombre de personnes possible, au-delà des frontières nationales et des contextes civilisationnels »[1673]. En termes de technique juridique, le développement du *soft law*, qui peut se comprendre comme un « processus à finalité normative »[1674], mérite aussi notre attention, tout particulièrement en matière sociale. En effet, des analyses désormais foisonnantes[1675] tendent à reconnaître le caractère graduel du *soft law* et sa fonction herméneutique dans un système juridique[1676]. Il participerait alors à la formation du droit international des droits de l'homme, sans passer par une contrainte impérative qui pourrait prendre un ton impérialiste.

L'UE, en tant qu'organisation internationale possédant la personnalité juridique (art. 47, TUE), entre alors nécessairement en contact avec l'ordre juridique international. Elle assurerait en plus, aux côtés d'autres juridictions que nous avons étudiées dans le chapitre précédent, la mission de fournir le point de vue européen sur la protection des droits de l'homme. Plus spécifiquement en matière de droits sociaux, on pourrait aussi se demander si la nature économique de l'UE ne la conduirait pas à être réticente sur la formation d'un *jus commune* des droits sociaux fondamentaux. Pour bien comprendre la démarche de l'UE dans ce domaine, il convient de s'intéresser tout d'abord à la mobilisation par l'UE des moyens traditionnels en droit international (Section 1), à savoir le droit des traités et le droit international général ; et en second lieu à sa participation à la formation « souple » d'une protection universelle (Section 2).

Section 1 : Les moyens traditionnels en droit international

708. Les relations entre l'UE et le droit international constituent en soi une question complexe qui ne cesse de gagner en importance dans les études sur les rapports de systèmes[1677].

[1673] ONUMA, Yasuaki, *Le droit international et le Japon : une vision trans-civilisationnelle du monde*, Paris, Pedone, 2016 ; v. aussi, ONUMA, Yasuaki, « A Transcivilisational Perspective on International Law », *RCADI*, tome 342, 2010, pp. 1-418.

[1674] PELLET, Alain, « Le "bon droit" et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », *in* Mélanges Charles Chaumont, Pedone, Paris, 1984, p. 482.

[1675] V. par ex., dans *Les sources du droit revisitées* dirigé par Isabelle HACHEZ, et al. : le premier volume sur *Normes internationales et constitutionnelles*, Athemis – Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2012, et le quatrième volume *Théories des sources du droit*, Athemis – Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2012.

[1676] V. par ex., BAILLEUX, Antoine, « Le *soft law* et les deux droits », *in Théories des sources du droit*, *op. cit.*, pp.503-537.

[1677] V. par ex., BOULOUIS, Jean, *Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général*, *RCADI*, 1992, tome 235, pp. 1-80 ; KRONENBERGER, Vincent (éd.), *The European Union and the International Legal Order : Discord or Harmony ?*, La Haye, TMC Asser Press, 2001.

Souvent débattue entre « européanistes » et « internationalistes »[1678], elle concerne toutefois davantage les particularités de cet ordre juridique supranational au regard des organisations internationales classiques[1679]. Pour notre étude, on se concentrera sur la protection des droits (sociaux) fondamentaux par l'UE dans son interaction avec le droit international. A cet égard, on pourrait reprendre les sources du droit international énumérées par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice (nous l'avons déjà cité à propos des « principes » généraux de droit). Le §1 de cet article dispose que « [l]a Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige; b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit; c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Nous étudierons donc les obligations de l'UE résultant des traités internationaux (§1) et celles issues des coutumes et des principes généraux, voire du *jus cogens* (ou règles impératives) (§2).

§1. La protection conventionnelle des droits (sociaux) fondamentaux

709. Par la voie conventionnelle, l'UE peut soit inclure systématiquement les droits fondamentaux dans la conclusion d'une convention internationale de portée générale ou en matière commerciale en particulier (A) ; soit conclure et adhérer à une convention internationale spécifiquement consacrée à la protection de ces droits (B).

A. L'inclusion des droits fondamentaux dans les conventions de portée générale

710. Cette inclusion prend d'abord la forme d'une clause dite « droits de l'homme » dans les actions extérieures de l'UE (1). En matière sociale, elle devient alors une « clause sociale » dans les traités de commerce international (2).

[1678] PELLET, Alain, « Préface », *in* BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, et Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, pp. 5-12, spéc., p. 7.

[1679] Il s'agit principalement de la primauté et de l'effet direct du droit de l'UE, v. supra, n° 238 ; pour une présentation synthétique de la question, v. DUPUY, Pierre-Marie, et Yann KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 2016, p. 487 et s.

1. Les clauses « droits de l'homme » dans les accords avec les pays tiers

711. Dans le chapitre sur les obligations législatives de l'UE en matière de droits fondamentaux, nous avons déjà mentionné que le règlement intérieur du Parlement européen exige des actions de l'UE en faveur des droits de l'homme sur le plan extérieur[1680]. D'un point de vue politique, les institutions de l'UE n'ont jamais cessé de promouvoir les droits de l'homme sur la scène internationale par des actions diverses. Dans les années 1990, la Commission européenne avait adopté une série de communications visant à clarifier le rôle de l'UE dans la protection internationale des droits de l'homme[1681]. Dans une communication synthétique du 8 mai 2001, relative au « rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers »[1682], la Commission européenne affirme « [l]'UE s'appuie sur un large éventail d'instruments, afin de promouvoir les objectifs des droits de l'homme et de la démocratisation dans les relations extérieures. (…) Certains relèvent de la diplomatie et de la politique étrangère traditionnelles, comme les démarches et interventions au sein des enceintes des Nations unies et les sanctions. D'autres comportent des instruments de coopération financière et sont assortis de dialogues bilatéraux (…) ». A propos de ces derniers instruments, la Commission précise que « [l]e moyen le plus efficace d'opérer un changement est donc d'établir avec des gouvernements un partenariat positif et constructif, reposant sur le dialogue, le soutien et l'encouragement »[1683]. Une autre communication plus récente réaffirme ces positions et met plus spécifiquement l'accent sur l'efficacité des mesures adoptées[1684].

712. D'un point de vue juridique, le développement des relations et des partenariats avec les Etats tiers et les organisations internationales dans le respect des droits de l'homme est inscrit aujourd'hui à l'article 21 du TUE[1685]. En pratique, l'insertion des exigences en matière

---

[1680] V. supra, n° 444.

[1681] On y trouve notamment : COM (1995) 567 final, L'Union européenne et les aspects extérieurs de la politique des droits de l'homme ; COM (1995) 216 final, La prise en compte du respect des principes démocratiques et des droits de l'homme dans les accords entre la Communauté et les pays tiers ; COM (1998) 146 final, Démocratisation, État de droit, respect des droits de l'homme et bonne gestion des affaires publiques : les enjeux du partenariat entre l'Union européenne et les ACP ; COM (1999) 256 final, la lutte contre le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme dans les pays candidats à l'adhésion.

[1682] COM (2001) 252 final, 8 mai 2001, Le rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers, p. 6.

[1683] *Ibid.*, p. 9.

[1684] COM (2011) 866 final, 12 décembre 2011, Les droits de l'homme et la démocratie au cœur de l'action extérieure de l'UE - Vers une approche plus efficace.

[1685] Pour une approche générale de cette question de partenariat UE-Etats tiers, v. RAPOPORT, Cécile, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, avec une préface de Jean-Paul Jacqué,

de droits de l'homme dans les traités internationaux conclus par l'UE a pour point de départ les accords avec les pays ACP (Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes, et du Pacifique)[1686]. En particulier, dans la négociation de la Convention de Lomé III du 8 décembre 1984, les Etats signataires proclamèrent dans le préambule de la Convention « leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations grandes et petites »[1687]. Il est intéressant de remarquer que, compte tenu de la situation économique dans les pays ACP, une attention particulière a été donnée à la matière sociale. L'article 4 de la Convention disposa donc que l'accord conclu avait pour but de « promouvoir le progrès économique et social des Etats ACP et le bien-être de leurs populations, par la satisfaction de leurs besoins fondamentaux, la reconnaissance du rôle de la femme et l'épanouissement des capacités humaines dans le respect de leur dignité. » Il est vrai que ces dispositions ressemblent davantage à des déclarations d'intention politique et qu'il n'y avait pas de mécanisme de contrôle et de sanction[1688]. C'est pourquoi deux clauses supplémentaires ont été successivement adoptées plus tard pour renforcer l'effectivité de ces clauses « droits de l'homme ».

713. Tout d'abord, une clause dite « fondement »[1689] fait explicitement référence aux droits de l'homme comme le fondement des dispositions d'un accord bilatéral. Cette approche fait suite à une résolution du Conseil européen de 1991 qui réaffirme que le respect des droits de l'homme était l'un des fondements d'un développement équitable[1690]. Une telle référence peut paraître encore plus symbolique que réelle. Il reste que, comme notre thèse le suggère, l'étape de la « fondation » est un élément essentiel dans le fonctionnement général d'un système juridique. Dans le domaine des droits fondamentaux en particulier, le statut de fondement fait

Bruylant, 2011 ; SAUTENET, Antoine, *Partenariat stratégique entre Europe et pays émergents d'Asie*, Bruylant, 2014, sépc., p. 491 et s..

[1686] Pour une étude globale et récente sur le partenariat ACP/UE, v. le dossier spécial de la revue *Civitas Europa*, 2016, n°1, *L'avenir des relations ACP/Union européenne après Cotonou*, 248p.

[1687] Cité par RIDEAU, Joël, « Le rôle de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *RCADI*, 1997, tome 265, p. 383. V. aussi, LOCHAK, Danièle, « Les droits de l'homme dans les accords d'association et de coopération par l'UE », *in* Benlolo Carabot, Myriam, Ulas CANDAS et Eglantine CUJO, *Union européenne et droit international : en l'honneur de Patrick Daillier,* Paris, Pedone, 2012, pp. 539-549.

[1688] RIDEAU, Joël, « Le rôle de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *op. cit.*, p. 385.

[1689] LOCHAK, Danièle, « Les droits de l'homme dans les accords d'association et de coopération par l'UE », *op. cit.*, p. 543.

[1690] Les conclusions du Conseil de Lisbonne des 26 et 27 juin 1992, citées par CANDELA SORIANO, Mercedes, «L'Union européenne et la protection des droits de l'homme dans la coopération au développement : le rôle de la conditionnalité politique », *RTDH* 2002, pp. 875-900, spéc., p. 880.

que l'application de ces droits suit une méthode particulière. Par ailleurs, l'histoire montre que cette clause « fondement » a été très vite complétée par une clause dite « éléments essentiels ».

Cette clause « éléments essentiels » fut introduite en 1992 et s'est rapidement généralisée[1691]. Selon la Commission, cette clause « stipule que le respect des principes démocratiques et des droits fondamentaux de l'homme énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme est le fondement des politiques internes et externes des parties et constitue un "élément essentiel" de l'accord »[1692]. Autrement dit, le non-respect des droits fondamentaux de l'homme mentionnés constitue alors une violation de l'une des obligations essentielles de l'accord et peut donc justifier l'inexécution de la part de l'UE. Cette possibilité d'inexécution est par la suite explicitée dans de nombreux accords. Poursuivant le partenariat établi par les conventions de Lomé, l'accord de Cotonou, signé le 23 juin 2000 entre l'UE et ACP[1693], constitue un exemple classique[1694]. En effet, outre l'article 9 qui reprend la clause « éléments essentiels », l'article 95 §2, a) de l'accord prévoit que « [s]i (…) une partie considère que l'autre a manqué à une obligation découlant du respect des droits de l'homme, des principes démocratiques et de l'État de droit visés à l'article 9, paragraphe 2 », en vue de chercher une solution acceptable par les parties, « elle invite l'autre partie à procéder à des consultations, portant principalement sur les mesures prises ou à prendre par la partie concernée afin de remédier à la situation ». Si de telles solutions n'ont pas été trouvées, « des mesures appropriées peuvent être prises ». Une telle protection des droits de l'homme[1695] ne peut plus être considérée seulement comme une déclaration d'intention. On a remarqué par exemple que ce mécanisme coercitif a été activé à vingt-trois reprises entre 1995 et 2012[1696].

714. La clause « droits de l'homme » a acquis aujourd'hui une place prépondérante dans les relations conventionnelles entre l'UE et les Etats tiers. Plusieurs accords récents[1697]

[1691] COM (2001) 252 final, *préc.*, p. 9.
[1692] *Ibid.*
[1693] Régulièrement révisé tous les cinq ans (art. 95 de l'accord). V. CLERGERIE, Jean-Louis, Annie GRUBER et Patrick RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 2016, p. 1039 et s. Il n'y a cependant pas de nouvelles révisions avant 2020, puisque les partenaires ont préféré d'entamer les négociations sur « après Cotonou ».
[1694] CAPITOLIN, Jean-Louis, « L'enjeu de la conditionnalité démocratique », *in* PERROT, Danielle (dir.), *Les relations ACP/UE après le modèle de Lomé : Quel partenariat ?*, Bruylant, 2007, pp. 371-418.
[1695] ABDOU HASSANN, Adam, « L'Accord de Cotonou : une convention relative aux droits de l'homme ? », *RDUE* 2013, pp. 85-119.
[1696] YONAN, Franck, « La révision du mécanisme conventionnel ACP-UE de sanction pour violations des droits fondamentaux », *RTDH* 2013, pp. 566-594, spéc. p. 568.
[1697] En outre de ceux cités ci-dessous, v. aussi WOUTERS, Jan, Idesbald GODDEERIS, Bregt NATENS et Filip CIORTUZ, « Some Critical Issues in the EU–India Free Trade Agreement Negotiations », *E. L. J.* 2014, pp. 848-969 ; MCKENZIE, Lachlan, et Katharina L. MEISSNER, « Human Rights Conditionality in European Union Trade Negotiations: the Case of the EU–Singapore FTA », *Journal of Common Market Studies* 2017, n°4, pp. 832-

montrent sa vitalité, mais aussi la très grande variété de son contenu qui dépend des éléments géopolitiques.

A l'égard d'un Etat qui commence à développer une culture démocratique, la clause adopte bien la formule la plus simple d'« éléments essentiels ». Dans le très récent accord de dialogue politique et de coopération entre l'UE et Cuba[1698], l'article 1er §5 prévoit clairement que « [l]e respect et la promotion des principes démocratiques, le respect de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la déclaration universelle des droits de l'homme et dans les instruments internationaux fondamentaux en matière de droits de l'homme et leurs protocoles facultatifs qui sont applicables aux parties, ainsi que le respect de l'état [sic] de droit constituent un élément essentiel du présent accord ». L'article 85 §3 confirme la sanction en stipulant que « la suspension constituerait une mesure prise en dernier ressort » et que la violation des éléments essentiels de l'accord constituerait une « violation substantielle de l'accord » justifiant des mesures d'urgence. Avant d'employer cette sanction ultime, les parties peuvent recourir à des « mesures appropriées » arrêtées conformément au droit international (art. 85, §2). Nous voyons donc une certaine standardisation de la clause relative aux « droits fondamentaux » : la proclamation d'un noyau de droits universellement reconnus (en particulier la Déclaration universelle et les principes communs) ; la gradation des sanctions en cas d'inexécution d'obligations et l'éventuelle suspension de l'accord pour protéger les droits de l'homme en tant qu'élément essentiel.

Face à des Etats qui sont géographiquement plus proches et qui pourraient avoir vocation à devenir membre de l'UE, le contenu de la clause peut devenir beaucoup plus large. Dans l'accord d'association entre l'UE et l'Ukraine du 27 juin 2014[1699], l'article 2 évoque non seulement la DUDH, mais aussi la Convention EDH et certains instruments de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe. Selon un auteur, l'accord met donc en avant une plus grande convergence au plan axiologique entre les deux parties cocontractantes[1700].

---

849 ; LEBULLENGER, Joël, « Signature de l'accord-cadre avec la Corée : l'Union européenne inaugure un nouveau modèle conventionnel », *RTD eur.* 2013, pp. 599-602.

[1698] Décision 2016/2232 du 6 décembre 2016 du Conseil autorisant la signature de l'accord. V. FLAESCH-MOUGIN, « Tournant historique dans les relations entre l'Union européenne et Cuba avec la signature d'un accord de dialogue politique et de coopération », *RTD eur.* 2017, pp. 138-140.

[1699] *JOUE*, 2014, L161/3. Rappelons que cet accord a rencontré récemment un obstacle dû à un référendum négatif aux Pays-Bas à propos de sa ratification, v. HERVE, Alan, « Les résistances des Etats membres au développement des relations conventionnelles de l'UE », *RTD eur.* 2017, pp. 119-123.

[1700] CHAZARYAN, Narine, « A new generation of human rights clauses ? The case of association agreements in the Eastern neighbourhood », *E. L. Rev.* 2015, pp. 391-410, spéc., p. 393.

En matière sociale, la clause sur les « droits de l'homme » peut devenir une clause sociale portant spécifiquement sur les droits sociaux fondamentaux.

2. Les « clauses sociales »

715. L'apparition de ce type de clause est étroitement liée à l'évolution du commerce international dont le libéralisme pourrait être une source de concurrence dérégulée. Comme le P^r^ Moreau le note, ces clauses sont apparues vers le début du 20^e^ siècle dans les traités internationaux signés par les Etats-Unis et restent marqués d'un certain impérialisme dû à son utilisation unilatérale[1701]. Une première tentative véritablement internationale, malheureusement non aboutie, est la Charte de La Havane du 24 mars 1948 qui devait procéder à la création d'une Organisation internationale du commerce[1702]. L'article 7 de la Charte qui porte sur les « normes de travail équitables » dispose dans son premier paragraphe que « [l]es Etats membres reconnaissent que les mesures relatives à l'emploi *doivent pleinement tenir compte des droits qui sont reconnus aux travailleurs par des déclarations, des conventions et des accords intergouvernementaux*. Ils reconnaissent que tous les pays ont un intérêt commun à la réalisation et au maintien de normes équitables de travail en rapport avec la productivité de la main-d'œuvre et, de ce fait, aux conditions de rémunération et de travail meilleures que cette productivité rend possibles. Les Etats membres reconnaissent que l'existence de conditions de travail non équitables, particulièrement dans les secteurs de la production travaillant pour l'exportation, crée des difficultés aux échanges internationaux. En conséquence, chaque Etat membre prendra toutes les mesures appropriées et pratiquement réalisables en vue de faire disparaître ces conditions sur son territoire »[1703]. La protection des droits fondamentaux des travailleurs était ainsi placée en tête de ce système de préservation du travail équitable. Cette protection est par ailleurs considérée comme un élément indispensable dans le bon fonctionnement des échanges internationaux. La Charte n'ayant pas pu entrer en vigueur, il a fallu attendre la transformation du GATT en Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1994 pour voir réapparaître les discussions sur l'introduction d'une clause sociale, qui devrait imposer le respect de plusieurs droits sociaux fondamentaux à la demande des gouvernements

[1701] MOREAU, Marie-Ange, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006, pp. 190-191.
[1702] V. Le cours du P^r^ Supiot au Collège de France (2014-2015) sur la « justice sociale internationale » ; REIS, Patrice, « Commerce international, clause sociale et développement durable », *in* REMICHE, Bernard et Hélène RUIZ-FABRI (dir.), *Le commerce international entre bi- et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 307-325.
[1703] Nous soulignons.

américain et français, à savoir l'interdiction du travail des enfants, l'interdiction du travail forcé, l'interdiction des discriminations et la liberté syndicale et le droit à la négociation collective[1704]. A nouveau, la clause fut notamment accusée de protectionnisme et n'a pu être acceptée[1705].

716. Qu'en est-il de la situation de l'UE ? Il nous semble que depuis la Communication de la Commission en 2001, l'UE affirme clairement l'indivisibilité des droits fondamentaux de l'homme[1706]. Dans l'accord de dialogue entre Cuba et l'UE précité, l'article 5 prévoit clairement que « [d]ans le cadre du dialogue politique global, les parties conviennent d'instaurer un dialogue sur les droits de l'homme (…). L'ordre du jour (…) aborde de façon équilibrée les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. »[1707] En général, l'établissement de relations commerciales est associé aux exigences de développement durable[1708]. Dans les accords purement commerciaux, il arrive que la protection des droits (sociaux) fondamentaux occupe une place relativement réduite, prenant seulement la forme de la défense de l'ordre public. Dans le récent Accord économique et commercial global (CETA)[1709] entre l'UE et le Canada, nous voyons donc que les droits de l'homme et la protection du travail trouvent leur place avant tout dans le préambule[1710]. L'article 8.9 §1

[1704] MOREAU, Marie-Ange, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, *op. cit.*, 2006, p. 192.

[1705] Le débat s'est alors déplacé et concerne désormais la possibilité d'invoquer des clauses existantes (comme l'article XX du GATT toujours applicable qui permet de suspendre les échanges en cas de circonstances exceptionnelles) pour introduire des considérations sociales. V. MOREAU, Marie-Ange, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, *op. cit.*, 2006, pp. 193-195.

[1706] COM (2001) 252 final, p. 13 ; COM (2011) 886 final, p. 4.

[1707] V. aussi, l'article 22 §4 de l'accord qui rappelle que ces droits sont « universels, indissociables, interdépendants et intimement liés ».

[1708] Cf. Accord d'association entre l'UE et l'Ukraine, précité, art. art. 289 et s., en particulier l'article 291 : « 1. Les parties reconnaissent que le plein emploi productif et un travail décent pour tous constituent des aspects essentiels en matière de commerce dans le contexte de la mondialisation. Les parties réaffirment qu'elles sont résolues à favoriser le développement du commerce de manière à encourager le plein emploi productif et le travail décent pour tous, hommes, femmes et jeunes gens.

2. Les parties veillent à promouvoir et appliquer, dans leur législation et leurs pratiques, les normes fondamentales du travail reconnues au niveau international, à savoir:

a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; b) l'abolition de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; c) l'abolition effective du travail des enfants; d) l'abolition de la discrimination en matière d'emploi et de travail.

3. Les parties réaffirment être résolues à mettre effectivement en œuvre les conventions fondamentales et prioritaires de l'OIT qu'elles ont ratifiées, ainsi que la déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Les parties conviennent également d'envisager la ratification et la mise en œuvre d'autres conventions de l'OIT définies comme à jour par cette organisation.

4. Les parties soulignent que les normes en matière de travail ne devraient pas être utilisées à des fins protectionnistes. Elles notent que leur avantage comparatif ne devrait en aucun cas être remis en cause. »

[1709] On se souvient bien sûr de la résistance belge (plus précisément de la région wallonne) qui montre la difficulté dans la signature de ce type d'accord. V. HERVE, Alan, « Les résistances des Etats membres au développement des relations conventionnelles de l'UE », *RTD eur.* 2017, pp. 119-123.

[1710] « [Les parties] RÉAFFIRMANT leur profond attachement à la démocratie et aux droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, faite à Paris le 10 décembre 1948, et étant d'avis que la prolifération des armes de destruction massive constitue une grave menace pour la sécurité internationale;

prévoit aussi que « [p]our l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle. » Mais il n'est pas vraiment une clause sociale qui vise classiquement à imposer une *sanction négative* à une partie cocontractante lorsqu'elle ne respecte pas les droits sociaux fondamentaux.

717. Un autre mécanisme plus semblable employé par l'UE est le système des préférences généralisées (SPG), qui peut être défini comme un mécanisme visant à « aider les pays en développement à lutter contre la pauvreté en leur procurant des revenus grâce au commerce international et en leur octroyant des préférences tarifaires »[1711]. Comparé à la clause sociale, il serait donc une *incitation positive*. Mais comme le P[r] De Schutter l'a déjà remarqué[1712], cette distinction n'a pas lieu d'être, puisqu'elle présuppose qu'il existe un niveau tarifaire standard pour la taxation des échanges internationaux. Il est donc possible de les étudier aux côtés de la clause sociale *stricto sensu*.

L'UE est en effet la première à utiliser ce système dès 1971 sur les recommandations de la « Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement » (CNUCED)[1713]. Conçu de manière temporaire, il a pu, malgré le développement des accords UE-ACP, se renouveler et s'améliorer au cours du temps. Sa dernière mouture, datant de 2012[1714], présente

---

RECONNAISSANT l'importance de la sécurité internationale, de la démocratie, des droits de l'homme et de la primauté du droit en vue du développement du commerce international et de la coopération économique; (...) RÉAFFIRMANT leur engagement à promouvoir le développement durable et le développement du commerce international de manière à contribuer aux dimensions économique, sociale et environnementale du développement durable; ENCOURAGEANT les entreprises qui exercent des activités sur leur territoire ou qui relèvent de leur juridiction à respecter les lignes directrices et principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale des entreprises, y compris les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, et à adopter des pratiques exemplaires en matière de conduite responsable des entreprises; METTANT EN ŒUVRE le présent accord d'une manière qui est conforme à l'application de leur législation respective en matière de travail et d'environnement et qui renforce leurs niveaux de protection du travail et de l'environnement, en s'appuyant sur leurs engagements internationaux dans les domaines du travail et de l'environnement; (…) »

[1711] V. par ex., CLERGERIE, Jean-Louis, Annie GRUBER et Patrick RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 2016, p. 1049.

[1712] DE SCHUTTER, Olivier, *Trade in the Service of Sustainable Development*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 104.

[1713] V. règlement n°1314/71 du 21 juin 1971, établissant pour certains produits des chapitres 1 à 24 du tarif douanier commun, un système de préférences généralisées en faveur des pays en voie de développement, *JOCE* L 142, p. 76, cité par CLERGERIE, Jean-Louis, Annie GRUBER et Patrick RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 2016, p. 1049.

[1714] V. règlement n°978/2012 du 25 octobre 2012, appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement n°732/2008 du Conseil.

donc une structure tripartite[1715] : un régime général de préférence tarifaire ; un régime spécial dit « SPG+ » en faveur des pays « les plus vulnérables » et un régime dit « tout sauf les armes » à l'égard des « pays les moins avancés ». Le régime général (art. 4 et s.) maintient un ensemble de mesures de réduction des droits de douanes (art. 7) et les deux autres accordent des avantages supplémentaires jusqu'à la suspension totale des droits douaniers pour tous les produits, « sauf les armes » (régime dit aussi « droit zéro sans quota »), dans l'accès au marché unique européen (art. 18). L'article 19 du règlement prévoit toutefois des hypothèses de retrait de préférences communes à tous les régimes. L'une d'entre elles consiste en la « violation grave et systématique des principes définis dans les conventions énumérées à l'annexe VIII, partie A ». Il s'agit en effet de certaines conventions internationales de protection des droits de l'homme, en particulier de conventions de l'OIT[1716]. Pour le régime « SPG+ », il y a même une condition assez stricte de ratification de toutes les conventions visées à l'annexe VIII.

En pratique, il est déjà arrivé que le Conseil de l'UE décide de retirer les bénéfices à la Birmanie en 1997 et au Sri Lanka en 2010. Il est intéressant de remarquer que ces mesures ont été motivées par le constat de violation des conventions surtout en matière de droits civils et politiques. Outre l'hypothèse d'une préférence des institutions de l'UE pour ces conventions, ce qui reviendrait à distinguer les droits sociaux des droits civils et politiques, le P[r] De Schutter remarque qu'il pourrait y avoir une difficulté liée aux accusations de protectionnisme[1717], si l'UE mettait en avant plutôt les conventions de l'OIT, une accusation que nous avons déjà notée à propos des clauses sociales avec le P[r] Moreau[1718]. Un tel souci pourrait être évité par l'élaboration de conventions internationales de protection de droits fondamentaux.

[1715] C'est déjà le cas de la précédente version, v. règlement 732/2008 du 22 juillet 2008 (*JOUE* L 211, p. 1), cité par CLERGERIE, Jean-Louis, Annie GRUBER et Patrick RAMBAUD, *L'Union européenne*, *op. cit.*, p. 1052.

[1716] Sans citer toutes ces conventions, il s'agit de : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) ; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), du côté de l'ONU et la Convention concernant le travail forcé ou obligatoire, n°29 (1930), la Convention concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, n°87 (1948) 10. Convention concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, n°98 (1949), la Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, n°100 (1951), la Convention sur l'abolition du travail forcé, n°105 (1957), du côté de l'OIT, etc.

[1717] DE SCHUTTER, Olivier, *Trade in the Service of Sustainable Development*, *op. cit.*, p. 122.

[1718] De fait, étant donné que l'UE est membre de l'OMC et que l'on a vu que l'idée de clause sociale n'a pas pu être retenue dans ce système, on rencontre aussi la question de la compatibilité de ces clauses sociales avec les accords de l'OMC. Pour ne pas trop s'éloigner de notre sujet, notons simplement qu'il est possible de recourir à des exceptions prévues par l'OMC, à savoir celles liées au développement d'unions douanières et de zones de libre-échange (art. XXIV de l'Accord général de 1994) et à la participation des pays en voie de développement, v. DAMASIO BORGES, Daniel, *L'Etat social face au commerce international*, avec une préface de Jean-Marc Sorel,

B. La conclusion de conventions internationales en matière de droits fondamentaux

718. D'emblée, cette voie pourrait nous paraître douteuse, car nous avons vu que, dans ses rapports avec le Conseil de l'Europe, le juge de l'UE est davantage préoccupé par l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE que par la coordination institutionnalisée de la protection des droits fondamentaux. Dès lors, l'adhésion de l'UE à une convention internationale de protection des droits sociaux fondamentaux devrait paraître au moins tout aussi problématique aux yeux de la CJUE. Le constat de l'état actuel du droit paraît mitigé : si l'UE paraît très ouverte face à certaines conventions de l'ONU (1), ses relations avec l'Organisation internationale du travail (OIT) restent tendues (2).

1. L'adhésion effective à une convention internationale

719. Suivant le P[r] Burgorgue-Larsen, on pourrait parler de « l'importation négociée » pour désigner cette modalité de créer des obligations en matière de droits fondamentaux[1719]. L'exemple typique en matière sociale serait l'adhésion de l'UE à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées[1720] (a). Leur effectivité dans l'UE montre cependant une certaine limite à cette manière d'articuler les protections de droits fondamentaux (b).

a. La ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées

720. Faisant suite à la Déclaration sur les droits des personnes handicapées proclamée par l'Assemblée générale de l'ONU le 9 décembre 1975[1721], cette convention a été adoptée, avec un certain décalage, le 13 décembre 2006 et entrée en vigueur le 3 mai 2008. La définition (ou l'absence de définition) du handicap était l'un des éléments centraux des négociations[1722]. Les négociations à ce sujet étaient marquées par les influences de grands ensembles régionaux

---

Paris, L'Harmattan, 2013, p. 491 et s., spéc., p. 494. Plus spécifiquement, le régime « SPG » a été mis en cause par l'Inde devant l'OMC, v. HARRISON, James, « Incentives for Development: the EC's Generalised System of Preferences, India's WTO Challenge and Reform », *CML Rev.* 2005, pp. 1663-1689.

[1719] BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux », *in* BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, et Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives*, *op. cit.*, pp. 359-377, spéc., p. 374.

[1720] POPOTAS, Costas, « Les droits des personnes handicapées : nouvelle réalité suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et à la signature de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *RUDH* 2013, pp. 103-108.

[1721] V. DHOMMEAUX, Jean, « La Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole du 13 décembre 2006 », *RTDH* 2013, pp. 529-550, spéc., p. 530.

[1722] BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux », *in* BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, et Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives*, *op. cit.*, pp. 359-377, spéc., p. 364.

tels que l'Amérique du nord, le monde arabo-musulman et l'UE[1723]. Initialement favorable à l'absence de définition (c'est le cas de la directive 2000/78), l'UE soutenait finalement la nécessité de définir le handicap à la suite de l'arrêt *Chacón Navas* de la Cour de justice[1724]. Dans cet arrêt, la Cour de justice a notamment défini le « handicap » comme « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle ». (§43) En même temps, elle a exclu l'assimilation de la « maladie » au handicap (§44). Quant à la Convention de l'ONU, elle définit finalement à son article 1er le handicap comme « des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres. » Comme le remarque un auteur, la notion d'« incapacité » est « la clé de voûte » de cette définition[1725]. Le caractère « durable » est simplement énoncé sans être défini, de même que dans l'arrêt *Chacón Navas* (§44). Malgré cela, la notion d'« incapacité » paraît d'emblée plus générale que le handicap retenu par le juge de l'UE. L'UE devrait-elle alors se soumettre au niveau de protection plus exigent de la Convention de l'ONU ? Rétrospectivement, il semble que nous pouvons constater une « importation » sans ambiguïté de la notion onusienne, par le biais de la primauté des engagements internationaux pris par l'UE.

Dans l'arrêt *HK Danmark*[1726] (dit aussi *Ring*), il était question des licenciements, conformément au droit danois, de deux salariées, respectivement victimes d'une maladie incurable et d'un accident de la circulation. L'une des questions posées à la Cour de justice était précisément de savoir si une maladie, curable ou incurable, pouvait relever de la notion de handicap au sens de la directive 2000/78. La Cour de justice, se référant à une jurisprudence antérieure[1727], rappela que, en vertu de l'article 216 §2 du TFUE[1728], « lorsque des accords

---

[1723] BOUJEKA, Augustin, « La Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS* 2007, pp. 799-809, spéc., p. 800.
[1724] CJCE, 11 juillet 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, *Europe* 2006, n°10, p. 17, n. L. Idot ; *RDSS* 2007, p. 75, n. A. Boujeka.
[1725] BOUJEKA, Augustin, « La Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *op. cit.*, p. 802.
[1726] CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark* (agissant pour J. Ring et L. S. Werge), aff. jtes, C-355, 337/11, *D.* 2013, p. 1388, obs. A. Boujeka ; *JCP S* 2013, n°23, p. 21, n. J. Cavallini ; *RDSS* 2013, p. 843, étude H. Rihal et J. Charruau ; *RDT* 2013, p. 657, obs. Ch. Boutayeb ; *RJS* 2013, p. 440, n. H. Tissandier.
[1727] CJUE, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e. a.*, C-366/10, *Europe* 2012, n°3, p. 5, étude D. Simon; *JDI* 2012, p. 1005, étude J.-S. Bergé. L'affaire concernait la conformité au droit international et coutumier de la directive 2008/101 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.
[1728] « Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les Etats membres ». Cet article a été créé par le Traité de Lisbonne, mais il reprend en réalité la jurisprudence de la Cour de justice. V. par ex., CJCE, 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, C-61/94, *Rec.* p. I-3989, §52; CJCE, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, C-

internationaux sont conclus par l'Union européenne, les institutions de l'Union sont liées par de tels accords et, par conséquent, ceux-ci priment les actes de l'Union » (§28). Poursuivant son analyse, la Cour expliqua que cette primauté des accords internationaux sur « les textes de droit dérivé commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords » (§29). On aura remarqué que cette primauté ne s'applique qu'au droit dérivé et impose avant tout l'obligation d'interprétation conforme au juge, qui est, comme nous l'avons vu, une sorte d'effet vertical[1729].

721. Restons d'abord sur la notion du « handicap ». Vu la primauté de la Convention de l'ONU de 2006 sur la directive 2000/78, le juge de l'UE adapta alors sa propre définition au regard de celle de l'ONU (§§37-38). Dès lors, « si une maladie curable ou incurable entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée, une telle maladie peut relever de la notion de "handicap" au sens de la directive 2000/78 » (§41). Sans véritablement renverser la position de l'arrêt *Chacón Navas* – puisque « une assimilation pure et simple de la notion de "handicap" à celle de "maladie" est exclue » (*HK Danmark*, §75), la Cour a néanmoins fait évoluer sensiblement sa propre définition. Des arrêts récents ont confirmé ce changement[1730].

Dans l'affaire *Daouidi*[1731] de 2016 qui concernait le licenciement d'un assistant de cuisine accidenté, la question atteignit une nouvelle profondeur, car la juridiction espagnole de renvoi essaya de faire interagir le droit international et la Charte des droits fondamentaux de l'UE, autrement dit, avec le droit primaire de l'UE. L'affaire avait une particularité bien intéressante, puisque le droit interne espagnol prévoit la nullité comme sanction d'un

---

308/06, *Rec.* p. I-4057, §42 ; et notamment CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402 et 415/05. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce dernier arrêt, v. infra, n° 731.

[1729] V. supra, n° 233.

[1730] V. par ex., CJUE, 18 mars 2014, *Z.*, C-363/12, *AJDA* 2014, p. 1153, Chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et Ch. Gänser ; *Europe* 2014, n°5, p. 14, n. D. Simon, qui concerne une femme atteinte d'une affection rare la privant d'utérus, et partant, de capacité de grossesse. S'estimant discriminée en raison de handicap pour obtenir le congé de maternité, elle a agi en justice. La Cour rappela la nouvelle définition du « handicap », mais exclut cette situation du champ d'application de la directive 2000/78 qui concerne les relations professionnelles. De même, CJUE, 18 décembre 2014, *Fag og Arbejde* (agissant pour Karsten Kaltoft), C-354/13, *D.* 2015, p. 475, n. A. Boujeka ; *Europe* 2015, n°2, p. 40, n. L. Driguez ; *Jurisprudence de la CJUE 2014* (éd. Bruylant, 2014), p. 267, n. S. Robin-Olivier. La Cour reconnaît dans cet arrêt l'existence d'un principe général de non-discrimination, mais le motif d'obésité n'est pas un critère discriminatoire comme tel. Il reste que ce motif peut être considéré comme un « handicap », conformément à la définition dans l'arrêt *HK Danmark*.

[1731] CJUE, 1er décembre 2016, *Daouidi*, C-395/15, *Europe* 2017, n°2, p. 34, n. L. Driguez.

licenciement portant atteinte à un droit fondamental, mais ne reconnaît pas les séquelles de l'accident en cause comme un handicap. Autrement dit, M. Daouidi ne pouvait certainement pas obtenir la nullité de son licenciement par le seul droit interne. La juridiction de renvoi invoqua alors la Charte de l'UE, et posa plusieurs questions sur la notion de handicap au sens de l'article 21 de la Charte, la sanction réservée dans ce cas-là à un licenciement injustifié, l'effet direct horizontal et la distinction entre « droit » et « principe » au sens de la Charte (§36). La Cour de justice, de concert avec l'avocat général Y. Bot[1732], esquiva ces questions, en considérant qu'il appartenait au juge national de déterminer si l'incapacité de M. Daouidi constituait un handicap au sens de la directive 2000/78, dont la seule applicabilité entraînerait celle de la Charte des droits fondamentaux. A ce stade de la procédure, il n'y avait donc pas lieu de répondre aux questions susmentionnées. En même temps, la Cour apporta une précision sur le caractère « durable » dans la notion de handicap qui s'apprécie selon la méthode de faisceau d'indices. Selon elle, « [parmi les indices pertinents], figurent notamment le fait que, à la date du fait prétendument discriminatoire, l'incapacité de la personne concernée ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme ou (…) le fait que cette incapacité est susceptible de se prolonger significativement avant le rétablissement de ladite personne » (§57).

722. Un exercice de juris-fiction semble nous avoir été ainsi tendu. S'il fallait le faire avec la théorie que nous développons dans cette thèse, il nous paraît tout d'abord que l'application de la directive devrait en effet entraîner celle de la Charte. En même temps, pour la cohérence interne du droit de l'UE, la définition du handicap ne devrait pas varier selon qu'il s'agit de la Charte ou de la directive 2000/78. Dans ce cas-là, la combinaison entre les articles 21 (non-discrimination en raison du handicap) et 30 (protection contre les licenciements injustifiés) conduit à une concrétisation suffisante qui énonce comme norme que tout licenciement fondé exclusivement sur le handicap soit interdit. Les articles en cause seraient alors qualifiés de « droits » au sens de la Charte et produiraient un effet direct horizontal dans le litige. Enfin, en ce qui concerne la sanction, lorsque le droit de l'UE ne la prévoit pas par le droit dérivé, il appartient normalement aux législateurs nationaux de l'établir et ils disposent à cet égard d'une marge d'appréciation que l'UE doit respecter en raison du principe d'ouverture en matière de droits fondamentaux. Néanmoins, si un Etat a déjà jugé qu'une sanction effective

[1732] Conclusions présentées le 26 mai 2016 par l'avocat général Yves Bot dans l'affaire *Daouidi*, C-395/15.

et appropriée devrait être la nullité du licenciement, il devrait adopter la même sanction pour toute discrimination fondée sur le handicap.

Quoi qu'il en soit, la Cour s'est arrêtée à l'interprétation de la Convention de l'ONU et ne lui permet d'imposer qu'une interprétation conforme. Quelle serait alors l'effectivité exacte de cette convention onusienne ? Y aurait-il un effet direct horizontal ?

b. L'effectivité limitée des conventions internationales conclues par l'UE

723. Compte tenu de notre sujet, il nous est impossible de traiter de manière détaillée ce sujet[1733]. Notre interrogation se concentre donc sur les effets des conventions internationales de droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'UE.

De manière générale, comme le rappellent les P^rs^ Blumann et Dubouis, la Cour de justice établit une différence entre sources internes du droit de l'UE et sources internationales[1734] : « les accords internationaux ne créent de droits et obligations qu'entre les parties contractantes, ce qui rend exceptionnelle la reconnaissance de l'effet direct. » Le constat de l'effet direct passe donc par un triple contrôle de la force obligatoire de l'accord international au regard de l'UE, de son aptitude globale à être invocable (sa nature et son économie) et des conditions techniques de précision et d'inconditionnalité. Comme le fameux arrêt *FIAMM* le rappelle à propos des décisions de l'Organe de résolution de différends (ORD) de l'OMC[1735], « les effets, dans la Communauté, des dispositions d'un accord conclu par celle-ci avec des États tiers ne sauraient être déterminés en faisant abstraction de l'origine internationale des dispositions en cause. Conformément aux principes du droit international, les institutions communautaires qui sont compétentes pour négocier et conclure un tel accord sont libres de convenir avec les États tiers concernés des effets que les dispositions de cet accord doivent produire dans l'ordre interne des parties contractantes » (§108). La différence avec l'arrêt *Van Gand en Loos* qui voit dans la CEE un nouveau type d'ordre juridique est donc patente. Il existe seulement une exception[1736] : le cas où l'UE « a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre

---

[1733] Pour une étude spécifique récente, v. DELILE, Jean-Félix, *L'invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'Etat français*, thèse à l'Université de Bordeaux, sous la direction des P^rs^ Marie GAUTIER-MELLERAY et Loïc GRARD, 2014 ; LAGRANGE, Evelyne, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCDAI*, tome 356, pp. 239-552.

[1734] BLUMANN, Claude, et Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'UE*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 646.

[1735] CJCE, 9 septembre 2008, *FIAMM*, aff. jtes, C-120, 121/06 P, *RFDA* 2009, p. 329, étude L. Coutron.

[1736] V. déjà, CJCE, 22 juin 1989, *Fediol*, C-70/87, *Rec.* p. 1781 ; CJCE, 8 juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd*, C-69/89, *Rec.* p. I-2069.

de l'OMC ou dans l'occurrence où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC qu'il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles de l'OMC » (§112).

Le mécanisme de l'ORD s'inscrit dans la logique du commerce international et inclut donc des tractations qui pourraient empêcher en effet la reconnaissance d'un effet direct au sein de l'UE. En revanche, en matière de droits fondamentaux de l'homme, la différence entre le droit de l'UE et le droit international conventionnel des droits de l'homme (songeons par exemple à la Conv. EDH) est beaucoup plus ténue. D'un point de vue conceptuel, rien n'empêche de reconnaître l'effet direct (voire horizontal) des droits de l'homme contenus dans une convention comme celle relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU. Est-ce la position de la CJUE ? La question ne semble pas avoir été tranchée dans la jurisprudence de la Cour, du moins en ce qui concerne les effets des conventions internationales auxquelles l'UE a adhéré. Un cas proche serait la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement de 1998, ou comme on le dit parfois, sur la « démocratie environnementale »[1737]. Bien qu'elle soit une convention onusienne et qu'elle n'emploie pas directement le vocabulaire des droits de l'homme, elle s'adresse néanmoins essentiellement à l'Europe (en particulier l'UE qui a adhéré à cette convention) et fait écho à l'émergence des droits fondamentaux en matière environnementale[1738].

724. L'article 9 §3 de la Convention d'Aarhus prévoit en particulier que « chaque Partie veille à ce que les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ». Plusieurs organismes ont donc voulu se fonder sur cet article pour contester des décisions nationales et de l'UE, en invoquant naturellement l'effet direct vertical de la convention. Toutefois, à trois reprises[1739] et adoptant une position différente

---

[1737] VAN LANG, Agathe, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n°2, pp. 25-41.

[1738] Dans le même sens, MARGUENAUD, Jean-Pierre, « La Convention d'Aarhus et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue juridique de l'environnement*, 1999, n°1, pp. 77-87.

[1739] CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C-240/09, *Europe* 2011, n°5, p. 9, n. D. Simon (cette affaire concerne une décision nationale slovoque d'autoriser certaines chasses aux ours bruns) ; CJUE, 13 janvier 2015, *Vereniging Milieudefense*, C-401/12, *Jurisprudence de la CJUE 2015* (Bruylant, 2015), p. 352, obs. P. Thieffry ; CJUE, 13 janvier 2015, *Stichting Natuur en Milieu*, C-404/12, v. *Jurisprudence de la CJUE 2015* (Bruylant, 2015), p. 54, obs. D. Dero-Bugny.

de celle du Tribunal, la Cour de justice refuse l'effet direct de la convention, en soulignant que l'article 9 §3 « ne contient aucune obligation inconditionnelle et suffisamment précise de nature à régir directement la situation juridique des particuliers et ne répond pas, de ce fait, à ces conditions », car les titulaires de ce droit doivent être identifiés à partir des critères du « droit interne »[1740].

Une telle position ne nous paraît cependant pas convaincante. Si l'on considérait ce droit d'agir en justice comme un droit fondamental, la Cour aurait dû procéder à une concrétisation et non pas s'en tenir seulement aux données textuelles qui, par la mention des droits nationaux et d'expressions comme « chaque partie veille », peuvent en effet laisser penser qu'il n'y a pas d'effet direct. A la différence de cette approche formelle, la concrétisation, qui part aussi des données linguistiques, met toutefois l'accent sur le droit protégé par l'article en cause : le droit d'agir en matière environnementale. Il y a donc une exigence normative minimale à l'égard de l'UE et de ses Etats membres qui garantit « l'existence même du droit d'agir ». Dans les trois affaires en la matière, la qualité des associations de défense de l'environnement n'a jamais été mise en cause. Mais le droit d'agir, qui devrait exister en leur faveur, se trouve bel et bien dénié. Dans la logique des droits fondamentaux, il y aurait alors une atteinte à l'essence même du droit. Il est vrai que la convention d'Aarhus ne se conçoit pas comme une déclaration des droits fondamentaux en matière environnementale. Néanmoins, la Cour de justice ne semble pas donner une acception adéquate au critère de précision suffisante et d'inconditionnalité, même d'après la doctrine traditionnelle qui concerne les conventions internationales ordinaires. Comme un auteur le remarque, « le procédé [qui qualifie l'article 9 §3 d'incomplet] est fallacieux »[1741].

En tout cas, en l'état actuel du droit de l'UE, il est fort probable qu'une convention internationale relative aux droits de l'homme soit traitée par l'UE comme n'importe quelle convention. Il n'est cependant pas exclu que le juge de l'UE prête une attention particulière à des conventions que certaines organisations internationales qualifieraient de « fondamentales », comme dans le cas de l'OIT. Mais en regardant de plus près, nous ne pouvons que constater une relation relativement conflictuelle entre l'UE et l'OIT.

[1740] V. par ex., CJUE, 13 janvier 2015, *Stichting Natuur en Milieu*, préc., §47.
[1741] DELILE, Jean-Félix, « L'invocabilité des accords internationaux devant le juge de la légalité des actes de l'Union européenne. Etat des lieux à l'occasion des arrêts *Vereniging Milieu Defensie* et *Stichting Natuur en Milieu* », *Cah. dr. eur.* 2015, pp. 151-178, spéc., p. 167.

2. Les tensions existantes entre l'UE et l'OIT

725. Les relations entre l'UE et l'OIT ne se conçoivent pas en termes d'adhésion *stricto sensu*[1742], puisque l'UE n'est pas une partie de l'OIT (a). Cela ne veut pas dire toutefois que l'OIT n'impose pas d'obligations juridiques à l'UE. On peut notamment songer à l'article 351 du TFUE qui dispose que « [l]es droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités. »[1743] Autrement dit, à travers les engagements pris par les Etats membres de l'UE, cette dernière pourrait se trouver liée par les conventions de l'OIT. La réalité montre cependant une divergence de fond entre les deux organisations, comparable à celle entre l'UE et le Comité européen des droits sociaux (b).

a. Le statut particulier de l'UE dans l'OIT

726. L'article 1er §3 de la Constitution de l'OIT prévoit que « [t]out Membre originaire des Nations Unies et tout Etat admis en qualité de Membre des Nations Unies par décision de l'Assemblée générale conformément aux dispositions de la Charte peut devenir Membre de l'Organisation internationale du Travail en communiquant au Directeur général du Bureau international du Travail son acceptation formelle des obligations découlant de la Constitution de l'Organisation Internationale du Travail. » A l'heure actuelle, l'UE n'est qu'un observateur avancé de l'ONU et ne semble donc pas pouvoir devenir un membre à part entière de l'OIT. De fait, l'UE n'a qu'un statut d'observateur au sein de l'OIT. Dès lors, pour répondre au besoin de l'UE de participer aux négociations précédant la conclusion d'une convention de l'OIT[1744], il a fallu aménager une procédure spécifique de participation par laquelle la Commission peut exprimer le point de vue de l'UE.

[1742] Pour une presentation générale de ces relations, v. NEDERGAARD, Peter, « The European Union at the ILO's International Labour Conferences : A 'double' principal-agent analysis », JORGENSEN, Knud Erik (ed.), *The European Union and International Organizations*, London, Routledge, 2009, pp. 149-166.

[1743] C'est une solution classique pour éviter le conflit entre différents engagements internationaux d'un Etat. V. de manière générale, ROUCOUNAS, Emmanuel, « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, tome 206, 1987, pp. 9-288.

[1744] Historiquement, comme la Cour de justice le rappelle elle-même, « [l]a question de la participation de la Communauté (…) aux négociations des conventions conclues dans le cadre de l'OIT s'est posée pour la première fois à propos de la convention n° 153 sur la durée de travail et les périodes de repos dans les transports routiers (1977-1979), secteur qui faisait alors l'objet du règlement (CEE) n° 543/69, du 25 mars 1969, relatif à l'harmonisation de certaines dispositions en matière sociale dans le domaine des transports par route. » CJCE, 19 mars 1993, Avis n°2/91, *Rec.* I-1061, spéc., 1066, *CML Rev.* 1993, n. N. A. Neuwahl, 1993, p. 1185 ; *RMC* 1994, obs. J. Raux, p. 45 ; *Cah. dr. eur.* 1995, p. 443, n. J. Auvret-Finck.

La Cour de justice a été sollicitée pour apprécier la compétence de l'UE dans ces activités, en particulier lors de la conclusion de la convention n°170 de l'OIT relative à l'utilisation des produits chimiques[1745]. La Cour semblait privilégier une interprétation relativement souple des compétences sur cette question. Une compétence partagée serait suffisante (§12) et le fait que cette compétence normative soit interne n'affecte pas la compétence internationale de l'UE dans le même domaine (§17). Pour le cas particulier de la convention n°170, la Cour s'appuya sur l'ancien article 118 A du Traité CEE introduit par l'Acte unique européen[1746] et constata que la Communauté disposait d'une compétence pour améliorer la santé et la sécurité des travailleurs. Le dialogue entre l'UE et l'OIT se trouve ainsi facilité.

Une telle position signifie-t-elle que l'UE est plus ouverte face aux normes substantielles de l'OIT ? La réponse ne semble toutefois pas si sûre. Si le statut d'observateur et l'absence de contrôle juridictionnel dans l'OIT doivent en effet rassurer les partisans de l'autonomie juridique de l'UE, une telle action externe n'est toutefois pas toujours engagée dans le but de garantir une protection harmonieuse des droits sociaux fondamentaux. Pour le cas précis de la convention n°170 de l'OIT, on voit que la Commission a mis en place une procédure d'autorisation à la ratification[1747] et vient de proposer seulement en 2012 au Conseil d'adopter une décision d'autorisation[1748]. Ainsi, l'action de l'UE paraît plutôt une mesure qui contribuerait à la protection de l'exercice de la compétence de l'UE, alors que certains Etats comme l'Allemagne ou l'Italie, certainement plus soucieux d'un respect de la santé des travailleurs, ont ratifié sans attendre la convention. D'ailleurs, comme un auteur l'a déjà dit, « [d]e toute évidence, la rareté de ce type d'avis illustre les limites d'une étude des interactions entre normes sociales européennes et internationales dans une perspective systémique »[1749]. En effet, sur le plan substantiel, les divergences entre les deux systèmes juridiques ne sont pas rares.

[1745] CJCE, 19 mars 1993, Avis n°2/91, v. note précédente.
[1746] RODIERE, Pierre, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, p. 44.
[1747] V. ROBIN-OLIVIER, Sophie, « Deux illustrations de la procédure préalable à la ratification des Conventions de l'OIT par les Etats membres », *RTD eur.* 2013, pp. 387-393.
[1748] COM (2012) 677, 20 novembre 2012, Proposition de décision du Conseil autorisant les Etats membres à ratifier, dans l'intérêt de l'Union européenne, les Conventions de l'OIT relatives à la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail (n°170).
[1749] DE LA ROSA, Stéphane, « Les normes sociales internationales et européennes : des interactions en quête de modèle », *in* BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, et Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives*, *op. cit.*, pp. 263-289, spéc., p. 270.

b. Les divergences entre l'UE et l'OIT

727. A la différence du CEDS, les instances de l'OIT n'ont jamais affirmé explicitement que le système de valeurs de l'UE reste différent du leur. Néanmoins, en matière de confrontation entre droits économiques et sociaux, l'OIT a clairement affiché sa distance avec les choix des instances européennes.

A la suite des affaires *Viking* et *Laval* que nous avons déjà étudiées[1750], la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (ci-après Commission d'experts) a eu l'occasion d'exprimer sa « grande préoccupation » devant les limites ajoutées au droit d'action collective. Cet organe de l'OIT, créé en 1926, est composé aujourd'hui de vingt juristes en charge surtout de contrôler les rapports envoyés par les Etats membres. Elle soumet ensuite un rapport à la Conférence internationale qui le discutera et l'approuvera[1751]. Les rapports étatiques peuvent être accompagnés de commentaires des organisations de travailleurs ou d'employeurs. C'est par ce mécanisme que plusieurs syndicats britanniques avaient dénoncé le non-respect par le Royaume-Uni de la Convention n°87 sur la liberté syndicale de 1948. La Commission d'experts y a répondu dans son rapport de 2010[1752]. Outre sa « grande préoccupation », on peut sans doute retenir deux enseignements intéressants. Tout d'abord, à propos des restrictions au droit de grève, la Commission réaffirma qu'« elle n'a jamais inclus d'évaluer la proportionnalité des intérêts en ayant à l'esprit une notion de liberté d'établissement ou de liberté de fournir des services »[1753]. En filigrane, on voit clairement l'expression d'un désaccord avec l'UE sur le statut des libertés économiques : fondamentales pour l'UE, elles ne constituent même pas un intérêt légitime aux yeux de la Commission d'experts pour limiter le droit de grève. Ensuite, même si le gouvernement britannique argua de la seule application du droit de l'UE pour se défendre, la Commission ne devenait pourtant pas plus souple dans la constatation d'une violation de la convention n°87. Un conflit de système est donc bel et bien créé[1754].

728. En matière de politiques d'austérité, un conflit similaire est à nouveau apparu en particulier pour la Grèce. A la différence des réclamations devant le CEDS qui s'étaient

---

[1750] V. supra n° 588.
[1751] HENNION, Sylvie, Muriel LE BARBIER-LE BRIS, et Marion DEL SOL, *Droit social européen et international*, PUF, 2013, p. 15.
[1752] *Rapport de la Commission d'experts*, Rapport III, Partie IA, Genève, BIT, 2010, pp. 211-212.
[1753] *Ibid.*, p. 212.
[1754] LAULOM, Sylvaine, « Les arrêts *Viking* et *Laval* : et après ? », *Dr. ouv.* 2010, n°11, pp. 570-575, spéc., p. 574.

concentrées sur les conditions d'emploi et la sécurité sociale, ce conflit s'est cristallisé dans les plaintes relatives aux droits syndicaux devant le comité de la liberté syndicale[1755]. Cette procédure, créée en 1951 et qualifiée parfois de « l'une des indéniables originalités de l'OIT »[1756], permet de contrôler spécifiquement les violations des droits syndicaux[1757]. A la suite des réformes adoptées par le gouvernement grec pour obtenir le soutien financier de la « Troïka »[1758], plusieurs syndicats grecs ont emprunté cette procédure pour dénoncer la violation par la Grèce des conventions de l'OIT en matière de liberté syndicale[1759]. Bien qu'elles soient émises en matière syndicale, ces plaintes ont également abordé à travers ce prisme de nombreuses mesures des réformes sociales. Il est par exemple question de la réduction des salaires dans le secteur public en violation des conventions collectives en vigueur (§951), des « contrats spéciaux d'apprentissage » dérogeant aux salaires minimums conventionnels (§953), ou encore de la création d'un nouveau régime d'accord collectif d'entreprise. D'une manière comparable avec le CEDS, le Comité de la liberté syndicale reconnut aussi d'abord que « les mesures faisant l'objet de la plainte ont été prises dans des circonstances qualifiées d'une gravité exceptionnelle (…) » (§988). Néanmoins, s'appuyant sur sa « jurisprudence »[1760], il réaffirma que « les voies possibles pour un engagement constructif ne peuvent que s'inscrire dans des mécanismes adéquats développés dans le cadre du système de négociation collective (…) pour faire face aux situations économiques exceptionnelles » (§989).

Autrement dit, de concert avec le CEDS, le Comité de la liberté syndicale souligne que la crise économique ne constitue pas une exception à l'application des droits sociaux fondamentaux. Tout au contraire, la garantie de ces droits est particulièrement nécessaire en temps de difficultés économiques. Ainsi, la limitation du respect de certaines conventions collectives par l'Etat « n'est pas compatible avec le principe de la liberté de négociation

---

[1755] *Rapport du Comité de la liberté syndicale (365e)*, 316e session, Genève, 1-16 novembre 2012, cas n°2820, plaintes contre le gouvernement de la Grèce, pp. 237-290.
[1756] HENNION, Sylvie, Muriel LE BARBIER-LE BRIS, et Marion DEL SOL, *op. cit.*, p. 17.
[1757] V. *Procédures spéciales en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale au sein de l'Organisation internationale du Travail*, disponible à http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2565060:NO
[1758] V. supra, n° 644 et s.
[1759] D'après le rapport du Comité de la liberté syndicale, la Grèce a ratifié la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948, la convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949, la convention n° 151 sur les relations de travail dans la fonction publique de 1978, et la convention n° 154 sur la négociation collective de 1981.
[1760] Cette expression n'est bien sûr pas employée ici dans son sens technique ; pour le même type d'usage, v. LA HOVARY, Claire, *Les droits fondamentaux au travail*, PUF, 2009, p. 70.

collective ». (§990) Le Comité procéda donc à un contrôle de proportionnalité des mesures adoptées. La limitation « ne devrait pas dépasser une période raisonnable et devrait être accompagnée de garanties appropriées en vue de protéger le niveau de vie des travailleurs ». (§990 et §995) S'abstenant de « se prononcer sur les mesures économiques qu'un gouvernement peut prendre dans une situation difficile pour le pays et qui suit en cela les recommandations du Fonds monétaire international » (§991 et §995), le Comité recommanda néanmoins au gouvernement grec d'approfondir le dialogue social, de garantir le respect des conventions collectives et de bien informer l'OIT des mesures de suivi. (§1003) Au passage, nous pouvons constater l'attitude très prudente de l'OIT dans ses résolutions finales, sous forme de « recommandation », adressées à l'Etat en cause. C'est aussi le cas de la Commission d'experts qui dans ses rapports a déjà maintes fois averti la Grèce[1761]. En matière de sécurité sociale par exemple, tandis que le CEDS est plus actif dans la protection d'un niveau minimal de prestations sociales surtout pour les retraités, la commission d'experts se borne à rappeler « l'importance qu'elle attache à la responsabilité générale devant être assumée par l'Etat pour le financement et l'administration viables du système national de sécurité sociale »[1762]. Dès lors, elle demande régulièrement à l'Etat grec de fournir des informations détaillées. De même, en matière de « contrats spéciaux d'apprentissage », la commission n'a demandé que des informations plus précises au gouvernement grec à l'égard de la protection de la santé et de la sécurité des jeunes travailleurs[1763]. Cette particularité de l'OIT fait que le conflit de systèmes profite toujours à celui qui détient la force de sanction la plus puissante, en l'occurrence les créanciers de l'Etat grec.

729. Pourquoi l'OIT ne se montre-t-elle pas plus sévère ? L'absence de juridiction peut être une cause. M. Maupain donne une explication qui est sans doute plus déterminante, en décrivant un phénomène de « transfert d'inhibition ». Selon lui, « ce ne sont plus tellement les pays concernés qui hésitent à dénoncer, les conventions antérieurement ratifiées, en raison de l'opprobre qui s'y attache, mais plutôt l'OIT, et même les plaignants potentiels eux-mêmes, qui

---

[1761] A propos des domaines particulièrement touchés par les mesures de crise, v. *Rapport de la Commission d'experts*, Rapport III, Partie IA, Genève, BIT, 2013, p. 111 pour la liberté syndicale, p. 748 pour les salaires, et p. 837 pour la sécurité sociale ; *Rapport de la Commission d'experts*, Rapport III, Partie IA, Genève, BIT, 2015, respectivement, p. 91, p. 460 et p. 529. Sur cette question, v. aussi, MINE, Michel, « Le droit du travail en Grèce à l'épreuve du droit international et européen », *R. D. L. F.*, 2015, n°21, disponible à http://www.revuedlf.com/droit-social/le-droit-du-travail-en-grece-a-lepreuve-du-droit-international-et-europeen/

[1762] *Rapport de la Commission d'experts*, Rapport III, Partie IA, Genève, BIT, 2011, p. 808, à propos du contrôle de l'application de la convention n°102 sur la sécurité sociale de 1952.

[1763] *Ibid.*, p. 357, à propos du contrôle de l'application de la convention n°138 sur l'âge minimum de 1973.

hésitent à mettre le pays concerné dans une position où il n'aurait d'autre choix que de renoncer à ses engagements antérieurs envers l'OIT pour se mettre en règle avec les directives de l'UE »[1764]. C'est donc l'articulation des différents systèmes de protection de droits sociaux fondamentaux qui est problématique en dernier ressort. Elle reste relativement peu développée, de sorte que les acteurs se soumettent à des rapports de force réels qui donnent ainsi une prédominance aux bailleurs de fonds. Au demeurant, même dans un contexte qui ne relève pas de la crise économique, les Etats membres de l'UE ne s'inclinent-ils pas presque de manière naturelle devant la primauté du droit de l'UE[1765] ?

Pourtant, il ne faut pas nier l'importance de l'OIT pour le développement du droit social de l'UE. Dès l'arrêt *Defrenne (II)*, l'influence de l'OIT est mobilisée par la Cour de justice. Il reste que cette influence est nécessairement souple aux yeux de la CJUE, soucieuse de garder l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. On l'a déjà constaté à travers l'effectivité de la convention relative aux droits des personnes handicapées. C'est aussi le cas pour le droit international général.

§2. Les obligations résultant des coutumes, principes généraux et *jus cogens*

730. Comme le P[r] Prosper Weil l'a bien mis en évidence, le développement contemporain de ces normes en droit international doit être apprécié avec une certaine prudence, tant elles sont porteuses de transformation profonde pour les présupposés mêmes de l'ordre juridique international[1766]. Si l'on introduit les droits de l'homme dans cette discussion, la mise en garde ne peut que devenir beaucoup plus puissante. La première question importante est donc celle de savoir si les droits de l'homme constituent bien des règles coutumières internationales[1767], des principes généraux, voire une partie du *jus cogens*[1768].

[1764] MAUPAIN, Francis, « La mise en œuvre des conventions de l'OIT à l'épreuve de la supranationalité européenne », *in* SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des droits sociaux en Europe*, *op. cit.*, pp. 73-78, spéc., p. 74.
[1765] Nous avons déjà vu deux exemples où la contradiction entre le droit de l'UE et celui de l'OIT se résout finalement par la dénonciation des conventions de l'OIT : l'un relatif au service de placement (v. supra, n° 400 et s.) ; l'autre relatif au travail de nuit des femmes (v. supra, n° 563).
[1766] WEIL, Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP* 1982, pp. 5-47, spéc., p. 16.
[1767] Définies de manière sibylline par l'article 38 §1, b) comme « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». V. COMBACAU, Jean, et Serge SUR, *Droit international public*, LGDJ, 2016, p. 66 : « Sont considérées comme coutumières les normes attestées par une pratique étatique cohérente et générale, associée à la conviction de son caractère obligatoire ».
[1768] Il est sans doute utile de rappeler que le *jus cogens*, en tant que normes impératives de droit international, reste une notion distincte des coutumes internationales, précisément en ce sens que la pratique et la conviction des Etats ne sont pas déterminantes pour sa reconnaissance.

De nombreux efforts doctrinaux se sont déployés à cet égard[1769]. Malgré ces arguments en faveur de l'appartenance de certains droits de l'homme à l'une des catégories mentionnées[1770], certains auteurs restent cependant sceptiques face à ce type de qualification[1771]. Sans entrer trop dans les détails de cette discussion, nous pouvons retenir un enseignement qui paraît sûr : de telles qualifications doivent normalement s'opérer droit par droit et ne concernent à l'heure actuelle que certains droits particulièrement importants tels que la protection contre le génocide ou contre l'esclavage[1772]. Le juge de l'UE avait néanmoins fait exception à un moment donné, en qualifiant la protection des droits fondamentaux de la personne humaine de « *jus cogens* » dans son ensemble. C'est cette possibilité que nous souhaitons explorer brièvement dans notre thèse, car elle imposerait, si elle était retenue, la concrétisation des droits sociaux fondamentaux internationaux vis-à-vis de l'UE et engagerait une articulation beaucoup plus approfondie entre l'UE et l'ordre juridique international. Cette position, soutenue par le Tribunal de l'UE (A), n'a cependant pas reçu la faveur de la Cour de justice qui montre à nouveau son souci formel de garder l'autonomie du droit de l'UE (B).

A. Le contrôle de la conformité du droit de l'UE aux droits de l'homme internationaux

731. C'est la fameuse affaire *Kadi*[1773], à multiples rebondissements, qui donna l'occasion au Tribunal (encore appelé Tribunal de première instance à l'époque) de se prononcer sur le statut de *jus cogens* des droits de l'homme.

[1769] V. par exemple, SIMMA, Bruno, et Philip ALSTON, « The Sources of Human Rights Law : Custom, *Jus Cogens*, and General Principles ? » , *Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989, pp. 82-108; v. déjà dans l'ouvrage classique de LAUTERPACHT, Hersch, *International Law and Human Rights*, Londres, Stevens, 1950.

[1770] Pour une présentation synthétique, v. DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law*, CUP, 2014, p. 63 et s.

[1771] COMBACAU, Jean, et Serge SUR, *Droit international public*, LGDJ, 2016, p. 390, à propos du caractère coutumier des droits proclamés par la Déclaration universelle des droits de l'homme : « [la question], quelquefois résolue sans nuance par l'affirmative, ne peut pas être aussi aisément tranchée, comme dans tout domaine où il existe des conventions à vocation universelle, dont l'élaboration témoigne *a contrario* de l'inexistence de règles générales, et dont une participation lacunaire indique le caractère inacceptable par maints Etats. »

[1772] Pour cette approche énumérative, v. American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1987, §702 : « A state violates international law if, as a matter of state policy, it practices, encourages, or condones (a) genocide, (b) slavery or slave trade, (c) the murder or causing the disappearance of individuals, (d) torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, (e) prolonged arbitrary detention, (f) systematic racial discrimination, or (g) a consistent pattern of gross violations of internationally recognized human rights », cité par DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 64.

[1773] Notamment le premier arrêt de la Cour de justice dans cette affaire : CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. jtes, C-402, 415/05 P. La littérature sur cette affaire est plus que foisonnante. Nous citerons plusieurs commentaires dans la suite de ce paragraphe.

Rappelons brièvement les faits : dans la lutte contre le terrorisme mondial, le Conseil de sécurité de l'ONU avait adopté à partir de la fin des années 1990 une série de résolutions visant à geler les fonds financiers de certaines personnes physiques ou morales mentionnées dans une liste, parfois appelée « liste noire ». Jugeant une action commune nécessaire, la CEE avait notamment élaboré le règlement n°467/2001 du 6 mars 2001[1774]. En vertu de ce dernier, M. Kadi et la fondation Al-Barakaat étaient concernés par les mesures antiterroristes et ils avaient donc intenté des actions devant le Tribunal de première instance pour obtenir l'annulation des règlements en cause, en raison de la violation de leurs droits fondamentaux, à savoir, le droit d'être entendu, la protection de la propriété privée et le droit à un contrôle juridictionnel effectif.

Dans son premier jugement à propos de M. Kadi[1775], le Tribunal a tenté de systématiser l'articulation entre le droit communautaire et le droit international en matière de protection des droits de l'homme. Reconnaissant d'abord sans surprise, comme on l'a vu, la primauté des engagements internationaux sur le droit dérivé de l'UE (fût-ce par le biais du maintien des obligations internationales des Etats membres) (§182 et s.), le Tribunal chercha à éviter une confrontation directe entre droits fondamentaux de l'UE et les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU. Selon lui, le contrôle, même incident, de la légalité des résolutions au regard des droits fondamentaux en droit communautaire, était « incompatible avec les engagements des Etats membres au titre de la charte des Nations Unies » (§222) et contraire au Traité CE lui-même et « le principe selon lequel les compétences de la Communauté (…) doivent être exercées dans le respect du droit international » (§223). Autrement dit, les obligations conventionnelles des Etats membres vis-à-vis de l'ONU devaient être respectées et ne sauraient être contestées par une quelconque exigence du droit de l'UE. En même temps, le Tribunal n'avait pas donné carte blanche à l'ONU. Il affirma que, conformément à l'art. 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités, les obligations conventionnelles pouvaient être déclarées nulles lorsqu'elles violaient les règles impératives ou le *jus cogens* en droit international (§227). Les droits de l'homme constituaient, selon le Tribunal qui cita alors la Cour internationale de justice, des « principes intransgressibles du droit international coutumier »[1776]. Dès lors, le juge de l'UE devrait aussi contrôler le respect de ce *jus cogens* par

[1774] Il fut ensuite modifié et abrogé par le règlement n°881/2002 qui à son tour fut modifié par le règlement n°561/2003.
[1775] TPI, 21 septembre 2005, *Kadi*, T-315/01, *Europe*, 2005, n°10, p. 6, étude D. Simon et F. Mariatte ; *CML Rev.* 2006, p. 537, étude Ch. Tomuschat ; pour l'affaire *Al Barakaat*, v. TPI, 21 septembre 2005, T-306/01.
[1776] V. Cour internationale de justice, avis consultatif du 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, *Rec.* 1996, p. 226. A vrai dire, la Cour internationale ne s'est pas prononcée en faveur d'une

les résolutions de l'ONU. On aurait reconnu là une manifestation de la théorie de dédoublement fonctionnel du juge interne dans l'application du droit international. Le juge de l'UE participerait ainsi au développement du droit international des droits de l'homme en tant que *jus cogens*.

732. La position du Tribunal est particulièrement audacieuse : renonçant à une argumentation sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, il accepta presque un monisme en faveur du droit international. Même la protection des droits fondamentaux qui se situe dans le droit primaire de l'UE ne permettait pas de mettre en cause les obligations internationales conventionnelles. Partant, le juge donna une ouverture sans condition au droit international et devient en effet critiquable pour son excès. En effet, contrairement au principe d'« ouverture mutuelle » que nous avons présenté au chapitre précédent, cette fusion complète procède d'une analyse abstraite sans considération substantielle sur le niveau de protection des droits fondamentaux. Elle nous paraît donc excessive dans son aspect formel. En même temps, qualifier la protection universelle des droits de l'homme de *jus cogens* semble réaliser un saut qualitatif en droit international qui oblige désormais les juges, en tout cas ceux dans l'UE, de contribuer à la concrétisation de ces droits d'origine internationale et à former une jurisprudence qui, à terme, pourrait devenir un *jus commune* des droits fondamentaux. Si la volonté était louable, il pourrait y avoir aussi un piège dans cette approche. En effet, vu le faible développement de cette protection universelle aujourd'hui, le juge pourrait être tenté de ne garantir qu'un niveau extrêmement faible de la protection des droits de l'homme. C'est ce que d'ailleurs le Tribunal a fait : l'absence de droit d'être entendu directement et personnellement « ne saurait (…) passer pour inadmissible au regard des normes impératives relevant de l'ordre public international » (§268). Pour ces différentes raisons, l'annulation de ce jugement par la Cour de justice n'était certainement pas une surprise. Toutefois, la Cour passa complètement sous silence la question du *jus cogens* et laissa ainsi la question de l'articulation des ordres juridiques sans réponse.

B. L'affirmation d'une protection régionale autonome des droits de l'homme

qualification générale des droits de l'homme comme *jus cogens*, mais poursuivait seulement sa jurisprudence sur le droit humanitaire international, relative aux « considérations élémentaires d'humanité ».

733. A la différence du Tribunal, la Cour de justice[1777] posa d'emblée les principes de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. Selon elle, « la Communauté est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE et que ce dernier a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions » (§281). Un accord international ne saurait porter atteinte à cette autonomie et en particulier au contrôle de légalité des actes de l'UE au regard des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect (§§282-285). Par conséquent, la Cour devait contrôler la légalité des règlements adoptés pour lutter contre le terrorisme, même si les Etats membres ne disposaient d'aucune marge de manœuvre dans la mise en place de ces mesures. Pour clarifier l'erreur de droit commise par le Tribunal, la Cour expliqua que les dispositions dans les traités relatives au respect des engagements internationaux « ne sauraient être comprises comme autorisant une dérogation aux principes de la liberté, de la démocratie ainsi que du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés à l'article 6, §1 [TUE], en tant que fondement de l'Union ». (§303) En effet, la « primauté au plan du droit communautaire [des conventions internationales] ne s'étendrait pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux. » (§308) La Cour affirma donc fermement sa compétence pour contrôler la légalité des actes internes de l'UE.

Face à l'argument de la reconnaissance de la protection des droits de l'homme dans le système onusien, la Cour répondit que l'immunité juridictionnelle généralisée des actes se fondant sur les résolutions du Conseil de sécurité « constituerait une dérogation importante au régime de protection juridictionnelle des droits fondamentaux prévu par le traité CE » et qu'elle « n'apparaît pas justifiée, dès lors que [la procédure devant le Conseil de sécurité] n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle ». (§322) En l'occurrence, il s'agissait d'une procédure devant le comité des sanctions permettant éventuellement la radiation des personnes de la « liste noire ». Néanmoins, la Cour constata que « la procédure devant ce comité demeure essentiellement de nature diplomatique et interétatique » et ne garantissait donc pas une protection suffisante. Cette considération sur le niveau réel de protection des droits de l'homme nous paraît essentielle dans l'articulation entre les deux ordres juridiques. On pourrait sentir l'inspiration de la doctrine *Solange* de la Cour constitutionnelle

[1777] CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi* et *Al Bakaraat*, aff. jtes C-402 et 415/05 P, *RTD eur.* 2009, p. 161, obs. J.-P. Jacqué. V. aussi les articles cités par le P[r] Jacqué.

allemande[1778]. Il reste que, comme l'a remarqué le P[r] Jacqué, « il semble résulter de l'arrêt que, dans le cas où *Solange* serait applicable, seule l'existence d'un contrôle juridictionnel complet au sein des Nations unies eût permis un recours à cette doctrine »[1779]. La suite de l'affaire *Kadi* semble confirmer cette observation, puisque la Cour de justice garde un contrôle étendu de la légalité des actes de l'UE pris dans ce contexte.

734. En effet, après que l'UE a adapté les mesures de sanction avec en particulier la communication des motifs du gel aux intéressés, ces derniers ont agi à nouveau en justice. L'arrêt de la Cour de justice[1780], qui a confirmé le jugement du Tribunal[1781], estime toujours que le contrôle assuré par l'UE doit être « soigneux et impartial » (§115). Pour ce faire, non seulement le juge de l'UE doit vérifier les garanties procédurales de manière abstraite, mais « [l]'effectivité du contrôle juridictionnel garanti par l'article 47 de la [Charte des droits fondamentaux] exige également que (…) le juge de l'Union s'assure que [la décision d'inscrire une personne sur la « liste noire »], qui revêt une portée individuelle pour cette personne, repose sur une base factuelle suffisamment solide. Cela implique une vérification des faits allégués dans l'exposé des motifs qui sous-tend ladite décision, de sorte que le contrôle juridictionnel ne soit pas limité à l'appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués, mais porte sur le point de savoir si ces motifs, ou, à tout le moins, l'un d'eux considéré comme suffisant en soi pour soutenir cette même décision, sont étayés ». (§119) Dès lors, le juge doit être en mesure de demander à l'autorité compétente de fournir des éléments d'information et de preuve pertinents, qu'ils soient confidentiels ou non (§120). Comme le dit le P[r] Simon, « la Cour se livre à un contrôle entier des éléments de fait et de droit ainsi que de l'appréciation des motifs »[1782].

735. Par ailleurs, dans les deux arrêts de la Cour sur l'affaire *Kadi*, il n'est plus question de *jus cogens*. La protection des droits fondamentaux reste bien dans le cadre régional et peine encore à s'internationaliser. Comme l'a remarqué le P[r] Gráinne De Búrca, l'orientation

---

[1778] MENA PARRAS, Francisco Javier, « Retour sur *Kadi* : De la nécessité d'une jurisprudence de type *Solange I* dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des nations unies », *Cah. dr. eur.* 2010, pp. 683-729.
[1779] JACQUE, Jean-Paul, « Primauté du droit international *versus* protection des droits fondamentaux », *RTD eur.* 2009, pp. 161-179, spéc., p. 174.
[1780] CJUE, 18 juillet 2013, *Kadi (II)*, aff. jtes C-584, 593 et 595/10 P, *Europe* 2013, n°10, p. 14, n. D. Simon ;
[1781] Tribunal, 30 septembre 2010, *Kadi (II)*, T-85/09, *Europe* 2010, n°11, p. 12, n. D. Simon. A noter que, malgré sa soumission finale à l'arrêt de la Cour de justice elle-même (§121), le tribunal a émis des doutes « sérieux » à l'encontre de la solution de son « supérieur ». (§§112-120)
[1782] Commentaire précité, p. 16.

résolument dualiste de l'UE pourrait conduire à une confrontation « dure » avec le droit international, comme dans le cas des Etats-Unis[1783]. A la différence de cette orientation, nous pensons que la Cour aurait pu montrer une plus grande ouverture face au droit international des droits de l'homme. Qu'elle qualifie ou non les droits fondamentaux de l'homme comme *jus cogens*, il lui est possible d'apprécier le niveau de protection issu du droit international général que les différents organes de l'ONU doivent aussi respecter. Dès lors, si le niveau de protection paraît équivalent vis-à-vis du droit de l'UE, la Cour pourrait refuser de contrôler le règlement du Conseil qui mettait seulement en œuvre la résolution du Conseil de sécurité. En revanche, si le niveau de protection international paraît insuffisant, la Cour gardera son contrôle de tout acte d'application ayant un effet dans l'UE.

En somme, le développement d'un droit international des droits (sociaux) fondamentaux reste relativement précoce à l'heure actuelle. Qu'il s'agisse de la voie conventionnelle ou du droit international général, l'UE manifeste toujours une très forte volonté de rester le maître absolu de son propre droit. Une approche plus flexible, ou plus « souple », de la protection universelle des droits sociaux serait-elle meilleure ? Examinons cela à travers l'exemple marquant de la responsabilité sociale d'entreprise.

Section 2 : La formation « souple » d'un *jus commune* ?

736. En réalité, le *soft law* en tant que concept est né dans les études sur le droit international. En début des années 1980, le P[r] Weil constatait déjà que « à côté d'une *hard law*, constitué par des normes créatrices de droits et d'obligations juridiques précis, le système normatif du droit international comporte, relève-t-on, de plus en plus de normes dont la substance est tellement vague, tellement peu contraignante que l'obligation de l'un et le droit de l'autre en deviennent presque insaisissables. »[1784] Outre le caractère vague (flou), ce droit serait de plus mou – sans sanction et doux – sans obligation[1785]. Dans le domaine social, le développement de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) correspond en effet à cette catégorie de norme. Comme nous allons le voir, la RSE, initialement indépendante de la

[1783] DE BURCA, Gráinne, « The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi* », *Harvard International Law Journal*, 2010, pp. 1-49.
[1784] WEIL, Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *op. cit.*, p. 7.
[1785] On doit cette trilogie au P[r] Delmas-Marty, v. « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? », *in* CLAM, Jean, et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 209-220.

question des droits sociaux fondamentaux, s'est rapidement ralliée à ces derniers[1786], acquérant ainsi une importance essentielle dans la protection de la personne des travailleurs dans l'économie globalisée. Cependant, si cette voie paraît prometteuse pour développer une culture de droits sociaux fondamentaux dans la société civile et au sein même des grandes entreprises multinationales, sa seule application paraît insuffisante pour garantir réellement les droits sociaux (§1). Nous sommes alors obligés de revenir à la réglementation plus étatique, en faisant appel soit à l'élaboration de nouvelles législations, soit à une protection juridictionnelle des normes d'origine privée (§2).

§1. Les droits sociaux fondamentaux véhiculés par la RSE

737. La RSE a une histoire qui lui est propre avant de croiser le chemin des droits fondamentaux. C'est de cette trajectoire particulière qu'elle garde son caractère doux, ou bien volontaire (A). C'est précisément cette application volontaire qui semble aujourd'hui fait obstacle à sa pleine effectivité dans la protection des droits fondamentaux des travailleurs, la RSE étant plus souvent affichée qu'appliquée (B).

A. La RSE d'avant sa rencontre avec les droits sociaux fondamentaux

738. Pendant la première phase de son développement, la RSE était avant tout conçue comme une théorie de gestion (1), donc nécessairement de nature volontaire, si bien que les premières tentatives de « codification » – au sens simplement de l'édition d'un ensemble de normes par certaines organisations internationales – reprenaient ce sens faible de « responsabilité » sans se préoccuper outre mesure des droits sociaux fondamentaux (2). Le caractère de *soft law* avait cependant l'avantage de favoriser son expansion, jusqu'à la création d'une certaine culture d'entreprise (3).

1. La RSE comme une démarche volontaire de gestion

739. Il n'est pas possible, ni nécessaire, de retracer ici l'évolution entière de la RSE[1787]. Il suffit de remarquer que c'est après la « révolution managériale » des années 1930 que la RSE

[1786] Plus généralement, c'est la catégorie générale de droits fondamentaux qui semble aujourd'hui étroitement liée au *soft law*, v. AILINCAI, Mihaela Anca (dir.), *Soft Law et droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2017.
[1787] Qui plus est, c'est une tâche bien accomplie ailleurs, v. par exemple, l'explication liée au développement de la taille des entreprises : LE FLANCHEC, Alice, Odile UZAN et Michel DOUCIN (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012, p. 16 et p. 35 ; TREBULLE, François-Guy, et

est devenue possible : traditionnellement, la « théorie standard » de l'entreprise considérait que « [c]e qui se passe à l'intérieur des organisations est sans importance pour comprendre ce qui se passe à l'extérieur. »[1788] Avec l'avènement des grandes sociétés cotées en bourse, les chercheurs avaient progressivement compris que l'entreprise n'était pas une « boîte noire » qu'il suffirait d'organiser avec la méthode « scientifique » de Taylor. Tout au contraire, il pouvait y avoir des conflits entre le directeur et les actionnaires[1789], analysés de manière fameuse comme des « coûts sociaux »[1790], de même que des baisses de productivité en raison de mauvaises conditions de travail[1791].

Avec l'ouverture de cette « boîte noire », la question de la RSE a donc trouvé ses conditions d'existence. Mettant l'accent désormais sur les pouvoirs du dirigeant d'entreprise, les chercheurs, notamment américains, ont confronté deux thèses : l'exercice des pouvoirs du dirigeant doit respecter avant tout les intérêts des actionnaires de l'entreprise (*shareholders/stockholders*) ou ceux de toutes les personnes concernées par les activités de l'entreprise, dont notamment les travailleurs et les consommateurs (*stakeholders*). Dans un article célèbre de 1932, le P^r^ Merrick E. Dodd a défendu la thèse de la responsabilité sociale de l'entreprise envers les *stakeholders*, en considérant que « *[s]everal hundred years ago, when business enterprises were small affairs involving the activities of men rather than the employment of capital, our law took the position that business is a public profession rather than a purely private matter, and that the business man, far from being free to obtain all the profits which his skill in bargaining might secure for him, owes a legal duty to give adequate service at reasonable rates.* »[1792] Pour Dodd, cette transformation impliquerait le changement du rôle de l'entreprise qui serait désormais comparable à celui des services publics[1793]. Au demeurant,

---

Odile UZAN (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises. Regards croisés Droit et Gestion*, Paris, Economica, 2011, p. 32.

[1788] TORRES-BLAY, Olivier, *Economie d'entreprise. Organisation, Stratégie et Territoire*, Paris, Economica, 2010, 3^e^ éd., p. 5.

[1789] BERLE, Adolf, et Gardiner MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Harcourt, 1967. La 1^ère^ édition de cet ouvrage date de 1932 et les deux auteurs sont donc considérés par les initiateurs de la « révolution managériale ». V. aussi, MAGNAN DE BORNIER, Jean, « Propriété et contrôle dans la grande entreprise. Une relecture de Berle et Means », *Revue économique*, 1987 Vol. 38 N° 6 pp. 1171-1190, spéc., p. 1174.

[1790] COASE, Ronald H., « The Nature of the Firm », *Readings in Price Theory*, Homewood, IL, Irwin, 1937, New Series, V : pp. 331-351 ; ALCHIAN, Armen A., « The Basis of Some Recent Advances in the Theory of Management of the Firm », *Journal of Industrial Economics* 1965, pp. 30-44.

[1791] L'école des relations humaines fondées par Elton Mayo également dans les années 1930. V. TORRES-BLAY, Olivier, *Economie d'entreprise. Organisation, Stratégie et Territoire*, *op. cit.*, p. 52.

[1792] DODD, E. Merrick, «For Whom Are Corporate Managers Trustees? », *Harvard Law Review* 1932, pp. 1145-1163, spéc., p. 1148.

[1793] *Ibid.* p. 1153.

ce changement de rôle était nécessaire aux yeux de Dodd, parce que l'opinion publique était parvenue à un certain consensus, quand bien même la loi ne l'imposait pas. Dès lors, le lien entre la RSE et le *soft law* pourrait être établi. Certaines organisations internationales ont suivi cette voie dans les années 1970[1794].

2. La recommandation de certaines organisations internationales

740. Avec la fondation théorique de la RSE, on assiste dans les années 1970 et 1980 à de nombreuses tentatives de « codifications », réalisées souvent par des organisations internationales, comme l'OCDE, l'OIT et les Nations Unies. Les « codes de conduites » privés semblent avoir fait leur première apparition dans les années 1930[1795]. Un code de la publicité paraît en 1937 et a fait l'objet de modifications régulières, dont la dernière date de 2011[1796]. Comme l'écrivait le professeur Gérard Farjat à l'époque, « [l]es codes privés ne sont qu'une manifestation des phénomènes de normalisation non étatique qui ne sont sans doute pas nouveaux, mais qui ont longtemps été "occultés" par la doctrine dominante parce qu'ils sont contraires au droit positif des sources et plus encore à l'idéologie officielle. »[1797] En ce qui nous concerne, il convient de préciser que seules l'OCDE et l'OIT ont pu adopter de tels « codes de conduites » sous forme de déclaration respectivement en 1976[1798] et 1977[1799]. La tentative de l'ONU, commencée dès 1974, a pourtant échoué en 1992, en raison d'un désaccord entre les pays du Nord et du Sud[1800]. Or l'inspiration et l'orientation des tentatives de mise en œuvre de cette époque étaient communes.

[1794] Naturellement, entre la formulation de la nécessité d'une RSE par M. E. Dodd et sa mise en place dans des codes de conduites, il y avait de nombreuses difficultés liées au contenu de la RSE. La précision de ce contenu est largement faite par les sciences de la gestion. Nous n'entrons pas plus loin dans ce sujet. V. notamment, DAVIS, Keith, « Five Propositions for Social Responsibility », *Business Horizons*, 1975, June, pp. 19-24 ; CARROLL, Archie, « The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Management of Organizational Stakeholders », *Business Horizons*, 1993 (July/ August), pp.39-48.

[1795] FARJAT, Gérard, « Réflexions sur les codes de conduites privés », *in* Mélanges Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, pp. 47-66, p. 47.

[1796] Code ICC (International Chamber of Commerce) consolidé, Document 240-46/660.

[1797] FARJAT, Gérard, « Réflexions sur les codes de conduites privés », *op. cit.*, p. 49.

[1798] *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*. Pour la version de 1976, nous nous référons au document suivant : OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, Publications de l'OCDE, 1986.

[1799] *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*. Pour la version de 1977, nous utilisons le document suivant : GÜNTER, Hans, *The Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, International Labour Office (Working Paper n°18), Geneva, 1981.

[1800] DE SCHUTTER, Olivier, « Towards a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights », CRIDHO Working Paper, 2015/2, p.7, disponible à http://cridho.uclouvain.be/fr/publications/documents_de_travail.php

Du point de vue de leur contenu, ces tentatives suivent de très près les débats sur la responsabilité sociale des entreprises, spécifiquement des entreprises transnationales. La reconnaissance de leur pouvoir sur la scène internationale est actée dans la conception d'un « Nouvel ordre économique international » (ou *New International Economic Order*) dans les années 1970. Selon l'ONU qui en est l'auteur officiel, cet ordre avait pour point de départ la décolonisation, le progrès scientifique et technologique et les crises économiques graves de l'époque[1801]. Le décalage « Nord-Sud » était le défi principal à relever. Il fallait donc construire un ordre international juste et équitable qui devrait d'ailleurs reconnaître l'égale souveraineté des Etats. Les entreprises transnationales étaient spécialement mentionnées dans le respect de la souveraineté des Etats[1802]. Ce principe était ensuite détaillé dans le « Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international »[1803]. Les activités d'une entreprise étaient avant tout pensées dans sa relation avec l'Etat d'accueil (souvent un Etat du Sud). Cette vision était aussi adoptée par l'OCDE et l'OIT. Les *Principes directeurs* de l'OCDE affirment par exemple que « les progrès réalisés par les entreprises multinationales dans l'organisation de leurs activités hors du cadre national peuvent conduire à des concentrations abusives de puissance économique et donner lieu à des conflits avec les objectifs des politiques nationales. »[1804] La *Déclaration tripartite* de l'OIT mentionne plus explicitement la prise en compte des résolutions de l'ONU[1805].

741. Par conséquent, la RSE de l'époque mettait surtout l'accent sur deux éléments : le respect par les entreprises transnationales des normes juridiques de l'Etat d'accueil[1806] et la contribution de ces entreprises à la réalisation des « objectifs économiques et sociaux »[1807]. De manière plus concrète, ces « codes de conduite » donnaient des principes pour les grands domaines de la politique économique et sociale. Par exemple, les *Principes directeurs* de l'OCDE visaient successivement la publication d'informations, la concurrence, le financement, la fiscalité, l'emploi et les relations professionnelles, et enfin la science et la technologie. Dans le domaine social, presque tous les aspects étaient concernés : les relations collectives,

---

[1801] ONU, Assemblée Générale, A/RES/S-6/3201 (S-VI), 1er mai 1974, *Déclaration sur l'établissement d'un nouvel ordre économique international*.
[1802] *Ibid.*, p. 4.
[1803] ONU, Assemblée Générale, A/RES/S-6/3202 (S-VI), 1er mai 1974, *Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order*.
[1804] OCDE, *op. cit.* (1986), p. 11.
[1805] GÜNTER, Hans, *The Tripartite Declaration of Principles* (…), *op. cit.*, p. 8.
[1806] V. Principes directeurs de l'OCDE, Principes généraux, §3; Déclaration tripartite de l'OIT, §8 et s.
[1807] *Ibid.*

l'information du personnel, formation professionnelle, conditions et traitement au travail, licenciement, etc. Toutefois, il était rarement question des « droits des personnes », avec la seule exception de la liberté syndicale (*Principes directeurs*, Emploi et relations professionnelles §1). Ces « codes de conduite » étaient alors proches des conceptions théoriques en sciences de gestion. Les droits sociaux fondamentaux des personnes, malgré l'existence du Pacte international de l'ONU depuis 1966, ne pouvaient pas encore être pleinement pris en compte.

3. Une diffusion favorisée par le *soft law*

742. La difficile question de leur force obligatoire a été très tôt soulevée[1808]. Si l'on regarde les déclarations elles-mêmes, leur caractère volontaire et juridiquement non contraignant était expressément « déclaré »[1809]. L'absence de la force obligatoire semble toutefois avoir favorisé la diffusion d'une normativité davantage directionnelle.

Premièrement, malgré ce type de déclaration sur leur caractère non contraignant, la volonté d'adopter un instrument « efficace » était unanime[1810]. La *Déclaration tripartite* de l'OIT insiste en particulier sur son caractère « d'application universelle »[1811]. De plus, il n'y a aucune définition précise pour « l'entreprise transnationale », dans les *Principes directeurs* comme dans la *Déclaration tripartite*[1812]. Il suffit de constater que l'entreprise est établie dans plusieurs Etats et qu'un établissement exerce une influence importante sur les autres. C'est un choix délibérément fonctionnaliste, afin d'inclure un nombre maximal d'entreprises. On pourrait dire que l'absence de la force obligatoire de ces engagements est compensée par leur étendue.

Deuxièmement, même s'ils sont volontaires, un mécanisme de contrôle est parfois prévu pour rendre les principes plus effectifs. Les *Principes directeurs* demandent aux pays Membres d'établir des procédures adéquates d'examen et de consultation relatives aux questions se rapportant aux Principes directeurs (§11 de l'Introduction). De même, l'OIT reconnaît certes que, compte tenu de son caractère volontaire, un contrôle automatique de la *Déclaration*

[1808] DECAUX, Emmanuel, « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite », *AFDI* 1983, pp. 81-97.
[1809] *Principes directeurs* de l'OCDE, Introduction, §2; *Déclaration tripartite* de l'OIT, §7.
[1810] DECAUX, Emmanuel, « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite », *op. cit.*, p. 90.
[1811] GÜNTER, Hans, *The Tripartite Declaration of Principles* (…), *op. cit.*, p. 8.
[1812] OCDE, *op. cit.*, (1986), p. 12 (§8) et p. 19; GÜNTER, Hans, *art. préc.*, p. 9.

tripartite ne s'impose pas d'emblée. Mais elle constate que de nombreux pays Membres développent eux-mêmes des méthodes pour promouvoir l'application de la Déclaration, en associant par exemple des partenaires sociaux dans l'application de la Déclaration[1813]. L'OIT propose d'ailleurs d'utiliser le mécanisme de rapport qui lui est propre pour assurer un contrôle plus efficace. L'installation de la culture de RSE fait donc l'objet d'une promotion importante.

743. Cette question de *soft law* pose en effet des problèmes importants aux juristes. En théorie, l'absence de contrainte ou de sanction contrarie en particulier la doctrine positiviste traditionnelle[1814]. En pratique, on peut craindre que « l'infra-juridique » ne contribue à la dégradation du système juridique lui-même[1815]. En même temps, il semble difficile de dénier tout lien entre le *soft law* et le droit, surtout si l'on replace notre regard sur l'époque contemporaine. Le vice-président du Conseil d'Etat français, M. Jean-Marc Sauvé, n'écrit-il pas en 2013 que « [l]a contrainte n'est depuis bien longtemps plus la seule marque de la juridicité et, à côté des sources traditionnelles du droit, qui demeurent organiquement et matériellement assez facilement identifiables, d'autres sources publiques et privées, internes comme internationales, se sont développées »[1816] ? Il nous semble que ces problèmes proviennent de notre conception binaire des normes juridiques : une norme est soit juridique, c'est-à-dire capable de produire un effet contrôlable par une juridiction, soit non juridique.

Les travaux du P[r] Catherine Thibierge nous permettent de sortir de cette aporie. Ses études sur le droit souple[1817], la force normative[1818], et la densification normative[1819] donnent de nouvelles grilles de lecture pour ce phénomène. Comme elle l'a très bien souligné, « rejeter [le droit souple] hors du juridique n'aidera ni à le connaître, ni à le considérer

---

[1813] GÜNTER, Hans, *The Tripartite Declaration of Principles* (…), *op. cit.*, p. 10.
[1814] V. l'ouvrage classique de John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, CUP, Cambridge, 1995 (1832) p. 21 et s. « Every *law* or *rule* (…) is a *command*. (…) A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded. (…) The evil which will probably be incurred in case a command be disobeyed or (to use an equivalent expression) in case a duty be broken, is frequently called a *sanction*, or an *enforcement of obedience* ». V. aussi, TAPPER, Colin, « Austin on Sanctions », *Cambridge Law Journal*, 1965, 23(2), pp. 271–287.
[1815] DECAUX, Emmanuel, « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite », *op. cit.*, pp. 96-97 ; l'auteur cite également WEIL, Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, n°1.
[1816] Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, Paris, 2013, p. 5.
[1817] THIBIERGE, Catherine, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, pp. 599-628.
[1818] THIBIERGE, Catherine (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009.
[1819] THIBIERGE, Catherine (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Mare et Martin, Paris, 2013.

autrement.[1820] » Pour analyser ce « droit souple » initialement traduit de l'anglais comme « droit mou » voire « droit vert »[1821], elle propose, comme l'avait fait le P[r] Delmas-Marty, de regarder trois facettes du droit souple : l'aspect « flou » qui concerne le contenu peu précis de la norme, l'aspect doux, à savoir l'absence d'obligation (la norme « incite, invite, recommande, conseille »), et l'aspect mou, c'est-à-dire sans sanction. Un tel examen analytique explique bien la nature des règles contenues dans les déclarations mentionnées plus haut. Elles font partie de ce droit « très souple », en allant jusqu'au cumul des trois aspects. Par exemple, il est mentionné dans les *Principes directeurs* de l'OCDE que les entreprises multinationales « devraient fournir aux représentants de leurs salariés les moyens nécessaires pour faciliter la mise au point de conventions collectives efficaces ». (Emploi et relations professionnelles, §2, a.) Cette exigence est à la fois imprécise, recommandée et sans sanction juridique (en dehors des sanctions nationales). Mais il existe également d'autres exigences qui formulent des conseils tout à fait précis, tels que la mise en œuvre d'une politique du personnel non discriminatoire (même section, §7), voire des obligations comme le respect de la liberté syndicale (même section, §1). En plus, comme nous l'avons déjà mentionné, il ne faut pas oublier l'impact de ces normes chez leurs destinataires (Etats et entreprises transnationales). Le P[r] Thibierge l'appelle « la portée normative » d'une norme[1822]. Elle a notamment un effet directionnel.

En tout cas, ce triptyque du droit souple permet à l'auteur d'affirmer que « [s]i le droit peut revêtir une texture dure ou souple, normative ou non, on voit alors se profiler une vision non plus binaire mais graduée de la normativité et de la juridicité. »[1823] A notre avis, c'est bien cette « gradation des textures du droit » ou ce « degré de normativité » qui doit retenir notre attention.

744. La RSE, en tant que droit souple, possède un degré relativement faible de normativité. Ce caractère, préjudiciable pour son application comme nous allons le voir, devient toutefois un atout dans sa diffusion internationale qui lui demande de traverser différents ordres juridiques. Une exigence substantielle, ou à défaut une culture, se forme dans l'ordre juridique international et appelle des améliorations ultérieures de la RSE. Cet aspect dynamique qui prépare la normativité d'un « droit dur » rejoint en effet le développement du droit international

---

[1820] THIBIERGE, Catherine, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 607 ; Sur cet aspect épistémologique d'une théorie du droit souple, v. aussi BAILLEUX, Antoine, « Le *soft law* et les deux droits », *in* HACHEZ, Isabelle, et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées* (vol. 4), p. 503 et s.
[1821] FARJAT, Gérard, « Réflexions sur les codes de conduites privés », *op. cit.*, p. 47.
[1822] THIBIERGE, Catherine (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, *op. cit.*, p. 822.
[1823] THIBIERGE, Catherine, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 623.

des droits de l'homme qui est aussi en quête d'une application universelle. De nombreux espoirs ont donc été suscités par la prise en compte de ces droits dans les codes de conduites. Cependant, le *soft law* semble épuiser ses réserves après avoir réalisé sa fonction de transmission internationale.

B. L'insuffisance de la seule RSE dans la protection des droits fondamentaux

745. En effet, face à des violations massives de droits sociaux fondamentaux par les grandes entreprises multinationales[1824], les organisations internationales susmentionnées, de même que l'UE, ont établi de nouveaux codes de conduites ou de principes directeurs prenant mieux en compte les droits des travailleurs (1). L'attente était grande, et c'est seulement par un regard rétrospectif que l'on pourrait se rendre compte de la relative impuissance de la seule démarche volontaire (2).

1. L'amélioration des codes de conduites par les droits sociaux fondamentaux

746. Le caractère quasi-universel de ce droit souple semble pouvoir se constater aussi dans la rencontre entre droits sociaux fondamentaux et ces codes de conduites[1825]. Une fois réalisée dans les actions des instances internationales traditionnelles comme l'ONU (a), la rencontre poursuivra aussi sa voie au sein de l'UE (b).

a. Des efforts engagés sur la scène internationale

747. Sans doute encouragés par la déclaration des droits et principes fondamentaux au travail de l'OIT en 1998, l'ONU et son secrétaire général Kofi Annan en personne proposèrent lors du Forum Davos de 1999 sur l'économie mondiale l'adoption d'un « Pacte mondial » (*Global Compact*) qui devrait fonder l'économie mondiale sur des valeurs communes relatives aux droits de l'homme, au travail et à l'environnement. Ce Pacte, tout en s'appuyant sur d'autres déclarations plus spécifiques telles que celle de l'OIT ou encore la Déclaration universelle des droits de l'homme, rappelle les droits à respecter le Pacte mondial s'adresse directement aux

[1824] V. pour le cas tragique de Rana Plaza au Bangladesh, SUPIOT, Alain, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015, p. 385 et s. ; pour d'autres cas de violation massive des droits fondamentaux de l'homme, v. BOURDON, William, *Face aux crimes du marché*, Paris, La Découverte, 2010.

[1825] Pour une étude générale sur cette rencontre qui aurait « durci » la RSE, v. MARTIN-CHENUT, Kathia, « Panorama en droit international des droits de l'homme », *in* MARTIN-CHENUT, Kathia, et René DE QUENAUDON (dir.), *RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, pp. 27-48.

entreprises. Mais elles ne sont que « invitées à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'homme dans leur sphère d'influence (…)»[1826]. Pour sa mise en œuvre, l'ONU donne des directives plus précises telles que l'intégration des principes du Pacte dans la stratégie et la culture de l'entreprise, participation à des partenariats favorisant ces principes, etc.[1827]. Mais les termes tels que « inviter », « sphère d'influence », ne font que renforcer une logique de recommandation. L'ONU a malgré tout senti la nécessité de préciser le caractère volontaire de ce pacte[1828]. Ce « pacte » n'est donc au mieux qu'un « droit très souple ».

Quant à l'OIT et à l'OCDE, elles ont aussi procédé à la modification de leurs propres instruments en la matière. Les *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales* de l'OCDE ont été modifiés en 2000 et en 2011. Un chapitre entier sur les droits de l'homme est désormais ajouté à cette déclaration. Le commentaire officiel de ces *Principes* explique qu'ils s'inspirent de la logique de « protéger, respecter et réparer » établie par l'ONU[1829]. Par conséquent, il y est question non seulement des faits personnels de l'entreprise, mais aussi de ses relations avec ses partenaires commerciaux. Il est notamment indiqué que les entreprises doivent « [s]'efforcer de prévenir et d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme (…) en raison d'une relation d'affaires avec une autre entité, même si elles ne contribuent pas à ces incidences » (Chapitre IV, §3). De même, il convient qu'elles exercent « une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme » (Chapitre IV, §5). Du côté de l'OIT, la *Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales* a aussi fait l'objet de deux modifications en 2000 et en 2006. Elle fait désormais référence à la Déclaration de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux de 1998[1830]. Toutefois, le Bureau international de travail qui a adopté ces modifications a également senti la nécessité d'insister encore une fois sur le fait que « [c]ette référence n'affecte en rien le caractère volontaire ou la signification des dispositions de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale.[1831] » La logique de *soft law* n'a donc pas été revue.

[1826] ONU, *Pacte mondial*, lancé officiellement à New York, le 26 juillet 2000, Principe N°1.
[1827] V. *Le Pacte Mondial de l'ONU*, Publication du Bureau du Pacte mondial des Nations Unies, 2008.
[1828] DE SCHUTTER, Olivier, « Towards a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights », *op. cit.*, p. 8.
[1829] OCDE, *Les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, éd. 2011, p. 39
[1830] OIT, *Déclaration des principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, éd. 2006, §8
[1831] *Ibid.*, Addendum II.

b. Des efforts du côté de l'UE

748. L'Union européenne n'est pas étrangère à cette démarche. Si la Commission européenne n'a entamé ses actions dans ce domaine qu'au début des années 2000, elle a immédiatement saisi le thème de la protection des droits fondamentaux.

Dans son premier livre vert sur la RSE, elle considère qu' « [e]n affirmant leur responsabilité sociale et en contractant de leur propre initiative des engagements qui vont au-delà des exigences réglementaires et conventionnelles auxquelles elles doivent de toute façon se conformer, les entreprises s'efforcent d'élever les normes liées au développement social, à la protection de l'environnement et au respect des droits fondamentaux, et adoptent un mode ouvert de gouvernance, conciliant les intérêts de diverses parties prenantes au sein d'une approche globale de la qualité et du développement durable. »[1832] Elle fait d'ailleurs expressément référence aux instruments de droit souple précités. Le livre vert partage donc l'esprit des différentes déclarations : la nécessité de rendre les entreprises plus respectueuses des droits fondamentaux et l'adoption d'une approche purement volontaire. Elle note que de plus en plus d'entreprises adoptent des codes de conduite, notamment en raison de « la volonté d'améliorer leur image et de limiter les risques d'une réaction négative des consommateurs » (§54). Bien que la Commission considère que ces codes ne peuvent que compléter les législations contraignantes, elle propose que « [l]es codes de conduite peuvent par exemple s'adresser à des sous-traitants travaillant pour plusieurs multinationales et obligés de respecter de multiples critères disparates en ce qui concerne les rémunérations, les heures de travail ou toute autre condition d'emploi »(§56). Pour atteindre cette force contraignante indirecte face aux sous-traitants, il conviendrait alors d'appliquer ces codes « à tous les niveaux de la chaîne d'organisation et de production » et d'assurer « une vérification continue de l'application et du respect des codes » (§57-58). La Communication qui poursuit l'ambition du Livre vert n'a pas modifié ces orientations générales. Il est toujours proposé que les codes « aient comme normes minimales communes de référence les conventions fondamentales de l'OIT et les principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales. »[1833] Elle a toutefois mis davantage l'accent sur la transparence de la RSE. Les entreprises sont invitées à publier des rapports établis

[1832] COM(2001) 366 final, 18 juillet 2001, Livre vert de la Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, §3.
[1833] Commission européenne, Communication concernant la responsabilité sociale des entreprises: Une contribution des entreprises au développement durable, COM(2002) 347 final, le 2 juillet 2002, p. 15. V. aussi la résolution du 6 février 2013 sur la « Responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive », UE 20112/2097 (INI).

selon les lignes directrices de la *Global Reporting Initiative*. Un label européen, toujours volontaire, est également envisagé.

Avec l'impulsion donnée par ces initiatives, de plus en plus d'entreprises intègrent en effet le respect des droits fondamentaux des travailleurs dans leurs engagements en matière de RSE. La vieille idée de l'audit social semble aussi faire son chemin progressivement. Toutefois, cette évolution de la RSE semble donner des résultats toujours très douteux aujourd'hui.

2. Un regard rétrospectif révélant l'insuffisance de la RSE

749. L'affaire Nike est restée dans la mémoire de beaucoup comme l'exemple typique d'une RSE au service de l'image de l'entreprise, mais sans utilité pour la protection des travailleurs. L'entreprise multinationale était en 2000 le leader des fabricants de chaussures avec 40% du marché mondial[1834]. Nike « a développé une stratégie de sous-traitance dans des pays essentiellement asiatiques (55 % des unités de production et 84 % de la main-d'œuvre indirecte en Asie du Sud-Est)[1835]. » Or l'entreprise avait adopté dès 1992 un code de conduite, se donnant de nombreux engagements éthiques, tels que l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants. La réalité s'est révélée toute autre et un scandale a ainsi éclaté, conduisant à de nombreux appels au boycott des produits de Nike[1836].

De même, de nombreux « audits sociaux » se sont avérés insuffisants pour assurer le respect des engagements. Une organisation non-gouvernementale a ainsi constaté qu'une usine au Bangladesh (Garib & Garib), bien qu'ayant passé l'audit organisé par l'entreprise suédoise donneuse d'ordre en octobre 2009, n'a pu empêcher un incendie en février 2010 dû à un court-circuit électrique, tuant 21 travailleurs qui n'ont pas pu sortir de l'usine à cause des passages bloqués ; de même, une autre usine de vêtements (Tazreen Fashions) n'a pu éviter un incendie en 2012 qui a tué 112 travailleurs, faute d'un plan d'évacuation[1837]. De nombreuses raisons ont

---

[1834] Pour plus de détails sur Nike, v. GASMI, Nacer, Gilles GROLLEAU, « Nike face à la controverse éthique relative à ses sous-traitants. », *Revue française de gestion*, 2005, n°4 , pp. 115-136.
[1835] *Ibid.*
[1836] V. par exemple, NYSTRÖM, Ingrid, et Patricia VENDRAMIN, *Le boycott*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015. Remarquons que c'est un effet supplémentaire de ce droit souple. Mais la réaction de la société civile ne fait pas partie de notre objet d'étude et nous laissons cet aspect de côté. Pour un plaidoyer résolument en faveur des actions de la société civile face aux défis de la globalisation, v. Naomi KLEIN, *Tout peut changer. Capitalisme et changement climatique*, Traduit par G. Boulanger et N. Calvé, Paris, Actes Sud, 2015.
[1837] http://mhssn.igc.org/MHSSN_Statement_on_CSR_Monitoring-Jan2013.htm, consulté le 17 mars 2016.

été attribuées à cet échec : le conflit d'intérêts dans l'opération d'audit, la fraude parmi les sous-traitants, etc.

750. Cette situation a conduit le P[r] Moreau à considérer que le choix d'une telle RSE « tient d'une part à la technique du "pick and choose" appelé aussi "self-service normatif", et d'autre part aux accords implicites, voire aux complicités, existant entre les États/les gouvernements et les entreprises multinationales pour éviter toute forme de régulation au plan international ou national hors du champ "mou" de la RSE, pour conserver sans dommage économique la place de la RSE comme vitrine sociale et, dans le même temps, laisser se développer des zones de non-droit de natures différentes, en expansion sous l'effet de la mondialisation. »[1838] En effet, le P[r] Supiot avait déjà souligné, organisée de telle manière, « la responsabilité sociale des entreprises est le symptôme d'une crise de l'idéologie économique »[1839]. Emancipées des ordres juridiques nationaux et libres dans l'espace international, les entreprises multinationales, à la différence des Etats et des institutions européennes, ne semblent pas pouvoir assurer véritablement le rôle du garant des droits sociaux fondamentaux par le biais des codes de conduite. Ainsi, la tentative d'utiliser les droits fondamentaux dans le but d'influencer la gouvernance d'entreprise nous paraît avoir en effet relativement échoué. Mais il n'est pas nécessaire de nier cette idée dans son ensemble. En revanche, il convient de trouver des moyens pour la renforcer. Outre un travail substantiel pour renouveler les concepts mêmes d'entreprise et de responsabilité[1840], plusieurs possibilités sont aujourd'hui souvent évoquées à propos des instruments disponibles en droit international.

La première voie consiste à élaborer des instruments internationaux plus contraignants, tels qu'un traité multilatéral dans le cadre de l'ONU, ou la création au sein de l'OIT d'une véritable juridiction qui garantirait les droits sociaux. Nous reviendrions alors aux premières hypothèses envisagées dans la première section de ce chapitre et il n'est donc pas difficile de comprendre les difficultés qui peuvent exister pour leur application en droit de l'UE. Par ailleurs, ces deux idées nous semblent difficiles à réaliser, surtout à l'heure actuelle.

En ce qui concerne l'élaboration d'un traité international, il convient de noter que l'adoption par l'ONU en 2011 des « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits

---

[1838] MOREAU, Marie-Ange, « Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT », *Dr. soc.* 2014, pp. 413-422, spéc., p. 414.
[1839] SUPIOT, Alain, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », *in Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, pp. 541-558, spéc., p. 550.
[1840] SUPIOT, Alain (dir.), *Responsabilité solidaire*, Actes du séminaire au Collège de France, à paraître en 2017.

de l'homme » (dits aussi « *Ruggie Principles* ») constitue la tentative la plus récente pour établir un consensus dans ce domaine. Toutefois, ces *Principes* qui sont approuvés par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU commencent par affirmer dans les principes généraux que « [a]ucun élément des Principes directeurs ne doit être interprété comme instituant de nouvelles obligations en vertu du droit international, ou limitant ou compromettant la moindre obligation juridique qu'un État aurait contractée ou à laquelle il serait assujetti conformément au droit international dans le domaine des droits de l'homme. »[1841] Le représentant spécial de l'ONU pour l'élaboration de ces principes, le P[r] John Ruggie, avait en effet affirmé dans son rapport qu'en l'état actuel du droit international, les traités ne peuvent créer des obligations directes pour les entreprises[1842]. Autrement dit, cet instrument reste toujours dans l'approche volontaire. Le P[r] De Schutter ajoute d'ailleurs que ces *Principes* ne proposent qu'une responsabilité extraterritoriale minimale des Etats, affirmant simplement que les Etats ne sont pas dans l'interdiction de se doter d'une compétence extraterritoriale (2[ème] principe) ; de plus, les *Principes* n'ont pas clarifié la responsabilité des entreprises[1843]. Au lieu d'employer la notion de « sphère d'influence » comme le *Pacte mondial*, les *Principes* utilisent « diligence raisonnable » (*due diligence*, 15[ème] et 17[ème] principes). Mais le sens de cette diligence n'est pas précisé, ni son étendue. Nous savons uniquement que « ce processus devrait consister à évaluer les incidences effectives et potentielles sur les droits de l'homme, à regrouper les constatations et à leur donner une suite, à suivre les mesures prises et à faire savoir comment il est remédié à ces incidences. » (17[ème] Principe)

Du côté de l'OIT, celle-ci a vécu une crise interne de 2012 à 2015 précisément à propos de sa fonction quasi-juridictionnelle. Lors de la 102[e] Conférence internationale du travail de 2012, le collège des employeurs a bloqué le système d'examen des rapports pour protester contre la « jurisprudence » de la Commission d'experts de l'OIT. La Commission voulait affirmer que le droit de grève constitue « un moyen essentiel permettant aux travailleurs et à leurs organisations de défendre leurs intérêts », ce qui a provoqué le blocage mené par les représentants patronaux[1844]. Ce conflit n'a été apaisé qu'en février 2015 après la tenue d'une

[1841] ONU, HR/PUB/11/04, 16 juin 2011.
[1842] ONU, A/HRC/4/35, 19 février 2007.
[1843] DE SCHUTTER, Olivier, « Towards a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights », *op. cit.*, p. 17.
[1844] La crise a été étudiée par le P[r] Supiot dans son *Cours au Collège de France (2014-2015) : Justice sociale internationale*, Partie 1.

réunion tripartite sur la Convention n°87 sur la liberté syndicale[1845] et montre bien le maintien assez fragile du caractère quasi-juridictionnel de ce collège de juristes que constitue la Commission des experts. En somme, l'espoir mis sur cette approche internationale est relativement compromis aujourd'hui. La tâche de la protection internationale des droits sociaux fondamentaux semble donc devoir revenir à des ordres juridiques nationaux, et, en ce qui nous concerne, l'UE.

§2. La « densification » du droit souple par le droit de l'UE

751. Le développement de la législation de l'UE (et celle des Etats) peut renforcer directement la RSE sur le plan international (A), de même que l'amélioration de l'accès à la justice pour des demandes fondées sur les « codes de conduites » (B).

A. L'invention de nouvelles actions normatives publiques

752. Il s'agit d'améliorer la partie du droit interne pouvant faire exécuter les obligations initialement sans contrainte. L'affaire *Kasky contre Nike*[1846] dans l'Etat de Californie aux Etats-Unis[1847] est un exemple largement commenté. En effet, l'action a été intentée par une personne privée ordinaire contre l'entreprise Nike, sur le fondement de *Unfair Competition Law* pour fausse publicité. Son action a été rejetée par le juge de première instance, en raison de l'absence d'intérêt légitime ; mais, en appel, la Cour suprême de Californie renverse cette décision et dispose que « *[a] private plaintiff may bring an action under the Unfair Competition Law (UCL) even when the conduct alleged to constitute unfair competition violates a statute for the direct enforcement of which there is no private right of action* ». La Cour suprême des Etats-Unis a d'abord donné son accord pour réexaminer l'affaire, mais s'est ravisée ensuite. Par conséquent, le litige s'étant résolu par une transaction, cette décision californienne fait aujourd'hui précédent aux Etats-Unis et donne un droit d'action dans des cas de violation des codes de conduite par des entreprises multinationales. En France, l'association Sherpa, avec d'autres associations, a également déposé plainte en avril 2014 contre Auchan, après avoir

[1845] Bureau international du travail, Document de référence pour la Réunion tripartite sur la convention (no 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, pour ce qui est du droit de grève ainsi que les modalités et pratiques de l'action de grève au niveau national (révisé) (Genève, 23-25 février 2015), TMFAPROC/2015.
[1846] Kasky v. Nike, Inc., 27 Cal.4th 939 (2002).
[1847] FRYDMAN, Benoît, et Gregory LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *in* HACHEZ, Isabelle, et al., (dir.), *Normativités concurrentes*, Anthemis, Limal (Belgique), 2012, pp. 179-210, spéc., p. 204.

retrouvé dans les ruines de Rana Plaza des étiquettes d'Auchan[1848]. L'action était manifestement fondée sur l'article L121-1 et L121-6 du Code de la consommation. Certains auteurs évoquent aussi la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales[1849]. Cette voie montre en réalité un changement dans la manière de promouvoir les droits sociaux fondamentaux. Il ne s'agit pas de créer des normes juridiques « dures » ou « souples » directement sur les droits fondamentaux, mais de chercher des moyens qui aident indirectement à sa réalisation. En l'occurrence, il s'agit d'une combinaison entre un code de conduite et la réglementation sur les pratiques commerciales illicites. Il est en effet temps de considérer plus en détail cette dynamique de la promotion indirecte. D'autres techniques juridiques peuvent être envisagées et l'UE semble aussi être engagée dans cette voie, favorisant notamment les mesures de transparence (1) et de vigilance (2).

1. Mesure de transparence : la divulgation d'informations non financières

753. La divulgation d'informations non financières devrait rendre possible l'évaluation de l'impact réel des activités de l'entreprise sur les droits sociaux fondamentaux[1850]. Après des initiatives diverses de la Commission dont notamment une proposition de directive en avril 2013[1851], l'UE a adopté la directive 2014/95 sur la publication d'informations non financières par les sociétés[1852]. Elle crée une obligation de déclarer des informations nécessaires « à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité, relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption »[1853].

[1848] V. le site de Sherpa, http://www.asso-sherpa.org/auchan-le-rana-plaza-des-pratiques-commerciales-trompeuses#.VuwX-OYur4Y

[1849] FRYDMAN, Benoît, et Gregory LEWKOWICZ, « Les codes de conduite (…) », *op. cit.*, p. 204.

[1850] En droit français, c'est la loi dite Nouvelle régulation économique (NRE) du 15 mai 2001 qui l'a introduite en France, à l'article L225-102-1 du Code de commerce. Elle a été complétée par le décret n°2002-221 du 22 février 2002 qui précise les informations qu'il convient de dévoiler et d'autres législations, comme la loi dite « Grenelle II ».

[1851] Com (2013) 207 final, 18 avril 2013, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives n° 78/660/CEE et n° 83/349/CEE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes. V. LECOURT, Benoît, « Une proposition de directive sur la publication d'informations non financières », *Revue des sociétés*, 2013, pp.657-659.

[1852] LECOURT, Benoît, « Directive n° 2014/95/UE du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations non financières par les sociétés », *Revue des sociétés*, 2015, pp. 134-139.

[1853] V. les nouveaux articles 19bis et 29bis de la directive 2013/34, modifiée par la directive 2014/95.

Les sociétés qui doivent se soumettre à cette obligation sont à la fois « [l]es grandes entreprises qui sont des entités d'intérêt public dépassant (…) le critère du nombre moyen de 500 salariés » (art. 19bis) et les sociétés mères des « grands groupes » employant également plus de 500 salariés (art. 29bis). Ces sociétés ou groupes de sociétés doivent être « grands », à savoir, affichant soit un total du bilan supérieur à 20 millions d'euros, soit un chiffre d'affaires net de plus de 40 millions d'euros et employant au moins un nombre moyen de 250 salariés (art. 3 de la proposition). De plus, ils doivent être des entités d'intérêt public que constituent principalement les sociétés cotées en bourse, les banques, les sociétés d'assurances, etc. Ce sont des entités qui ont normalement « une importance publique significative en raison de la nature de leurs activités, de leur taille ou du nombre de leurs employés »[1854]. Nous pouvons donc dire que le champ d'application *ratione personae* reste relativement restreint.

754. En effet, l'UE envisage aussi la promotion des droits de l'homme plutôt comme une réaction à des effets néfastes causés par les grandes entreprises transnationales. La directive se présente alors comme un « durcissement » de la RSE par la voie législative. Son lien avec des initiatives internationales est d'ailleurs rendu manifeste par le considérant 9 de la directive de 2014 qui énonce que « Pour fournir ces informations, les grandes entreprises relevant de la présente directive peuvent s'appuyer sur des cadres nationaux, sur les cadres de l'Union, (…), ou sur des cadres internationaux, tels que le pacte mondial des Nations unies, les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme(…), les principes directeurs de l'[OCDE], la norme ISO 26000 de l'Organisation internationale de normalisation, la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT, la "*Global Reporting Initiative*" ou d'autres cadres internationaux reconnus. » D'ailleurs, c'est sans doute cette tradition souple qui a conduit le législateur européen à adopter un contrôle souple de cette obligation, et non pas des sanctions effectives. En effet, il est désormais prévu que « [l]orsque l'entreprise n'applique pas de politique en ce qui concerne l'une ou plusieurs de ces questions, la déclaration non financière comprend une explication claire et motivée des raisons le justifiant. » (nouveaux art.19bis et art. 29bis) On a remarqué que c'est donc « une extrapolation du fameux principe « *comply or explain* » (appliquer ou expliquer) introduit par la directive n° 2006/46 du 14 juin 2006 s'agissant de la référence par les sociétés cotées à un code de gouvernement d'entreprise»[1855].

[1854] L'article 2, 1), d) de la directive 2013/34.
[1855] *Ibid*.

Cette double limite semble rendre la directive inadéquate pour atteindre son objectif. Il n'est pas difficile de constater le caractère quelque peu arbitraire de la définition de « grande entreprise ». Le législateur aurait pu concevoir la capacité réelle de l'entreprise à porter atteinte à l'environnement ou aux droits fondamentaux des personnes (donc une définition proche de celle de « l'entité d'intérêt général » qui laisse une marge pour apprécier son « importance publique »). De même, en ce qui concerne la sanction, on aurait pu revenir à l'esprit des mesures de transparence, à savoir, l'information de tout public intéressé en vue de la préservation des droits. Il conviendrait sans doute de s'inspirer de l'affaire *Kasky c. Nike* citée ci-dessus, et créer donc des voies de recours, soit pour réclamer des dommages-intérêts pour fausse information, soit pour obtenir l'information exacte. Malgré cette prescription peu exigeante, on pourrait penser qu'il s'agit d'un point de départ pour créer des mesures indirectes favorisant la protection des droits sociaux fondamentaux. La Commission s'est en effet engagée dans un plan d'action pour un nouveau droit européen des sociétés[1856] qui prévoit trois volets : la transparence, l'implication des actionnaires et le soutien à la croissance et à la compétitivité. Elle a également proposé une directive sur l'engagement à long terme des actionnaires[1857] qui vient d'être adoptée le 23 mars 2017[1858]. C'est donc un domaine qui est en évolution constante.

2. Mesure de vigilance : une responsabilisation renforcée

755. Si la transparence permet de révéler les pratiques réelles d'une entreprise, la vigilance pourrait l'associer à ses partenaires pour répondre ensemble de leurs actions portant atteinte aux droits fondamentaux. Les mécanismes juridiques peuvent être très divers. Pendant longtemps, il est surtout question de réinterroger la notion de la personnalité morale, que ce soit sous l'angle contractuel – comme la question de co-emploi –, ou en termes de responsabilité civile délictuelle, comme dans les nombreux cas pouvant conduire à « lever le voile des personnes morales ». Certains auteurs proposent de revisiter la « responsabilité solidaire »[1859]. Pour l'instant, une mesure semble émerger rapidement parmi beaucoup d'autres, c'est le devoir de vigilance.

[1856] COM (2012), 740/2, 12 décembre 2012.
[1857] COM(2014), 213 final, 9 avril 2014, v. LECOURT, Benoît, « Proposition de directive sur l'engagement à long terme des actionnaires », *Revue des sociétés*, 2015, pp. 693-695.
[1858] V. LECOURT, Benoît, « Engagement à long terme des actionnaires de sociétés cotées : adoption de la directive », *Revue des sociétés*, 2017, pp. 315-316.
[1859] SUPIOT, Alain (dir.), *Responsabilité solidaire*, Actes du séminaire au Collège de France, à paraître en 2017.

Le droit souple international de la RSE préconise déjà une « *due diligence* »[1860], souvent traduite par « diligence raisonnable » ou « devoir de diligence », à la charge des grandes entreprises multinationales. Dans les *Principes directeurs* de l'OCDE, le principe 10 énonce que les entreprises devraient « exercer une diligence raisonnable fondée sur les risques, par exemple en intégrant cette dimension dans leurs systèmes de gestion des risques, afin d'identifier, de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, décrites dans les paragraphes 11 et 12, et rendre compte de la manière dont elles répondent à de telles incidences. La nature et la portée de la diligence raisonnable dépendent des circonstances propres à une situation particulière. » De même, les *Principes directeurs* de l'ONU (les Principes Ruggie) énoncent dans le principe 17 que « [a]fin d'identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient, les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. » On peut déjà constater que cette diligence est justifiée par l'existence d'un risque pour les droits de l'homme dans les activités d'une entreprise. Sa réalisation se traduit par un processus dynamique qui tend à identifier les risques et à agir sur eux. Ces deux *Principes directeurs* parlent l'un comme l'autre d' « identification » ou d' « évaluation », de « prévention » ou de « suivi », de « rendre compte » ou de « communiquer »[1861].

756. Cet aspect processuel rappelle d'autres utilisations de « *due diligence* ». Elle figurait déjà en droit des Etats-Unis à la section 11(b)(3) de *Securities Act* de 1933[1862]. Il s'agit d'un moyen de défense contre la responsabilité solidaire en matière d'allégation fausse concernant la sécurité d'une transaction. Le principe est que toute personne ayant signé la déclaration contenant une allégation fausse, ou ayant une autorité sur la personne qui l'a signée, ou qui a consenti à y être mentionnée, ou dont l'expertise a donné foi à la déclaration peut être attraite devant une juridiction comme civilement responsable. Par exception, les personnes qui, après avoir conduit un « examen raisonnable », ont un fondement ou motif raisonnable de croire

---

[1860] DE SCHUTTER, Olivier, Anita RAMASASTRY, Mark B. TAYLOR et Robert C. THOMPSON, *Human Rights Due Diligence: the Role of States*, International Corporate Accountability Roundtable Project, 2012, disponible à http://icar.ngo/analysis/hrdd/

[1861] V. notamment les paragraphes 14, 15, 44, 45 des *Principes directeurs* de l'OCDE et les paragraphes 18 à 21 des *Principes* de l'ONU.

[1862] SPEDDING, Linda S., *Due Diligence and Corporate Governance*, LexisNexis UK, Corydon, 2004, p. 3. La disposition est toujours en vigueur. V. 15 U.S. Code § 77k - Civil liabilities on account of false registration statement, https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/77k

et ont effectivement cru à l'exactitude de la déclaration, peuvent s'exempter de la responsabilité sous certaines conditions.

757. Des initiatives en Europe ont suivi ce modèle processuel et donnent plus ou moins lieu à une sanction juridique[1863]. Au niveau de l'UE, c'est une proposition de règlement de la Commission européenne sur le devoir de diligence en matière de chaînes d'approvisionnement de minerais et d'or originaires de zones de conflit ou à haut risque[1864]. Le souci de la Commission est d'éviter que les entreprises, en se procurant des minerais dans des zones en conflit (notamment auprès des militaires qui les vendent par des procédés illégaux), ne contribuent à la violation des droits de l'homme dans ces régions (comme la République démocratique de Congo). Tout en citant les *Principes directeurs sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque* de l'OCDE (à distinguer des *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales* cités plus haut), et l'article 1502 de la loi *Dodd-Frank* aux Etats-Unis, la Commission imagine cinq options qui vont de la simple déclaration de l'UE jusqu'un règlement contraignant qui imposerait une obligation de diligence à tous les importateurs européens de certains minerais. La Commission a finalement retenu une solution intermédiaire : la proposition prend la forme d'un règlement, mais il n'est pas contraignant. Il organise simplement une procédure d'auto-certification, à savoir, la possibilité pour certains importateurs d'assurer la diligence et de se qualifier ensuite d' « importateurs responsables ». Ces entreprises doivent notamment fournir certains documents aux autorités compétentes des Etats membres qui assurent d'ailleurs les contrôles *a posteriori* nécessaires (art. 3, 4, 7 et 10 de la proposition). Ensuite la Commission établira une liste d'entreprises responsables à partir des informations nationales (art. 8 de la proposition). Les obligations contenues dans la diligence sont celles énoncées par les *Principes directeurs* qui visent de manière générale les devoirs de l'entreprise : évaluation, gestion des risques en vue de la prévention, le suivi des résultats et la communication (art. 5). Il est toutefois intéressant de remarquer que, conformément aux *Principes directeurs* de l'OCDE sur ces chaînes d'approvisionnement[1865], les importateurs doivent, « compte tenu de [leur capacité] d'exercer une influence et, au besoin, des pressions sur les fournisseurs les plus à même de prévenir ou d'atténuer efficacement les risques mis en

[1863] V. la loi française du 27 mars 2017, n°2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre qui place précisément le plan de vigilance au cœur de ce nouveau dispositif.
[1864] COM (2014) 111, 5 mars 2014.
[1865] Etape 3, p. 50.

lumière, en prévoyant, selon le cas, a) la poursuite des échanges tout en menant des efforts d'atténuation mesurable des risques, b) la suspension temporaire des échanges tout en menant des efforts d'atténuation mesurable des risques ou c) la cessation de toute relation avec un fournisseur après l'échec des tentatives d'atténuation des risques ». En effet, on considère traditionnellement le devoir de vigilance comme une obligation de moyen. Il suffit d'être « raisonnablement diligent ». Or on peut constater ici que le devoir de vigilance, bien que n'imposant pas une obligation de résultat pour la cessation des violations des droits de l'homme, n'en exige pas moins certains comportements bien déterminés tels que la cessation de relations commerciales avec un fournisseur particulier.

758. Les actions normatives publiques ne se limitent évidemment pas à ces domaines. On pourrait songer par exemple encore aux règles liées à l'attribution des marchés publics, aux labels donnant des droits particuliers, etc. En même temps, ces mesures ne sont pas directement prises pour « concrétiser » les droits sociaux fondamentaux. C'est un dispositif parallèle qui peut se renforcer mutuellement avec le droit souple des droits sociaux fondamentaux. En revanche, des actions normatives privées concernent souvent directement une « concrétisation » de ces droits, qui demandent cependant des garanties sûres pour pouvoir être mises en œuvre.

B. La mise en œuvre effective des actions normatives privées

759. Si un simple code de conduites paraît extrêmement souple, les partenaires sociaux peuvent vouloir conclure un accord pour consolider les engagements de l'employeur en matière de droits fondamentaux. Le développement d'accords-cadres internationaux (ACI) constitue donc un aspect non négligeable de l'application des droits sociaux dans le contexte de mondialisation (1). En même temps, toujours en raison de l'absence d'un droit international dans ce domaine, il convient de les rattacher à un ordre juridique particulier à l'aide du droit international privé pour qu'ils soient pleinement effectifs (2).

1. Le développement des accords-cadres internationaux

760. Le P^{r} Isabelle Daugareilh remarque que « [d]epuis les années 2000, le nombre des ACI ne cesse de croître et de se diversifier par les secteurs de l'économie qu'ils couvrent et par l'origine des sociétés transnationales signataires, même si les entreprises européennes

dominent. »[1866] Le champ des entreprises concernées devient en effet de plus en plus important[1867], si bien que l'on a pu écrire que « [l]es accords-cadres internationaux sont un vecteur de dissémination des droits sociaux fondamentaux élaborés par l'OIT, en particulier dans le cadre de la déclaration relative aux droits fondamentaux des travailleurs ou proposés aux entreprises multinationales dans le cadre de l'OCDE ou du programme de l'ONU Global Compact »[1868]. Il a d'ailleurs été proposé de définir les ACI comme des accords ayant « pour objet de définir les droits sociaux des salariés des filiales du groupe mondial implantées dans différents pays, voire ceux des sous-traitants et de fixer les engagements sociétaux et environnementaux auxquels l'entreprise entend se conformer. »[1869] Mais on se rend rapidement compte de la très grande variété à l'égard du périmètre de l'accord et de leur contenu. Il serait donc intéressant de procéder à une classification des accords et d'examiner leur effectivité en matière de protection des droits sociaux fondamentaux.

Concernant la classification, il semble qu'on a tendance à se focaliser sur les parties qui participent à la négociation de l'ACI. Par exemple, il existe des accords conclus par l'employeur avec des organisations syndicales, des instances représentatives du personnel comme le comité d'entreprise européen, des organisations non gouvernementales, voire des accords multilatéraux entre plusieurs entreprises et organisations syndicales[1870]. Cette approche nous conduit néanmoins à constater de nombreux obstacles pour l'application de ces accords. Par exemple, ces négociations manquent d'un statut juridique ; les engagements ne précisent pas la modalité de sa transposition dans les Etats où se trouvent les activités des filiales[1871]. Pour éviter ces impasses, on pourrait sans doute mettre davantage l'accent sur le contenu même de ces

---

[1866] DAUGAREILH, Isabelle, « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », *in* SUPIOT, Alain et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, pp. 183-199, spéc., p. 188

[1867] TEYSSIE, Bernard, « La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe », *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 821- 830.

[1868] MOREAU, Marie-Ange, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Dr. soc.* 2009, pp. 93-102.

[1869] NEAU-LEDUC, Christine, « Les accords sur la "responsabilité sociale de l'entreprise" », *Dr. soc.* 2008, p. 75-79.

[1870] DAUGAREILH, Isabelle, « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », *op. préc.*, p. 188 et s. L'auteur mentionne successivement l'accord entre le groupe Total et IndustriAll de 2015 (avec une organisation syndicale), celui entre le groupe Areva et l'association Sherpa de 2009 (avec une ONG), et différents accords mis en place à l'égard de l'industrie textile au Bangladesh dont l'Accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments de 2013. Pour un accord signé aussi par un comité européen, v. Accord cadre mondial sur la responsabilité sociale de PSA Peugeot Citroën du 10 mai 2010.

[1871] *Ibid*.

accords. Deux éléments peuvent attirer en particulier notre attention : le périmètre et les engagements.

Le périmètre est le champ d'application de l'accord. Certains accords précisent leur champ de manière explicite. Dans l'accord Total – IndustriAll du 22 janvier 2015[1872], l'article premier de l'accord énonce que « [l]e présent accord s'applique à TOTAL S.A et à ses filiales détenues directement ou indirectement à plus de 50 %. Au-delà, dans les filiales où le Groupe est présent sans pour autant y exercer le contrôle opérationnel, il entend faire ses meilleurs efforts pour en promouvoir les principes. » Deux types de périmètres sont donc mentionnés : le groupe et les filiales sous le contrôle effectif du groupe ; les entreprises dans lesquelles le groupe est simplement présent. Certains accords n'admettent que le contrôle direct majoritaire (par ex., Accord EDF[1873] du 25 janvier 2009 et Accord PSA[1874] de mai 2010). D'autres ne précisent même pas ce périmètre (par ex., Accord DaimlerChrysler[1875] de 2002). La tendance est néanmoins la mention de plus en plus précise du périmètre. L'accord PSA de 2010 précise d'ailleurs que « certains dispositifs visent des fournisseurs, sous-traitants, partenaires industriels et réseaux de distribution ». On peut donc identifier quatre périmètres qui sont le groupe lui-même, le groupe au sens de contrôle effectif, le groupe au sens de présence, et le groupe dans ses relations avec ses partenaires. Dans les deux premiers périmètres, la responsabilité du groupe dans la mise en œuvre de l'accord est particulièrement importante, dans la mesure où il peut à lui-seul décider le comportement d'une entreprise. Dans les deux derniers cas, en revanche, la responsabilité du groupe s'apparente à une obligation de moyen : il doit s'efforcer de respecter les engagements prévus par l'accord, en utilisant par exemple son influence.

761. Quant aux engagements contenus dans un accord, ils sont aussi extrêmement variés. Un accord peut se contenter de reprendre les recommandations internationales. L'accord DaimlerChrysler de 2002 énonce donc le respect de certains droits sociaux fondamentaux tels que l'interdiction du travail forcé, la non-discrimination, les conditions de travail équitables,

---

[1872] « *Corporate Social Responsibility* » *Accord Mondial Total*, ci-après Accord Total, disponible à http://www.industriall-union.org/fr/industriall-signe-un-accord-cadre-mondial-avec-total

[1873] *Accord sur la Responsabilité sociale du groupe EDF*, ci-après Accord EDF, disponible à http://www.industriall-union.org/fr/edf

[1874] *Accord cadre mondial sur la responsabilité sociale de PSA Peugeot Citroën*, « Un engagement social et durable sans frontières », ci-après Accord PSA, disponible à http://psasochaux.reference-syndicale.fr/accord-psa-du-20-mai-2010-responsabilite-sociale-mondiale/#ancre3829704

[1875] *Principes de responsabilité sociale chez DaimlerChrysler*, ci-après Accord DaimlerChrysler, disponible à http://www.industriall-union.org/fr/daimler

etc. L'accord stipule d'ailleurs que « [l]es principes énoncés engagent DaimlerChrysler au niveau mondial. Les principes sont concrétisés dans le code de conduite et s'appliquent à tous les travailleurs, personnel d'encadrement et dirigeants inclus. » Il s'agit donc bien d'utiliser un accord-cadre pour venir au secours des codes de conduites trop peu sûrs. Cette affirmation des droits sociaux fondamentaux est présente dans presque tous les accords-cadres internationaux. L'accord Total stipule dans son article 2 « la promotion des droits de l'homme au travail », de même que l'accord PSA qui contient un chapitre sur « les engagements de PSA Peugeot Citroën en faveur des droits humains fondamentaux ». Ces accords vont toutefois au-delà de la réaffirmation de ces principes. Il existe souvent des engagements dits « responsables » qui concernent surtout le parcours professionnel des salariés (v. Accord PSA, chapitre 3). Les droits fondamentaux tels que la non-discrimination et le droit à la formation devraient imprégner les politiques de l'entreprise comme l'anticipation des mutations technologiques. Enfin, les accords prévoient très souvent un mécanisme de suivi. L'accord PSA impose la mise en place « des observatoires sociaux » dans chaque pays où se trouvent plus de 500 salariés. Ils établissent un document commun annuel (Chap. 8 de l'accord). Au niveau du groupe, il est prévu que le comité européen élargi du groupe est transformé en comité mondial et assure le suivi central. Ce comité suit les règles énoncées dans les « directives européennes ». L'accord Total crée de son côté un comité *ad hoc* intitulé « FAIR » (Faciliter l'Application, l'Implication de tous et la mesure régulière des Résultats de l'accord) (art. 7-2 de l'accord). Il se réunit une fois par an et a pour mission d'« examiner la mise en œuvre des dispositions prévues par le présent accord ; [d']identifier les bonnes pratiques et proposer des actions visant à les promouvoir ; [de] présenter, plus largement, les résultats et orientations stratégiques du Groupe ». Avec ces dispositions sur le fonctionnement de certaines instances représentatives du personnel, nous voyons de manière particulièrement claire que l'application de ces accords comporte des enjeux importants et peut donc faire l'objet de contestations en justice. Toutefois, ni le droit international, ni le droit de l'UE ne prévoit un régime qui s'appliquerait à ce type d'accord si l'on devait les prendre comme une catégorie *sui generis*.

762. Ces accords internationaux pourraient donner lieu à un arbitrage international si un différend devait naître entre les différents signataires, comme dans l'Accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments signé le 13 mai 2013[1876], à la suite de la tragédie du Rana

[1876] V. LARONZE, Fleur, et René de QUENAUDON, « Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza Dacca, 24 avril 2013 », *RDT*, 2013, pp. 487-490.

Plaza. Cet accord prévoit la constitution d'un comité de pilotage (*steering committee*) qui comprend six membres venant de manière paritaire des organisations syndicales et patronales signataires et un membre désigné par l'OIT. Le comité statue en première instance sur tout différend et sa décision peut faire l'objet d'un appel par voie d'arbitrage. La décision arbitrale produira ses effets conformément à la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des décisions arbitrales étrangères de 1958. Il reste que même ce type d'accord ne semble pas avoir toujours élucidé les questions en matière de droit international privé. Comme le P^r^ Pataut le relève, les questions de loi applicable ont été mises de côté et même l'arbitrage prévu ne concernait que les différends entre les signataires, à l'exclusion des travailleurs eux-mêmes[1877]. Ces questions sont pourtant essentielles pour la bonne application des ACI.

2. L'application des accords-cadres internationaux

763. Dans une telle application, nous rencontrons des difficultés à plusieurs niveaux : tout d'abord, pour déclencher le raisonnement classique – au sens de bilatéraliste – en droit international privé, il faut connaître la catégorie ou la qualification des ACI. Est-il un contrat ou une convention collective ayant effet réglementaire (a) ? Ensuite, la qualification pourrait toujours ne pas fournir de « siège » pour le rattachement des ACI à un ordre juridique particulier (b). Enfin, étant donné son lien étroit avec les droits sociaux fondamentaux, le raisonnement classique pourrait connaître des infléchissements (c).

a. La qualification des accords-cadres internationaux

764. Dans un rapport général sur la question rédigé à la demande de la Commission, les rédacteurs reconnaissent d'abord que cette qualification est particulièrement difficile, parce que les ACI sont eux-mêmes fortement hétérogènes[1878]. Un examen concret, au cas par cas, devrait être effectué et la volonté des parties posséderait une place essentielle. Ils préconisent cependant la qualification, car l'interprétation que donne la CJUE à la matière contractuelle semble assez large et pouvoir inclure ce type d'engagements réciproques pris en vertu de la libre volonté des parties : « *the concept of 'contractual matters' refers to obligations taken on voluntarily by one*

[1877] PATAUT, Etienne, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé », *in* DUBIN, Laurence, Pierre BODEAU-LIVINEC, Jean-Louis ITEN et Vincent TOMKIEWICZ (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international* (Société française de droit international – Colloque de Paris 8), Paris, Pedone, 2017, pp. 73-97, spéc., p. 95.
[1878] VAN HOEK, Aukje, et Frank HENDRICKX, *International private law aspects and dispute settlement related to transnational company agreements*, Study undertaken on behalf of the European Commission (VC/2009/0157), 2009, p. 6.

party towards another. The obligation do not have to qualify as contractual under national law. The concept is a relatively wide one. »[1879]

Dans sa thèse consacrée aux conventions collectives internationales, le P^r^ Rodière rappelle que le principal obstacle à la qualification de l'accord collectif en contrat est la double nature de ce type d'accord, à la fois contractuel et réglementaire (du moins dans la tradition française)[1880]. Certes, la qualification en droit national n'affecte pas directement la qualification en droit international privé, mais le fait que le droit français tende désormais à reconnaître le caractère dual de l'accord collectif (contractuel à sa conclusion et réglementaire dans son application) signifie certainement qu'il devrait au moins être plausible de garder la qualification contractuelle en droit international privé. De plus, si le caractère réglementaire veut simplement dire que ces accords ne produisent pas seulement d'effet entre les signataires de l'accord, mais le plus souvent à tous les travailleurs d'une entreprise ou d'un groupe, ce caractère *erga omnes* ne semble pas pouvoir nous renseigner beaucoup sur le juge à saisir ou la loi à l'aune de laquelle cet accord doit être mesuré, car par définition, cet effet se déploie dans différents pays. Un autre sens du caractère réglementaire pourrait être la participation des partenaires sociaux à l'élaboration des normes professionnelles qui se présentent d'emblée comme une partie du droit étatique. Toutefois, si cette conception est possible pour les accords collectifs nationaux, elle ne paraît pas plausible pour les accords internationaux. En effet, les partenaires sociaux nationaux doivent normalement remplir des conditions de représentativité pour pouvoir élaborer des normes collectives de travail, alors que dans le cas transnational, aucune règle ne la prévoit. La conclusion de l'accord s'explique beaucoup mieux comme la rencontre des volontés de personnes privées. Le P^r^ Rodière remarque aussi que la nature privée de l'acte en cause peut se déduire des intérêts en jeu et des parties concernées[1881]. A cet égard, un ACI ou une convention collective internationale demeure avant tout un accord de droit privé.

Enfin, une dernière précision technique permet d'écarter les difficultés relatives à cette qualification. L'effet de l'ACI au-delà des signataires peut effectivement ne pas s'interpréter comme étant de nature réglementaire, mais s'analyser comme des stipulations pour autrui

[1879] *Ibid.*, p. 9.
[1880] RODIERE, Pierre, *La convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Paris, Litec, 1987, p. 329.
[1881] *Ibid.*, p. 337 et s.

lorsqu'il s'agit des travailleurs non signataires, ou comme des mandats à l'égard des entreprises filiales qui se trouvent aussi liées par l'accord signé par la société mère.

765. En somme, la qualification contractuelle paraît aujourd'hui la plus appropriée, si l'on ne voulait pas créer une catégorie *sui generis* au profit de ces accords. Avec une telle qualification, le litige relatif à un ACI, s'il a lieu devant un juge de l'UE, doit donc respecter le règlement n°1215/2012 dit Bruxelles I bis pour la juridiction compétente et le règlement n°593/2008 dit Rome I pour la loi applicable. Le rapport susmentionné de 2009 étant assez exhaustif sur l'application de ces deux instruments en matière d'accords collectifs transnationaux, on en rappelle d'abord rapidement les principaux enseignements.

En matière de compétence juridictionnelle, le règlement Bruxelles 1 bis pourrait offrir plusieurs possibilités aux travailleurs, dont notamment le tribunal du lieu du siège social de l'entreprise multinationale (art. 2) et celui d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande (art. 7, 1), a)). Ce dernier critère pourrait permettre la saisine du tribunal du lieu de travail, puisque les obligations issues de l'ACI, telles que l'obligation de consulter et d'informer les travailleurs, doivent normalement être exécutées au niveau des établissements de l'entreprise transnationale. De même, l'article 7, 5) du règlement prévoit aussi la possibilité d'intenter une action, « s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant la juridiction du lieu de leur situation »[1882]. Qui plus est, en cas de pluralité de personnes morales, il est possible de les attraire ensemble en tant que codéfendeurs devant une seule juridiction selon l'article 8, 1)[1883].

Quant à la loi applicable, le règlement Rome I laisse une place primordiale à la liberté des parties (art. 3). En pratique, le choix de loi est assez fréquent dans ce type d'accord[1884]. L'avantage de sécurité juridique pour les parties est évident. Lorsqu'il n'y a pas de choix de loi, il pourrait être difficile d'invoquer l'article 4 §2 qui prévoit la compétence de la loi « du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ». En effet, lorsque l'accord comprend des obligations réciproques entre les parties, il est pratiquement impossible de ne retenir qu'une prestation caractéristique de l'accord[1885]. L'attention devrait donc être prêtée davantage à l'article 4 §3 qui prévoit l'application de la loi

[1882] VAN HOEK, Aukje, et Frank HENDRICKX, *International private law aspects (…)*, p. 70 et s.
[1883] V. aussi PATAUT, Etienne, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé », *op. cit.* p. 78.
[1884] VAN HOEK, Aukje, et Frank HENDRICKX, *International private law aspects (…)*, p. 12.
[1885] *Ibid.*, p. 23.

présentant les « liens manifestement les plus étroits » avec le contrat. Parmi les indices souvent évoqués, on trouve par exemple la nationalité et le lieu de domicile des signataires, la langue du contrat, la monnaie du paiement, le lieu de conclusion du contrat, etc[1886].

Ces rattachements sont-ils entièrement satisfaisants ? Il convient, en effet, de se demander si le caractère collectif de ces accords pourrait indiquer d'autres éléments de rattachement plus pertinents.

b. D'éventuels rattachements spécifiques en matière d'ACI

766. En effet, si la qualification contractuelle fait penser naturellement à des points de rattachement tels que la nationalité des parties, le lieu de conclusion et le lieu d'exécution, etc., chaque contrat pourrait comporter des spécificités que d'autres n'ont pas. Nous savons par exemple que, dans l'interprétation de l'article 8 du règlement Rome I relatif au contrat individuel de travail, la Cour de justice a retenu « le pays où le salarié s'acquitte des impôts et des taxes et celui dans lequel il est affilié à la sécurité sociale » comme les éléments significatifs de rattachement[1887]. Peut-on trouver de tels éléments pour les ACI ?

767. Si le caractère transnational de ces accords est le nœud gordien de la détermination du lien étroit, le caractère collectif semble être la clé de voûte dans cette opération. En effet, ce caractère signifie que l'établissement de ces normes est le même pour tous en tant que membres d'une même collectivité. Ainsi, ce qui permet de symboliser la collectivité devrait devenir un indice particulièrement important pour réaliser le rattachement. La société mère ou la direction centrale présente donc d'emblée un intérêt particulier. Mais cette approche privilégie sans soute l'aspect gestionnaire de l'entreprise. En revanche, le lieu où se situe l'instance centrale de la représentation du personnel pourrait être un indice plus approprié.

Ce caractère rend les indices mentionnés ci-dessus plus délicats à utiliser : un accord devant s'appliquer de manière égale à des travailleurs dans différents pays ne semble pas présenter un rattachement particulier avec un pays en particulier. Par exemple, l'indice lié à la langue de l'accord est le plus souvent inefficace, puisque l'accord est souvent établi en plusieurs langues faisant foi. A vrai dire, deux indices nous paraissent pouvoir manifester un lien de rattachement étroit. Sceptique face à un tel rattachement, le P[r] Rodière écrit que « admettre la

[1886] *Ibid.*, pp. 25-26.
[1887] CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker*, C-64/12, §41.

valeur juridique [de la localisation du siège de la société dominant le groupe] suppose que l'indépendance formelle entre sociétés du groupe soit récusée »[1888]. En effet, l'écran créé par la personnalité juridique reste toujours une difficulté particulière même dans la recherche des éléments de rattachement. Toutefois, il nous semble que le sens d'un accord collectif du type ACI vise précisément à reconnaître la nécessité de décloisonner ces entités et d'adopter le même type d'exigences en matière de droits des travailleurs ou de qualité de la production. L'évolution du droit de l'UE semble aussi aller dans le même sens. En effet, avec la création du comité d'entreprise européen, l'UE semble avoir réfléchi sur le centre de gravité d'un groupe d'entreprises, notamment à travers la notion de direction centrale. Liée nécessairement à la répartition des pouvoirs au sein du groupe, elle peut néanmoins être déterminée aussi à l'aide d'un indice subsidiaire comme le nombre d'effectif[1889]. En tout cas, il paraît possible de concevoir un élément qui caractérise la collectivité au-delà des nombreuses personnes juridiques.

768. Un autre élément de rattachement, particulièrement intéressant, est mis en valeur par la thèse du P[r] Rodière. Il s'agit du lieu de conclusion. Si en général le lieu de conclusion d'un contrat est fortuit ou difficile à déterminer, « [l]a négociation collective implique rencontres et discussions en un lieu déterminé (…). La négociation collective se *matérialise* en un lieu déterminé (…) »[1890]. De plus, si l'on retenait cet indice, les partenaires sociaux pourraient être conduits à adopter des stratégies sur le lieu de négociation. Si les négociations et la conclusion de l'accord au siège du groupe ou dans l'établissement le plus concerné sont jusqu'ici une préférence symbolique, cela peut devenir un enjeu de combat juridique pour le rattachement de l'accord en droit international privé.

769. Ces différents indices doivent être relativement concordants : les négociations doivent être conduites au cœur de l'entreprise, de même que la représentation centrale du personnel doit être près du « centre » du pouvoir. Il reste que ce « centre » n'a pas nécessairement à être le siège de la société dominante : le cœur économique de l'entreprise doit être déterminé de manière beaucoup plus substantielle et sa localisation revêtirait une importance particulière pour trouver le juge compétent et la loi applicable. Maintenant, ayant

[1888] RODIERE, Pierre, *La convention collective de travail en droit international*, *op. cit.*, p. 345.
[1889] V. l'art. 4 §1 de la directive 2009/38 ; il est sans doute intéressant de remarquer que pour déterminer la loi applicable pour définir « l'entreprise qui exerce le contrôle », le nombre d'effectif est pris aussi comme un indice subsidiaire, v. l'art. 3, §6 de la même directive.
[1890] RODIERE, Pierre, *La convention collective de travail en droit international*, *op. cit.*, p. 346.

effectué ce raisonnement classique, nous devons encore nous demander si l'existence de droits fondamentaux dans ces accords pourrait modifier ces solutions.

c. La prise en compte de la spécificité des droits sociaux fondamentaux

770. L'importance des droits sociaux fondamentaux ne doit pas être sous-estimée en droit international privé de manière générale. On a par exemple suggéré de développer une nouvelle discipline à part entière pour étudier cette question[1891]. De même, l'UE a montré le potentiel de ces droits pour l'infléchissement des solutions en matière de statut personnel et familial[1892]. L'impact des droits fondamentaux conduit même à remettre en cause la méthode classique de Savigny en tant que telle. Comme l'explique le P[r] Andreas Bucher, en donnant une place primordiale à l'autonomie privée, Savigny a bâti son système de conflits de lois à l'aide d'un concept de rapport de droit « dépourvu de toute détermination téléologique »[1893], ce qui n'est plus le cas dans un ordre juridique reconnaissant des droits fondamentaux de l'homme. La prétendue neutralité de la règle de conflit cède donc sa place à un raisonnement plus matériel et fonctionnel, respectueux des droits en cause[1894]. Comme le dit le P[r] Patrick Kinsch, « la fonction [des droits de l'homme] à l'égard des méthodes du droit international privé est de contrôler la compatibilité des *résultats* de leur application avec les droits individuels »[1895]. Cette fonction de « contrôle » montre en même temps que la méthode traditionnelle est certes transformée, mais pas abandonnée.

Dans ses effets, la transformation apportée par les droits fondamentaux se traduit toujours par une certaine extra-territorialité de la compétence juridictionnelle et législative d'un ordre juridique. Dans le cas des ACI, il est d'abord permis de penser que l'accès à la justice pourrait être amélioré par la reconnaissance d'une compétence civile universelle pour violation

---

[1891] BOMHOFF, Jacco, « The Reach of Rights : 'the Foreign' and 'the Private' in Conflict-of-Laws, State-Action, and Fundamental-Rights Cases with Foreign Elements », *Law and Contemporary Problems*, 2008, pp. 39-71.
[1892] MUIR-WATT, Horatia, « Fundamental Rights and Recognition in Private International Law », *E. J. H. R.*, 2013, pp. 411-435 ; BILLARANT, Serge, « Une revolution européenne en droit international privé ? Les incidences de l'Union européenne sur le droit international privé à la lumière du statut des personnes », *in* BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, et Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives*, *op. cit.*, pp. 307-358.
[1893] BUCHER, Andreas, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, tome 341, 2009, pp. 1-526, spéc., p. 47.
[1894] Pour une démonstration particulière dans le domaine de la non-discrimination, v. MEEUSEN, Johan, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *RCADI*, tome 353, 2011, pp. 9-184.
[1895] KINSCH, Patrick, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, tome 318, 2005, pp. 9-331, spéc., p. 22.

des droits sociaux fondamentaux[1896]. En effet, l'action en justice reste encore souvent la zone d'ombre dans les ACI. Conclus entre des personnes très variées comme nous l'avons déjà dit, il n'est pas évident qu'un simple travailleur puisse agir en justice pour demander l'exécution d'une obligation prévue par un ACI. Néanmoins, lorsqu'il y a un manquement grave du groupe entraînant une violation grave des droits sociaux fondamentaux (violation de la liberté syndicale ou de la sécurité au travail), il semble qu'un travailleur ordinaire devrait pouvoir agir en justice pour se défendre, et si nécessaire, dans un pays autre que celui où il travaille habituellement.

771. Le juge français s'est prononcé en ce sens à travers deux affaires célèbres. La première, datant de 2006[1897], concernait une jeune nigérienne qui avait été placée par les membres de sa famille au service d'un couple britannique, sans liberté de mobilité et avec une rémunération dérisoire. Face à cette situation d'« esclavage domestique », la chambre sociale a reconnu la compétence de la juridiction française (et celle de la loi française), alors que les personnes en cause faisaient un séjour temporaire dans leur résidence en France. Difficilement classifiable dans les méthodes classiques telles que l'exception d'ordre public, l'ordre public de rattachement, etc., la solution semble se fonder davantage sur la crainte d'un déni de justice et sur la violation particulièrement grave des droits de la salariée[1898]. L'autre affaire dite *Comilog*, plus récente[1899], concerne les demandes de plus de 800 salariés licenciés en 1992 sans prévis ni indemnités, après avoir travaillé pour une ligne de chemin de fer entre le Gabon et le Congo. Malgré leur action en justice dès la même année au Congo, aucune décision de justice ne leur est rendue plus de vingt ans après. La compétence de la juridiction française fut retenue à nouveau pour éviter le déni de justice et en vertu de la présence de la société mère en France[1900].

De même, en ce qui concerne la loi applicable, le caractère particulièrement grave de certaines violations des droits sociaux des travailleurs pourrait entraîner l'application de la loi

---

[1896] PATAUT, Etienne, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé », *op. cit.*, p. 79.
[1897] Soc., 10 mai 2006, n°03-46593, *D.* 2006, p. 1400.
[1898] PATAUT, Etienne, et Petra HAMMJE, « De l'ordre public universel et de l'esclavage domestique », *Rev. crit. DIP* 2006, pp. 856-871.
[1899] Cour d'Appel de Paris, 2e chambre, 10 septembre 2015, *Akala et al. c. Comilog et al.*, *RDT* 2016, p. 57, n. F. Jault-Seseke.
[1900] PATAUT, Etienne, « Le contentieux collectif des travailleurs face à la mondialisation. Réflexions à partir de l'affaire Comilog », *Dr. soc.* 2016, pp. 554-563 ; PORTA, Jérôme, « La compétence internationale à l'épreuve de la globalisation. A propos de l'affaire *Comilog* », *Dr. ouv.* 2016, pp. 241-247.

du for. Dans l'affaire d'« esclavage domestique » précitée, le juge français a affirmé à la fois la compétence du juge français et celle de la loi française.

772. Il faut toutefois se garder d'une généralisation trop facile de ces solutions dans toutes les affaires concernant les droits sociaux fondamentaux. Nous savons que le juge d'outre-Atlantique avait une expérience similaire. Il a d'abord conduit une jurisprudence très audacieuse fondée sur le *Alien Tort Statute* (ou *Alien Tort Claims Act*) qui retenait la compétence des juridictions américaines pour les violations des droits de l'homme commises par les étrangers à l'étranger contre les étrangers. Mais cette extra-territorialité semble désormais bien trop exorbitante aux yeux de la Cour suprême des Etats-Unis, qui dans un arrêt de 2013 relatif à l'affaire *Kiobel* au Nigéria, a adopté une présomption contre l'application extra-territoriale de l'*Alien Tort Act*[1901]. En effet, « ayant pour objet la mise en relation de systèmes juridiques différents, le droit international privé oblige en effet à un certain relativisme de valeurs auquel au contraire se prête fort mal le caractère impératif des droits fondamentaux »[1902]. Cette difficile mise en ordre de l'universel et du particulier nous rappelle donc la nécessaire collaboration entre les méthodes traditionnelles de droit international privé et les nouveaux apports des droits fondamentaux. Comme l'écrit le P[r] Louis d'Avout, on retombe parfois « sur cette vérité ultime, liée à la souveraineté subsistante des Etats, selon laquelle il revient à chacune de ces entités locales de définir les standards de son ordre public et d'en assurer la maîtrise. »[1903] Les juges de l'UE devraient donc aussi avoir une certaine réserve dans l'application des droits fondamentaux au-delà de l'Union. La formation d'un *jus commune* en la matière est certes nécessaire, mais ne doit pas devenir un canal pour de nouvelles conceptions impérialistes. Elle se conçoit davantage comme un processus dynamique, empruntant divers mécanismes du droit international durs comme souples, pour atteindre le niveau véritablement trans-civilisationnel.

[1901] *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013), v. WUERTH, Ingrid, « Kioble v. Royal Dutch Petroleum Co. : the Supreme Court and the Alien Tort Statute », *American Journal of International Law*, 2013, pp. 601-620 ; MUIR-WATT, Horatia, « L'*Alien Tort Statute* devant la Cour suprême des Etats-Unis : territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique ? », *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 595-605.

[1902] PATAUT, Etienne, et Petra HAMMJE, « De l'ordre public universel et de l'esclavage domestique », *op. cit.*, p. 866.

[1903] D'AVOUT, Louis, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », DUBOUT, Edouard, et Sébastien TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 165-198, spéc., p. 186.

Conclusion du Chapitre Deux

773. Dans le processus de la mondialisation, l'UE, en tant qu'acteur régional majeur, entre nécessairement en contact avec la protection universelle des droits fondamentaux de l'homme. Elle aura même la tâche d'y contribuer avec son propre point de vue européen. Dans ce chapitre, nous avons proposé de partir du cadre classique du droit international, notamment dans son versant public, pour examiner les actions de l'UE.

En ce qui concerne l'interaction de l'UE avec les sources traditionnelles du droit international, nous avons remarqué un rôle actif de l'UE dans la promotion des droits (sociaux) fondamentaux à travers des clauses dites « droits de l'homme » ou clauses sociales. L'adhésion à la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées a aussi montré que l'UE peut améliorer sa propre protection des droits sociaux à l'issue de cette interaction. Il reste que l'UE veut garder son entière autonomie dans ce domaine, que ce soit à l'égard d'autres organisations internationales ou du droit international général (coutumes, principes généraux, *jus cogens*). En matière de droits sociaux, les divergences avec l'OIT font révéler une situation de désaccord peu satisfaisante à l'heure actuelle pour la protection des droits sociaux fondamentaux.

774. Cette difficile mondialisation des droits sociaux fondamentaux par les voies traditionnelles nous invite donc à imaginer d'autres moyens, comme le droit souple de la responsabilité sociale des entreprises, ou le développement des législations au sein de l'UE. L'approche du droit souple semble permettre une meilleure maturation substantielle des droits sociaux fondamentaux à l'échelle internationale, mais reste peu effective dans leur protection en raison de son caractère volontaire. Dès lors, c'est une synergie entre actions publiques et actions privées qui devient nécessaire pour garantir les droits sociaux sur la scène internationale. Outre les mesures de transparence et de vigilance qui renforcent sur le plan interne la responsabilité des entreprises, l'application des accords-cadres internationaux privés à travers le droit international privé reste aussi un moyen important.

Tiraillée entre un droit mondial des droits de l'homme et la garantie locale des droits fondamentaux, la protection universelle gagnerait sans doute en effectivité en se concevant comme un processus toujours en cours, soucieux du commun mais aussi respectueux de la diversité.

Conclusion du Titre Deux

775. Au terme de ce titre, il semble plausible d'affirmer que les droits (sociaux) fondamentaux ont le *potentiel* d'être une ressource commune ouverte à des interprétations diverses. Cependant, de nombreux obstacles existent encore en pratique, tant au sein de l'Europe que dans les relations extérieures de l'UE. Nous pensons également que l'obstacle principal reste la logique formelle hiérarchique qui est la manière traditionnelle de penser la question. Or, les droits (sociaux) fondamentaux montrent que les confrontations entre différents « sommets » (suprématie de la constitution, primauté du droit de l'UE, *jus cogens* du droit international, etc.) peuvent aboutir à des impasses à la place d'une synergie : l'UE est en opposition ouverte avec le Comité européen des droits sociaux et l'OIT qui, ne l'oublions pas, veillent aussi sur certaines obligations internationales légalement souscrites par les Etats membres de l'UE.

776. Les droits sociaux fondamentaux invitent à un raisonnement qui est plus substantiel, plus concret et sans doute plus ouverts. Tout en reconnaissant l'existence de différents ordres juridiques, le juriste (en particulier le juge) s'intéressera à l'équivalence des protections fondée sur un niveau substantiel observable. L'équivalence n'est pas l'identité. Il s'agit précisément d'une ouverture à d'autres interprétations possibles des droits. En même temps, cette ouverture n'est pas une indifférence, car le juge *compare* les systèmes et garde donc la possibilité de dire que les systèmes de valeurs sont, dans des circonstances particulières et caractérisées, en opposition.

Cette ouverture concerne également la diversification des voies de dialogue. En dehors des systèmes étatiques, d'autres pratiques telles que le *soft law* et des négociations collectives internationales pourront aussi contribuer à la formation d'une protection universelle. Les valeurs véhiculées par les droits vont dès lors s'incarner dans des discussions concrètes et locales, tout en gardant un lien fort avec leur origine universelle qui est dans l'universalité de l'humanité.

Conclusion de la Deuxième Partie

777. Si la première partie a traité des questions relativement traditionnelles dans le domaine des droits sociaux fondamentaux, cette seconde partie s'intéresse à un aspect moins remarqué qui constitue toutefois un ressort puissant du développement contemporain des systèmes juridiques. Les droits sociaux fondamentaux contribuent pleinement à l'élaboration et à la transformation du droit objectif. Ces effets ne résultent pas de leur nature prétendument programmatique (puisque les droits-libertés produisent ces effets de la même manière), mais de l'aspect objectif des droits.

778. Il reste que dans les différents domaines que nous avons examinés, en particulier dans le travail de concrétisation du juge et dans l'articulation des ordres juridiques en Europe, nous retrouvons une certaine impuissance des droits sociaux face aux choix économiques et politiques. La seule prudence du juge face à ces choix n'explique pas entièrement cette réticence devant les droits sociaux. L'attachement aux libertés fondamentales traditionnelles de l'UE, l'impasse d'une logique abstraite et hiérarchique sont autant de facteurs qui peuvent aboutir à un tel déséquilibre. Pour surmonter ces difficultés, l'UE n'est pourtant pas isolée et sans secours. Si elle prête davantage attention aux résistances internes qui se dessinent dans les Etats membres et aux voix divergentes venant de l'extérieur, elle saura certainement trouver les moyens nécessaires pour sortir de son « sommeil dogmatique »[1904].

[1904] SUPIOT, Alain, « Le sommeil dogmatique européen », *Rev. fr. aff. soc.* 2012, n°1 (Droit européen et droits sociaux), pp. 185-198.

Conclusion

779. Au terme de cette étude, c'est notre propre chemin parcouru qui doit être revisité afin que sa signification soit présentée dans son ensemble, en sa cohérence et avec toutes ses faiblesses.

780. Notre point de départ consiste en un étonnement théorique et une préoccupation pratique : du côté théorique, nous constatons que, au moment où les droits sociaux fondamentaux semblent gagner la faveur de toutes les démocraties constitutionnelles modernes (pour l'UE, il s'agit naturellement de la proclamation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux), cette notion est fortement critiquée, mise en cause, voire rejetée. Elle semble résister par ailleurs à la tentative de définition, donnant en même temps l'impression d'être des programmes politiques vagues sans conséquences juridiques visibles. Du côté pratique, il s'agit de l'urgence de renforcer la dimension sociale de l'UE qui traverse de nombreuses crises économiques et politiques. Actuellement, ces dernières jettent directement un doute sur l'avenir du projet européen. Les droits sociaux fondamentaux ont un rôle indéniable à jouer dans cette configuration.

781. Il a donc fallu prendre les droits sociaux fondamentaux au sérieux. Notre thèse tente de les aborder dans trois dimensions qui sont étroitement liées : une dimension théorique, une dimension méthodologique et une dimension dogmatique ou doctrinale :

782. En termes de théorie juridique, nous proposons de replacer les droits sociaux fondamentaux dans une perspective plus large de la « fondamentalité ». Cette dernière devrait se comprendre comme un processus de l'hétéro-fondation du droit. En effet, fonder le droit par lui-même (auto-fondation) nous conduirait à sous-estimer la portée de l'article 2 du TUE (et d'autres dispositions) qui prévoit que « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine (…) ainsi que de respect des droits de l'homme ». Qui plus est, il s'agit d'une entreprise impossible[1905], sauf si l'on prend le risque de réduire le droit à la pure force. Dès lors, une hétéro-fondation est nécessaire, que ce soit par la voie sociologique ou par la voie axiologique. Dans son sens fort, la fondation est essentiellement axiologique et reste liée à une certaine conception de la raison humaine.

Plus concrètement, les droits sociaux peuvent se rattacher à la dimension sociale de la dignité humaine. En partant de la conception de Kant, nous avons vu que cette dernière peut connaître une lecture libérale qui consiste à voir dans la dignité le droit de ne pas être traité par les autres de manière indigne. De nombreux travaux ont pourtant montré qu'une lecture sociale est possible et qu'elle remonte même jusqu'à Kant. La dignité serait alors les prérogatives qui permettent à l'individu d'avoir une existence digne. Pour approfondir cette fondation axiologique des droits sociaux, nous avons passé en revue plusieurs critiques qui visent soit le caractère social de ce système de valeurs (Hayek), soit le caractère agressif et subjectif des discours de valeurs (C. Schmitt). Répondant à ces critiques, nous avons voulu asseoir l'indivisibilité des droits fondamentaux par la fondation même du droit.

Des conséquences normatives sont à tirer de cette fondation. Deux d'entre elles ont en particulier irrigué toute notre analyse : il s'agit, d'une part, de l'égale importance des droits sociaux et des droits civils et politiques et, d'autre part, de l'objectivité des droits fondamentaux qui font système et qui ne se réduisent pas aux seuls droits subjectifs. Ces exigences sont néanmoins restées sans application avec la seule fondation. Il faudrait surtout passer au plan méthodologique.

783. En termes de méthodologie juridique, notre thèse propose de systématiser les techniques pour protéger les droits sociaux fondamentaux. Cette systématisation a pris la forme d'une méthode « concrétiste ». Celle-ci combine l'analyse structurelle et l'application dans les faits (ou avec la terminologie que nous avons employée : la concrétisation programmatique et

[1905] V. supra, n° 20.

la concrétisation circonstancielle). L'analyse de la structure de « la norme de droit fondamental » qui n'est pas le « texte de droit fondamental » nous montre son aspect principiel : du fait de l'abstraction et de la généralité du « texte de droit fondamental », il est un principe qui doit tendre vers sa meilleure réalisation dans la concrétisation. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'opposer *a priori* droits sociaux et droits-libertés dans leur application, tous partageant le même processus de concrétisation. La catégorisation des effets de ces droits nous montre que la concrétisation se rencontre surtout dans deux grandes catégories de relations : celles impliquant le titulaire des droits et celles qui ne l'impliquent pas. Dès lors, l'aspect objectif des droits sociaux fondamentaux apparaît clairement au grand jour.

Parmi les premières relations, ou dans la dimension subjective des droits sociaux fondamentaux, nous avons étudié les relations entre l'individu et les autorités publiques, d'un côté, et celles entre les personnes privées, de l'autre. Dans les deux cas, il y a une présence importante de l'analyse structurelle (qui devrait se manifester par ailleurs à travers les tableaux et les schémas). Grâce à cette approche, il nous a paru possible de clarifier certains paradoxes dans la jurisprudence de la Cour de justice, dont notamment la reconnaissance particulièrement limitée de l'effet direct horizontal des droits sociaux fondamentaux. Cette analyse structurelle nous a également conduits vers une catégorisation des droits sociaux, non seulement en fonction de la conception ternaire proposée par le P^{r} Supiot (avoir, être et agir), mais aussi au regard de l'effet subjectif qu'ils sont en mesure de produire. Les droits liés à la reconnaissance et à la capacité d'agir sont présents dans les relations interindividuelles, car il s'agit des droits que les personnes peuvent exercer aussi dans leur vie sociale et au travail. Les droits liés à la redistribution de la richesse sont en revanche fortement dépendants de l'Etat et leurs effets sont encore peu perceptibles en droit de l'UE. En même temps, l'application dans les faits n'est pas négligée dans cette partie sur la dimension subjective. A travers l'exemple de la non-discrimination en raison de l'âge, nous avons voulu montrer que les faits jouent un rôle déterminant dans la création finale de la norme. En l'occurrence, il s'agit plutôt d'un rôle modérateur puisque la Cour de justice laisse une large marge d'appréciation aux législateurs nationaux en matière de politiques sociales. Les faits sont donc principalement utilisés pour justifier d'éventuelles dérogations au principe de non-discrimination.

Quant aux relations qui n'impliquent pas directement le titulaire des droits, il s'agit d'un effet de commandement face aux institutions de l'UE et d'un effet d'articulation entre les ordres juridiques. En raison de leur caractère principiel et perfectible, les droits sociaux fondamentaux

imposent au législateur et au juge des obligations objectives pour assurer leur meilleure concrétisation. Cette approche élargirait sensiblement l'office du juge. Mais nous avons aussi tenté de démontrer que le risque d'un activisme judiciaire peut être nuancé. En effet, les obligations que le législateur recevrait seraient essentiellement procédurales. Il est aussi possible de concevoir une théorie de l'abus de pouvoir pour contenir l'interprétation extensive de la Cour. A l'heure actuelle, c'est plutôt le contraste entre l'extension facilitée des libertés économiques et la limitation du champ d'application des droits sociaux qui semble problématique. Cette même asymétrie se retrouve également dans les relations entre des ordres juridiques différents. Des résistances émergentes des juridictions nationales et des critiques d'autres instances internationales nous révèlent une UE isolée dans son « sommeil dogmatique ». Pour assurer une bonne coopération et, surtout, pour valoriser réellement les droits sociaux fondamentaux comme source d'un éventuel *jus commune*, il faudrait repartir de la particularité de ces droits, à savoir leur caractère perfectible. En présence d'interprétations différentes, il y a donc la possibilité de comparer le niveau substantiel de la protection et d'établir des mécanismes de reconnaissance. Ce principe que nous avons dénommé « l'ouverture mutuelle » devrait permettre une harmonisation sans uniformisation, une union dans la diversité.

784. C'est avec cette analyse que nous arrivons à une conclusion au plan doctrinal des droits sociaux fondamentaux. Conformément à leur rôle classique, ils ont bien un aspect subjectif qui concerne la protection d'un individu en société. En même temps, nous ne devons pas négliger leur aspect objectif qui imprègne la transformation des systèmes juridiques tant au niveau interne de l'UE qu'au niveau mondial. C'est en cela que les droits (sociaux) fondamentaux forment réellement un système objectif de valeurs, lié à la raison universelle de l'humanité, mais concrétisé en fonction de chaque société en particulier.

785. Est-ce une vision trop optimiste de la raison et de la méthode ? Est-ce une ignorance des rapports de force qui font que l'application du droit de l'UE est fondamentalement plus complexe ? Les discussions sont naturellement ouvertes. Au-delà de ces discussions, nous pourrions aussi paraphraser le passage célèbre du *Fédéraliste*, écrit en 1787 à propos des Etats-Unis d'Amérique, dans le contexte européen, en pensant qu'« il semblait réservé au peuple de ce pays de décider, par sa conduite et son exemple, cette importante question » : si une fédération d'Etats-nations est possible. « Si cette observation est juste, la crise que nous traversons peut être regardée comme l'époque à laquelle ce problème sera résolu ; un mauvais

choix, dans les mesures que nous avons à prendre, deviendrait un malheur général pour l'humanité »[1906]. Comment l'Union européenne serait-elle dans deux siècles ? Il est assurément inutile de spéculer sur ce sujet. Mais elle prendra son chemin qui reste à inventer avec pragmatisme et raison. En effet, « dire que l'espoir existe ou n'existe pas en soi n'a pas de sens. C'est comme un chemin sur la terre ; il n'y avait pas de chemin, mais quand les passants deviennent nombreux, cela devient alors un chemin »[1907].

*

* *

[1906] HAMILTON, Alexander, John JAY et James MADISON, *Le Fédéraliste*, version française du professeur Gaston Jèze, nouvelle édition avec une préface d'André Tunc, Paris, Economica, 1988, p. 1 et s.
[1907] LU, Xun, « Pays natal » (1921), dans le recueil *Cris d'appel*. Pour des traductions en français, v. LU, Xun, *Nouvelles et poèmes en prose (Cris, Errances, Mauvaises herbes)*, traduit par Sebastian Veg, Paris, Ed. Rue d'Ulm, pp. 86-98, spéc., p. 98 ; LU, Xun, *Cri d'appel*, édition bilingue avec la traduction du département français de l'édition des lettres étrangères, Pékin, 2003, pp. 200-239, spéc., p. 239.

Bibliographie

Ouvrages généraux, manuels et dictionnaires

ALLAND, Denis, et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

BARAV, Ami, Philip, CHRISTIAN et Chahira BOUTAYEB (dir.), *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, PUF, 1993.

BARNARD, Catherine, *EU Employment Law*, OUP, 2012, 4e éd.

BERGE, Jean-Sylvestre, et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Droit européen*, PUF, 2011, 2e éd.

BLUMANN, Claude, et Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2016.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Anne LEVADE, et Fabrice PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article* (Tome 2 Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union), Bruylant, 2005.

CLERGERIE, Jean-Louis, Annie GRUBER et Patrick RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 2016.

COMBACAU, Jean, et Serge SUR, *Droit international public*, LGDJ, 2016.

CONSTANTINESCO, Vlad, Yves GAUTIER et Denys SIMON (dir.), *Traités d'Amsterdam et de Nice*, Commentaire article par article, Paris, Economica, 2007.

DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law*, CUP, 2014.

DONY, Marianne, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2014.

DUPEYROUX, Jean-Jacques, Michel BORGETTO et Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2015, 18e éd.

DUPUY, Pierre-Marie, et Yann KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 2016.

ENNECECUS, Ludwig, et Hans Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgelichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1959 (15e Édition).

FAVOREU, Louis et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2015, 7e éd.

GHESTIN, Jacques, Gilles GOUBEAUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1994.

HENNION, Sylvie, Muriel LE BARBIER-LE BRIS et Marion DEL SOL, *Droit social européen et international*, PUF, 2013, 2e éd.

LEVINET, Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, 2012, 4e éd.
LYON-CAEN, Gérard, et Antoine LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 1985, 6e éd.
PEERS, Steve, Tamara K. HERVEY, Jeff KENNER, et Angela WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights : A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014.
RIDEAU, Joël, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 2010.
RIVERO, Jean, et Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, Tome I, PUF, 2003, 9e éd.
ROBIN-OLIVIER, Sophie, *Manuel de droit européen du travail*, Bruylant, 2016.
RODIERE, Pierre, *Traité du droit social de l'UE*, LGDJ, 2014, 2e éd.
SCHWARZE, Jürgen, Ulrich BECKER, Armin HATJE, et Johann SCHOO, *EU-Kommentar*, 3. Aufl. Baden-Baden, Basel, Wien, Nomos Helbing Lichtenhahn, 2012.
SERVAIS, Jean-Michel, *Droit social de l'Union européenne*, Bruylant, 2017, 3e éd.
SIMON, Denys, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 3e éd.
SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016, 13e éd.
TEYSSIE, Bernard, *Droit européen du travail*, Paris, Lexis-Nexis, 2013, 5e éd.
TROPER, Michel, et Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel* (3 tomes), Dalloz, 2012
VAN RAEPENBUSCH, Sean, *Droit institutionel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011.
WACHSMANN, Patrick, *Libertés publiques*, Dalloz, 2013, 7e éd.

Monographies, thèses et ouvrages collectifs

ADAMS, Maurice, Federico FABBRINI, and Pierre LAROUCHE (ed.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, Hart Publishing, 2014.
AILINCAI, Mihaela Anca (dir.), *Soft Law et droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2017.
ALEXY, Robert, *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian Rivers, OUP, 2002. (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994.)
ALLARD, Julie, et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.
ALSTON, Philip (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001.
ALSTON, Philip (éd.), *Labour Rights as Human Rights*, OUP, 2005.

ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities, Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, Verso, 1991.

ANDERSON, Perry, *The New Old World*, London, Verso, 2009.

Assemblée nationale, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 26 avril 2000 compte rendu des débats*. Les documents d'information Assemblée nationale, Paris, Assemblée nationale, 2000.

AUVRET-FINCK, Josiane, et Marianne DONY (dir.), *Le Parlement européen après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Larcier, 2013.

BAILLEUX, Antoine, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure de juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2009.

BARAK, Aharon, *Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations*, translated from the Hebrew by Doron Kalir, CUP, 2012.

BARBE, Vanessa, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, avec une préface d'Otto Pfersmann, LGDJ, 2009.

BARBIER, Jean-Claude, *La longue marche vers l'Europe sociale*, PUF, 2008.

BARNARD, Catherine, et Okeoghene ODUDU (éd.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

BERGE, Jean-Sylvestre, *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013.

BIERI, Peter, *La dignité humaine : une façon de vivre*, traduit par Nicole Thiers, Paris, Buchet-Chastel, 2016.

BLAIS, Marie-Claude, *La solidarité. L'histoire d'une idée*, Paris, Gallimard, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang [KÜNKLER, Mirjam, and Tine STEIN (ed.)], *Constitutional and Political Theory. Selected writings of E.-W. Böckenförde*, vol. 1, OUP, 2017.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, Jürgen JEKEWITZ et Thilo RAMM (éd.), *Soziale Grundrechte*, 5. Rechtspolitischer Kongress der SPD, Teil 2 (1980), Heidelberg, C. F. Müller, 1981.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, essais choisis et traduits par Olivier Jouanjan, Bruylant-LGDJ, 2000.

BONNET, Baptiste, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, avec une préface de Fabrice Picod, Paris, Lextenso Ed., 2013.

BOULOUIS, Jean, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *RCADI*, 1992, tome 235, pp. 1-80.

BOURGEOIS, Léon, *Solidarité*, Paris, Armand Colin, 1912, 7e éd.

BRAIBANT, Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignages et commentaires*, Paris, Seuil, 2001.

BREDIMAS, Anna, *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1978.

BRETT, Annabel, *Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*, CUP, 1997.

BRETTEN, Lammy, et Delma MAC DEVITT (éd.), *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, Pays-Pas, Kluwer, 1996.

BRILLAT, Manuela, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut universitaire Varenne (LGDJ Diffusion), 2015.

BRUUN, Niklas, Klaus LÖRCHER, et Isabelle SCHÖMANN (éd.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart, 2012.

BUCHER, Andreas, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, tome 341, 2009, pp. 1-526.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Ed. Pédone, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, éd. Pedone, 2013.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, et Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012.

CALLEWAERT, Johan, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 2013.

CAPITANT, David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, avec une préface de Michel Fromont, LGDJ.

CARBONNIER, Jean, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996.

CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920 (réimprimé en 2003 chez Dalloz avec une présentation d'Eric Maulin).

CASSIA, Paul, *Dignité(s)*, Dalloz, 2016.

CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2014.

COHEN-ELIYA, Moshe, et Iddo PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, CUP, 2013.

DABIN, Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.

DAMASIO BORGES, Daniel, *L'Etat social face au commerce international*, avec une préface de Jean-Marc Sorel, Paris, L'Harmattan, 2013.

DAUGAREILH, Isabelle (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant-LGDJ, 2005.

DAUSES, Manfred A., *Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der Europäischen Union, Unter besonderer Berücksichtigung des institutionellen Schutzes dieser Rechte*, Francfort sur le Main, Peter Lang, 2010, 179 p.

DAVIS, Dennis, Cheryl SAUNDERS, et Alan RICHTER (éd.), *An inquiry into the existence of global values : through the lens of comparative constitutional law*, Oxford, Hart, 2015.

DE BÚRCA, Gráinne, et Bruno DE WITTE (éd.), *Social Rights in Europe*, OUP, 2005.

DE SCHUTTER, Olivier (éd.), *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013.

DE SCHUTTER, Olivier (éd.), *La Charte sociale européenne : une constitution sociale pour l'Europe*, Bruylant, 2010.

DE SCHUTTER, Olivier, Anita RAMASASTRY, Mark B. TAYLOR et Robert C. THOMPSON, *Human Rights Due Diligence: the Role of States*, International Corporate Accountability Roundtable Project, 2012.

DE SCHUTTER, Olivier, *Trade in the Service of Sustainable Development*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

DEAKIN, Simon, et Alain SUPIOT (dir.), *Capacitas. Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Oxford, Hart Publishing.

DEFRAIGNE, Jean-Christophe, Jean-Luc DE MEULEMEESTER, Denis DUEZ, et Yannick VANDERBORGHT (dir.), *Les modèles sociaux en Europe : quel avenir face à la crise ?*, Bruylant, 2013.

DELILE, Jean-Félix, *L'invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'Etat français*, thèse à l'Université de Bordeaux, sous la direction de Marie Gautier-Melleray et Loïc Grard, 2014.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Le pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit, tome II)*, Paris, Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Vers une communauté de valeurs ? (Les forces imaginantes du droit, tome IV)*, Paris, Seuil, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2016.

DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Rapport pour l'Académie des sciences morales et politiques, PUF, 2005.

DUBOUT, Edouard, et Sébastien TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010.

DUBOUT, Edouard, *L'article 13 du traité CE, la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, avec une préface de Laurence Burgorgue-Larsen, Bruylant, 2006.

DUCOULOMBIER, Peggy, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme,* avec une préface de Florence Benoît-Rohmer, Bruylant 2011.

DÜWELL, Marcus, Jens BRAARVIG, Roger BROWNSWORD et Dietmar MIETH (éd.),*The Cambridge Handbook on Human Dignity : Interdisciplinary Perspectives*, CUP, 2014.

DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, traduit par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, PUF, 1995.

EHMKE, Horst, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1961.

EMILIOU, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study*, London, Kluwer Law International, 1996.

ESCANDE VARNIOL, Marie-Cécile, Sylvaine LAULOM et Emmanuelle MAZUYER (dir.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Bruxelles, Larcier, 2012.

ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *Les trois mondes de l'État-providence : essai sur le capitalisme moderne*, traduit par François-Xavier Merrien, PUF, 1999.

EWALD, François, *Histoire de l'Etat providence : les origines de la solidarité*, Paris, Librairie générale française, 1996.

FABBRINI, Federico, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, OUP, 2014.

FAVOREU, Louis (dir.), *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, *R. I. D. C.* 1981, n°2, pp. 249-671.

FAVREAU, Bertrand (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne,* Bruylant, 2010.

FENWICK, Helen, Gavin PHILLIPSON et Roger MASTERMAN (éd.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act,* CUP, 2007.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, OUP, 2011, 2e éd.

FLAUSS, Jean-François (dir.)*, Droits sociaux et droit européen,* Bruxelle, Bruylant-Némésis, 2002.

FONTAINE, Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant-Nemesis, 2007.

FREDMAN, Sandra, et Sarah SPENCER (éd.), *Age as an Equality Issue*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

FREEDLAND, Mark, et Jeremias PRASSL (ed.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

FRYDMAN, Benoît, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, L'Académie royale de Belgique, 2014.

GENY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1, LGDJ, 1919.

GORDILLO, Luis I, *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

GRIMM, Dieter, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, Munich, C. H. Beck, 2016.

GUILLOUD, Laetitia, *La loi dans l'Union européenne. Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, avec une préface d'Henri Oberdoff, LGDJ, 2010.

GURVITCH, Georges *La Déclaration des droits sociaux*, avec une préface de Carlos-Miguel Herrera, Dalloz, 2009 (reproduction de l'édition de 1946 chez J. Vrin).

HAARSCHER, Guy, *Philosophie des droits de l'homme*, Paris, Cerf, 2015.

HABERMAS, Jürgen, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, traduit par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 2003.

HABERMAS, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997.

HABERMAS, Jürgen, *La constitution de l'Europe*, Paris, Gallimard, 2012.

HACHEZ, Isabelle, et alii, *Normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, Athemis – Facultés universitaires Saint Louis, 2012.

HACHEZ, Isabelle, et alii, *Théories des sources du droit*, Bruxelles, Athemis – Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2012.

HARBO, Tor-Inge, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

HART, Herbert L. A., *Le concept de droit*, traduit par Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005, 2e éd.

HAYEK, Frederich August, *Droit, législation et liberté*, traduit par Raoul ADOUIN, PUF, 2007.

HEROT, Jean-Yves, et Benoît FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012.

HERRERA, Carlos-Miguel, *Les droits sociaux*, PUF (Que sais-je ?), 2009.

ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia (dir.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'UE*, Athènes, Bruxelles Baden-Baden, Sakkoulas, Bruylant, Nomos, 2000.

JACOBY, Sigrid, *Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte*, (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Band 19) Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Auflage von 1905, Herausgegeben von Jens KERSTEN, Tübingen, Morh Siebeck, 2011.

KANT, Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduit par Victor Delbos, revu et annoté par Alexis Philonenko, Paris, Vrin, 2008.

KARPEN, Ulrich, *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, Legistics – freshly evaluated*, Baden-Baden Nomos, 2006.

KELSEN, Hans, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, traduit par Charles Eisenmann, avec une préface de Philippe Raynaud, Dalloz, 2004 (reproduction de l'édition de 1932 chez Sirey).

KELSEN, Hans, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, traduit (et introduit) par Sandrine Baume, Paris, M. Houdiard, 2006.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd. traduite par Charles Eisenmann, LGDJ-Bruylant, 1999.

KINSCH, Patrick, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, tome 318, 2005, pp. 9-331.

KLATT, Matthias, et Moritz MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, OUP, 2012.

KOCH, Olivier, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, Duncker und Humblot, 2003.

KRONENBERGER, Vincent (éd.), *The European Union and the International Legal Order : Discord or Harmony ?*, La Haye, TMC Asser Press, 2001.
LA HOVARY, Claire, *Les droits fondamentaux au travail*, PUF, 2009.
LAGRANGE, Evelyne, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCDAI*, tome 356, pp. 239-552.
LAUTERPACHT, Hersch, *International Law and Human Rights*, Londres, Stevens, 1950.
LE BOT, Fabien, *Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne*, thèse à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), sous la direction de Claude Blumann, 2012.
LE FLANCHEC, Alice, Odile UZAN et Michel DOUCIN (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012.
LECLERC, Olivier, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, avec une préface d'Antoine Lyon-Caen, LGDJ, 2005.
LEGENDRE, Pierre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999.
LÖHRER, Guido, *Menschliche Würde: wissenschaftliche Geltung und metaphorische Grenze der praktischen Philosophie Kants*, Fribourg, K. Alber, 1995.
LOTARSKI, Jaroslaw, *Droit du contentieux de l'UE*, LGDJ, 2014.
LYON-CAEN, Antoine, et Pascal LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005.
MADER, Luzius, *L'évaluation législative, pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot Lausanne, 1985.
MANN, Clarence, *The Function of Judicial Decision in European Economic Integration*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1972.
MARTIN-CHENUT, Kathia, et René DE QUENAUDON (dir.), *RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, pp. 27-48.
MARTINSEN, Dorte Sindbjerg, *An ever more powerful court ? The political constraints of legal integration in the European Union*, OUP, 2015.
MARZAL YETANO, Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité: essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, avec une préface d'Horatia Muir-Watt, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, 2014.
MARZO, Claire, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, avec une préface de Marie-Ange Moreau, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2011.
MATEJ, Avbelj,et Jan KOMAREK (ed.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

MATHIEU, Bertrand, *Le droit contre la démocratie ?*, LGDJ, 2017.

MAURER, Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, avec une préface de Frédéric Sudre, Paris, La documentation française, 1999.

MAVRIDIS, Prodromis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Athèse, Bruxelles, Sakkoulas – Bruylant, 2003.

MAZUYER, Emmanuelle, et al., (Dir.), *Les droits sociaux fondamentaux entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, Bruylant, 2006.

MENKE, Christoph, et Arnd POLLMANN, *Philosophie der Menschenrechte. Zur Einführung*, Hambourg, Junius, 2007.

METZGER, Axel, *Extra legem, intra ius: allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht*, (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 89) Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

MIDDELAAR, Luuk van, *Le passage à l'Europe*, traduit par Daniel Cunin et Olivier Vanwersch-Cot, Paris, Gallimard, 2012.

MOORHEAD, Timothy, *The Legal Order of the European Union. The Institutional Role of the Court of Justice*, New York, Routledge, 2014.

MORANO-FAODI, Sonia, and Lucy VICKERS (ed.), *Fundamental rights in the EU: a matter for two courts*, Oxford, Hart, 2015.

MOREAU, Marie-Ange, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations*, Dalloz, 2006.

MOUTEL, Béatrice, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français*, Thèse à l'Université de Limoges, sous la direction de Jean-Pierre Marguénaud, 2006.

MUIR-WATT, Horatia, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, tome 307, pp. 1-383.

MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, traduit par Olivier Jouanjan, PUF, 1996.

MÜLLER, Friedrich, et Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Band I, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, 11e éd.

MÜLLER, Markus, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, Berne, Stämpfli Ed., 2016.

MUZNY, Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, 2 tomes, avec une préface de Frédéric Sudre, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

NIVARD, Carole, *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, avec une préface de Frédéric Sudre, Bruylant, 2012.

OLIVI, Bino, et Alessandro GIACONE, *L'Europe difficile. La construction européenne*, Paris, Gallimard, 2007.

ONUMA, Yasuaki, « A Transcivilisational Perspective on International Law », *RCADI*, tome 342, 2010, pp. 1-418.

ONUMA, Yasuaki, *Le droit international et le Japon : une vision trans-civilisationnelle du monde*, Paris, Pedone, 2016.

OST, François, *Le droit comme traduction*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009.

PAPADOPOULOU, Rébecca-Emmanuèla, *Principes généraux du droit et droit communautaire : origines et concrétisation*, Athènes & Bruxelles, Sakkoulas & Bruylant, 1996.

PATAUT, Etienne, *La nationalité en déclin*, Paris, Odile Jacob, 2014.

PERALDI-LENEUF, Fabienne, et Stéphane DE LA ROSA (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, Pedone, 2013.

PICARD, Etienne (dir.), *Les droits fondamentaux*, *AJDA* 1998, n° spécial, 20 juillet - 20 août, pp. 6-208.

PICHERAL, Caroline, et Laurent COUTRON (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2012.

PORTA, Jérôme, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, 2 tomes, avec une préface d'Antoine Lyon-Caen, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2007.

PRIOLLAUD, François-Xavier, et David SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne*, Paris, La documentation française, 2008.

RAPOPORT, Cécile, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, avec une préface de Jean-Paul Jacqué, Bruylant, 2011.

RAWLS, John, *Théorie de la justice*, traduit par Catherine Audard, Points, 2009.

RAYNAUD, Julien, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

RENAN, Ernest, *Qu'est-ce qu'une nation*, textes présentés par Sh. Sand, Paris, Flammarion, 2011.

RENAUT, Alain, *L'injustifiable et l'extrême. Manifeste pour une philosophie appliquée*, Paris, Ed. Le Pommier, 2015.

RENSMANN, Thilo, *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

RIBES, Didier, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse à l'Université d'Aix-en-Provence, sous la direction de Louis Favoreu, Richard Ghévontin et André Roux, 2005.

RIDEAU, Joël, « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *RCADI*, 1997, tome 265

RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit,* LGDJ, 1955, 2e éd.

RIVERO, Jean, et Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, Tome I, PUF, 2003, 9e éd.

RODIERE, Pierre, *La convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Paris, Litec, 1987.

ROMAN, Diane (dir.), *« Droits des pauvres, pauvres droits ? » : Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux,* Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010.

ROMAN, Diane (dir.), *Les droits sociaux en Europe. Bilan et perspectives*, *R. I. D. C.*, 2011, n°2, pp. 198-352.

ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, traduit par Lucien François et Pierre Gothot, Dalloz, 1975 (réimpression 2002 avec une préface de Pierre Mayer), 2e éd.

ROSE-ACKERMAN, Susan, Stefanie EGIDY et James FOWKES, *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*, CUP, 2015.

ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Sirey, 1963.

ROUCOUNAS, Emmanuel, « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, tome 206, 1987, pp. 9-288.

ROUSSEAU, Dominique, *Radicaliser la démocratie*, Paris, Seuil, 2015.

RRAPI, Patricia, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Etude sur la « qualité de la loi »*, Dalloz, 2014.

RUIZ FABRI, Hélène, Guy F. SINCLAIR, et Arie ROSEN (éd.), *Revisiting Van Gend En Loos*, Paris, Société de législation comparée, 2014.

SANDKÜHLER, Hans Jörg, *Menschenwürde und Menschenrechte : über die Verletzbarkeit und den Schutz der Menschen*, Fribourg-en-Brisgau, K. Alber, 2014.

SAUTENET, Antoine, *Partenariat stratégique entre Europe et pays émergents d'Asie*, Bruylant, 2014.

SCHMIDT, Johannes, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

SCHMITT, Carl, *Die Tyrannei der Werte*, Berlin, Duncker & Hublot, mit einem Nachwort von Christoph Schönberger, 2011.

SCHMITT, Mélanie, *L'autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, avant-propos d'Alain Supiot, préface de Francis Meyer et René de Quenaudon, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

SCHNAPPER, Dominique, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, Paris, 1994.

SCHNAPPER, Dominique, *Qu'est-ce que l'intégration ?*, Paris, Gallimard, 2007.

SCHÖNLAU, Justus, *Drafting the EU Charter: rights, legitimacy and process*, New York, Palgrave Macmillan, 2005.

SENSEN, Oliver, *Kant on Human Dignity*, Berlin, De Gruyter, 2011.

SPEDDING, Linda S., *Due Diligence and Corporate Governance*, LexisNexis UK, Corydon, 2004.

STRAUSS, Leo, *Natural Right and History*, Chicago, Chicago University Press, 1953.

STREECK, Wolfgang, *Du temps acheté. La crise sans cesse ajournée du capitalisme démocratique*, Paris, Gallimard, 2014.

SUDRE, Frédéric, et Henri LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000.

SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005.

SUPIOT, Alain, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total,* Paris, Seuil, 2010.

SUPIOT, Alain, *Grandeur et misère de l'Etat social. Leçon inaugurale au Collège de France*, Paris, Collège de France, 2013.

SUPIOT, Alain (dir.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015.

SUPIOT, Alain, *La gouvernance par les nombres. Cour au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015.

SUPIOT, Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, 3e éd. « Quadrige ».

SUPIOT, Alain, et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, pp. 275-290.

SUPIOT, Alain (dir.), *Les gardiens des sociaux en Europe*, *SSL*, Supplément du 28 novembre 2016.

SUPIOT, Alain (dir.), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, 2016, 2e éd.

SUPIOT, Alain (dir.), *Responsabilité solidaire*, Actes du séminaire au Collège de France, à paraître en 2017.

THIBIERGE, Catherine (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009.

THIBIERGE, Catherine (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Mare et Martin, Paris, 2013.

TINIERE, Romain, et Claire VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: entre évolution et permanence*, Bruylant, 2015.

TINIERE, Romain, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, avec une préface de Frédéric Sudre, Bruylant, 2008.

TORRES-BLAY, Olivier, *Economie d'entreprise. Organisation, Stratégie et Territoire*, Paris, Economica, 2010, 3e éd.

TOURNEPICHE, Anne-Marie, *Les accords interinstitutionnels dans l'UE*, avec une préface de Christian Grellois, Bruylant, Bruxelles, 2011.

TREBULLE, François-Guy, et Odile UZAN (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises. Regards croisés Droit et Gestion*, Paris, Economica, 2011.

TRIDIMAS, Takis, *The General Principes of EU Law*, OUP, 2006, 2e éd.

TSOUKALIS, Loukas, et Janis A. EMMANOUILIDIS (éd.), *The Delphic Oracle on Europe. Is There a Future for the European Union ?*, OUP, 2011.

VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Facultés universitaires Saint-Louis, 2001.

VAN HOEK, Aukje, et Frank HENDRICKX, *International private law aspects and dispute settlement related to transnational company agreements*, Study undertaken on behalf of the European Commission (VC/2009/0157), 2009.

VAN MEERBEECK, Jérémie, *De la certitude à la confiance*, avec une préface de François Ost, Bruxelles, Anthémis, Université Saint-Louis, 2014.

VANDERLINDEN, Jacques, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, 2013.

VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2013, 2e éd.
VINX, Lars (éd.), *The Guardian of the Constitution : Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, CUP, 2015.
WAAS, Bernd (éd.), *The Right to Strike : A Comparative View*, Pays-Bas, Kluwer, 2014.
WORMS, Frédéric, *Droits de l'homme et philosophie*, Paris, CNRS Ed., 2009.
XANTHAKI, Helen, *Drafting Legislation. Art and Technology of Rules for Regulation*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014.

Articles et chapitres d'ouvrage

ABDOU HASSANN, Adam, « L'Accord de Cotonou : une convention relative aux droits de l'homme ? », *RDUE* 2013, pp. 85-119.
AFONSO DA SILVA, Virgilio, « Comparing the Incommensurable : Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, pp. 273-301.
AKANDJI-KOMBE, Jean-François, « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives », *Dr. soc.* 2000, pp. 889-896.
AKANDJI-KOMBE, Jean-François, « Le dialogue entre le CEDS et la CEDH en matière professionnelle », *RDT* 2014, pp. 359-370.
ALEXY, Robert, « Law, Morality, and the Existence of Human Rights », *Ratio Juris*, vol. 25, N°1, Mars 2012, pp. 2-14.
ANAGNOSARAS, Georgios, « Balancing conflicting fundamental rights : the Sky Osterreich paradigm », *E. L. Rev.* 2014, pp. 111-124.
ASCENSIO, Hervé, « La notion de juridiction internationale en question », *in La juridictionnalisation du droit international (colloque de Lille de la Société Française pour le Droit International)*, Paris, Pedone, 2003, pp. 163-202.
AZOULAI, Loïc, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD eur.* 2008, pp. 29-45.
BAHLMANN, Kai, « Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft - Wege der Verwirklichung », *EuR*, 1982, pp.1-20.
BAILLY, Pierre et Jean-Philippe LHERNOULD, « Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne », *Dr. soc.* 2012, n°3, pp. 223-237.
BAMFORTH, Nicholas, « The True 'Horizontal Effect' of the Human Rights Act 1998 », *Law Q. Rev.*, 2001 (117), pp. 34-41.

BARAV, Ami, « Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal », *RTD eur.* 1985, pp. 313-341.

BARBOU DES PLACES, Ségolène, « La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents », *RTD eur.* 2015, pp. 133-147.

BARNARD, Catherine, « A proportionate response to proportionality in the field of collective action », *E. L. Rev.* 2012, pp. 117-135.

BARNARD, Catherine, et Geert de BAARE, «Towards a European Social Union. Achievements and Possibilities under the Current EU Constitutional Framework », Euroforum KU Leuven Policy Papers, 2014, disponible à http://www.kuleuven.be/euroforum/page.php?LAN=E&FILE=policy-papers

BAR-SIMAN-TOV, Ittali, « The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process », *Boston University Law Review* 2011, pp. 1915-1974.

BATES, Jane, « Sex equality and retirement : two recent decisions of the European Court of Justice », *Public Law* 1986, pp. 537-546.

BEAUD, Olivier, « Débattre sur le Conseil constitutionnel… Enfin ! », *AJDA* 2010, p. 353.

BEAUD, Olivier, « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », *Jus Politicum*, 2013, n°10 (en ligne).

BELLEY, Jean-Guy, « Le Droit comme *terra incognita* : conquérir et construire le pluralisme juridique », *Revue canadienne Droit et Société*, 1997, n°2, pp. 1-15.

BELORGEY, Jean-Michel, « La Charte Sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », *RDSS* 2007 pp. 226-245.

BENNETT, Thomas D.C., « Horizontality's new horizons - re-examining horizontal effect: privacy, defamation and the Human Rights Act: Part 1 », *Entertainment Law Review*, 2010, 21(3), pp. 96-104.

BENOIT-ROHMER, Florence, « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? » *RTD eur.* 2015, pp. 593-611.

BEVERIDGE, Fiona, « Building against the past: the impact of mainstreaming on EU gender law and policy », *E. L. Rev.* 2007, 32(2), pp. 193-212.

BIOY, Xavier, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *in* SUDRE, Frédéric, et Hélène SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant - Nemesis, 2008, p. 51.

BOGDANDY, Armin von, « European Union as a Human Rights Organization - Human Rights and the Core of the European Union », *CML Rev.*, 2000, n°6, pp. 1307-1338.

BOGDANDY, Armin von, Matthias KOTTMANN, Carlino ANTPÖHLER, Johanna DICKSCHEN, Simon HENTREI, Maja SMRKOLJ, « Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte - Grundlagen einer unionsrechtlichen Solange-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten », *ZaöRV* 2012, p. 45.

BOMHOFF, Jacco, « The Reach of Rights : 'the Foreign' and 'the Private' in Conflict-of-Laws, State-Action, and Fundamental-Rights Cases with Foreign Elements », *Law and Contemporary Problems*, 2008, pp. 39-71.

BONI, Guido, « La protection des droits sociaux en Italie : vue d'ensemble », *R. I. D. C.*, 2011, pp. 257-274.

BONNECHERE, Michèle, « Droits sociaux fondamentaux : vers un droit commun pour l'Europe (I) », *SSL*, 25 octobre 2004, n°1187.

BORGETTO, Michel, et Robert LAFORE, « La solidarité », *in* AUBY, Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, pp. 529-539.

BOSIO, Mattia, « Les services sociaux dans le marché intérieur: à la frontière entre compétitivité et solidarité », *Rev. fr. aff. soc.* 2012, n°1, pp. 131-149.

BOULOUIS, Jean, « Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes » *AFDI*, vol. 11, 1965. pp. 333-352.

BOULOUIS, Jean, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », *in* CAPOTORTI, Francesco (éd.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden Baden, Nomos, 1987, pp. 53-58.

BRACQ, Stéphane, « Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général », *RTD eur.* 2011, n°3, pp. 517-536.

BRENNER, Michael, « Das innere Gesetzgebungsverfahren im Lichte der Hartz IV – Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts », *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2011, p. 394.

BRIBOSIA, Emmanuelle, et Thomas BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *RTD eur.* 2011, pp. 41-84.

BRUNET, François, « L'Etat, garant en dernier ressort », *in* SUPIOT, Alain, et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, pp. 275-290.

BURCHARDT, Dana, «Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht », *ZaöRV* 2016, p. 527.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « La "force de l'évocation" ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *in L'équilibre des pouvoirs et l'esprit des institutions. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 77-104.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18 (Dossier : Constitution et Europe) - juillet 2005.

BUXTON, Richard, « The Human Rights Act and Private Law », *Law Q. Rev.* (2000) 116, pp. 48-65.

CANDELA SORIANO, Mercedes, «L'Union européenne et la protection des droits de l'homme dans la coopération au développement : le rôle de la conditionnalité politique », *RTDH* 2002, pp. 875-900.

CAPITOLIN, Jean-Louis, « L'enjeu de la conditionnalité démocratique », *in* PERROT, Danielle (dir.), *Les relations ACP/UE après le modèle de Lomé : Quel partenariat ?*, Bruylant, 2007, pp. 371-418.

CARLIER, Jean-Yves, « Chronique de la libre circulation des personnes dans l'UE », *JDE* 2015, pp. 166-178.

CARROLL, Archie, « The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Management of Organizational Stakeholders », *Business Horizons*, 1993 (July/ August), pp.39-48.

CAVARE, Louis, « La notion de juridiction internationale », *AFDI* 1956, p. 501.

CHAGNOLLAUD, Dominique, « Au panthéon des concepts "fourre-tout" : le syndrome de l'artichaut », *Droits* 2006/2 (n° 44), p. 93-100.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010, n°5.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « Les droits et libertés fondamentaux en France, genèse d'une qualification », *in* LYON-CAEN, Antoine, et Pascal LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, pp. 11-37

CHATZILAOU, Konstantina, « Vers un socle européen des droits sociaux : quelles inspirations ? », *RDT* 2017, pp. 175-180.

CHAZARYAN, Narine, « A new generation of human rights clauses ? The case of association agreements in the Eastern neighbourhood », *E. L. Rev.* 2015, pp. 391-410.

CHEVALLIER, Jacques, « L'Union européenne comme espace démocratique », *in* GURA, Radovan, et Gilles, ROUET (dir.), *Les citoyens de l'intégration européenne*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 11-25.

CLOSA, Carlos, « Citizenship of the Union and Nationality of Member States », *CML Rev.* 1995, pp. 487-518.

COHEN-JONATHAN, Gérard, « La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme », *RMC*, 1978, pp. 74-100.

COING, Helmut, « Signification de la notion de droit subjectif », *Arch. phil. dr.*, n°9 (1964), p. 1

COSTA, Jean-Paul, « La Cour EDH et la protection des droits sociaux », *RTDH* 2010, pp. 207-216.

COUTRON, Laurent, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTD eur.* 2015, pp. 39-62.

CRAIG, Paul, « Constitutionalising constitutional law: HS2 », *Public Law*, 2014, July, pp. 373-392.

CRAIG, Paul, « The legal effect of Directives: Policy, rules and exceptions », *E. L. Rev.* 2009, 34(3), pp. 349-377.

CUCHE, Paul, « A propos du "positivisme juridique" de Carré de Malberg », *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp.71-79.

DANN, Philipp, « Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität », *Der Staat*, 2010, p. 630.

DAUGAREILH, Isabelle, « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », *in* SUPIOT, Alain et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, pp. 183-199.

DAUSES, Manfred A., « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTD eur.* 1984, pp. 401-424.

DAVIS, Keith, « Five Propositions for Social Responsibility », *Business Horizons*, 1975, June, pp. 19-24.

DAWSON, Mark, et Floris de WITTE, « Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis », *Modern Law Review,* 2013, pp. 817-844.

DE BURCA, Gráinne, « The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi* », *Harvard International Law Journal*, 2010, pp. 1-49.

DE JESUS BUTLER, Israel, « Ensuring compliance with the Charter of Fundamental Rights in legislative drafting : the practice of the European Commission », *E. L. Rev.* 2012, 37(4), pp. 397-418.

DE MOL, Mirjam, « Dominguez: a deafening silence », *E. C. L. R.* 2012, 8(2), pp. 280-303.

DE SCHUTTER, Olivier, « Towards a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights », CRIDHO Working Paper, 2015/2.
DE SCHUTTER, Olivier, « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne », EUI Working Paper Law N°2004/11.
DE SCHUTTER, Olivier, « Le statut de la Charte sociale européenne dans le droit de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 217-261.
De SCHUTTER, Olivier, et Yves LEJEUNE, « L'adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l'Homme : à propos de l'avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) », *Cah. dr. eur.* 1996, pp. 555-606.
DECAUX, Emmanuel, « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite », *AFDI* 1983, pp. 81-97.
DEHOUSSE, Fernand, *Rapport fait au nom de la Commission juridique au Parlement européen*, suivi de l'intervention de Walter Hallstein, président de la Commission, *RTD eur.* 1965, pp. 212-254.
DELILE, Jean-Félix, « L'invocabilité des accords internationaux devant le juge de la légalité des actes de l'Union européenne. Etat des lieux à l'occasion des arrêts *Vereniging Milieu Defensie* et *Stichting Natuur en Milieu* », *Cah. dr. eur.* 2015, pp. 151-178.
DELMAS-MARTY, Mireille, « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? », *in* CLAM, Jean, et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 209-220.
DELPECH, Joseph, « Sur deux lois du 13 juillet 1906 et le double caractère d'indétermination et de généralité, réputé essentiel de l'acte législatif », *RDP*, 1906, pp. 507-515.
DHOMMEAUX, Jean, « La Charte européenne des droits fondamentaux : du principe aux principes. Propos de chambres », *in Le Droit de l'Union européenne en principe. Liber Amicorum J. Raux*, Rennes, éd. Apogée, 2005, pp. 339-360.
DHOMMEAUX, Jean, « La Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole du 13 décembre 2006 », *RTDH* 2013, pp. 529-550.
DI FEDERICO, Giacomo, « Fundamental Rights in the EU: Legal pluralism and multi-level protection after the Lisbon Treaty », *Ius Gentium*, 2011, p. 15.
DOCKES, Emmanuel, « L'Europe antisociale », *RDT* 2009, pp. 145-150.
DODD, E. Merrick, «For Whom Are Corporate Managers Trustees? », *Harvard Law Review* 1932, pp. 1145-1163.

Dominique RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTD eur.* 2013, pp. 267-292.

DONY, Marianne et Thierry RONSE, « Réflexions sur le recours en carence », *Cah. dr. eur.* 2000, pp. 595-636.

DORSSEMONT, Filip, « Values and Objectives », *in* BRUUN, Niklas, Klaus LÖRCHER, et Isabelle SCHÖMANN (éd.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart, 2012, pp. 45-59.

DRIGUEZ, Laetitia et Stéphane RODRIGUES, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *AJDA*, 2008, pp. 191-197.

DRIGUEZ, Laetitia et Valérie MICHEL, « La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : progrès pour la santé ou pour le marché? », *Europe* 2011, n°10, étude 9.

DUBOS, Olivier, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ? », *JCP G*, 2006, II-10107.

DUMONT, Hugues, et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « La loi », *in* TROPER, Michel, et Dominique CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 2. Distribution des pouvoirs, Dalloz, 2012, pp. 529-572.

DUPEYROUX, Jean-Jacques, « L'âge en droit social », *Dr. soc.* 2003, n°12, pp. 1041-1046.

DUPEYROUX, Jean-Jacques, « Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Dr. soc.*, 1993, p. 494.

DÜRIG, Günter, « Grundrechte und Privatrechtsprechung », *in* MAUNZ, Theodor (éd.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Munich, Isar Verlag, 1956, pp. 157-190.

EGIDY, Stefanie, « Casenote – The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Constitutional Court », *German Law Journal*, 2011, p. 1961.

EMMERT, Frank et Monique PEREIRA DE AZEVEDO, « L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre? », *RTD eur.* 1993, pp. 503-524.

européen des droits sociaux », *RDSS* 2007 pp. 226-245.

FABRE-MAGNAN, Muriel, « La dignité humaine en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, pp. 1-30.

FARJAT, Gérard, « Réflexions sur les codes de conduites privés », *in* Mélanges Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, pp. 47-66.

FAVENNEC-HERY, Françoise, « Réforme du temps de travail », *JCP S* 2008, 1461.

FERCOT, Céline, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision "Hartz IV" de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », *RDSS*, 2010, pp. 653-661.

FLAESCHE-MOUGIN, Catherine, « Typologie des principes de l'Union européenne », *in Le Droit de l'Union européenne en principe. Liber Amicorum J. Raux*, Rennes, éd. Apogée, 2005, pp. 99-152.

FLAESCH-MOUGIN, Catherine « Tournant historique dans les relations entre l'Union européenne et Cuba avec la signature d'un accord de dialogue politique et de coopération », *RTD eur.* 2017, pp. 138-140.

FLORES, Philippe, et Maud VIALETTES, « Droit du travail et QPC : nouvelles sources, nouvelles ruptures. Le point de vue du juge du filtre », *Dr. soc.* 2015, pp. 486-496.

FONTAINE, Lauréline, et Alain SUPIOT, « Pour une vraie réforme du Conseil constitutionnel », *Le Monde* 15 juin 2017, p. 20.

FROMONT, Michel, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995 (Numéro spécial intitulé « Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation »), pp. 156- 166.

FRYDMAN, Benoît, et Gregory LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *in* HACHEZ, Isabelle, et al., (dir.), *Normativités concurrentes*, Anthemis, Limal (Belgique), 2012, pp. 179-210.

GALETTA, Diana-Urania, « The European Union in the Constitutional Framework of Member States: the Italian Case », *Ius Gentium*, 2016, p. 87.

GASMI, Nacer, Gilles GROLLEAU, « Nike face à la controverse éthique relative à ses sous-traitants. », *Revue française de gestion*, 2005, n°4 , pp. 115-136.

GAUDIN, Hélène, « Si proches, si lointaines... L'Union européenne face à la convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2015 pp. 1079-1085.

GENY, François, « La technique législative dans la codification civile moderne », *in Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004 (réimpression), p. 991.

GERHARDT, Michael, « Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's Case-Law », 2007, Rapport de l'Allemagne pour le 14e Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, p. 17, disponible à : http://www.confeuconstco.org/

GRIMONPREZ, Kris, « The European Dimension in citizenship education : unused potential of article 165 TFEU », *E. L. Rev.* 2014, pp. 3-26.

GUCKELBERGER, Anette, « Die Drittwirkung der Grundrechte », *Juristische Schulung* 2003, p. 1151.

GUSY, Christoph, « Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre ? », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1985, p. 291.

GUSY, Christoph, « Grundrechtsbindungen Privater », *Jus Politicum*, 2013, n°10 (en ligne).

HABERMAS, Jürgen, « Historical Consciousness and Post-Traditional Identity : Remarks on the Federal Republic's Orientation to the West », *Acta Sociologica*, vol. 31, n°1 (1988), pp. 3-13.

HANCOX, Emily, « Meaning of Implementing EU Law under Article 51(1) of the Charter: *Akerberg Fransson* », *CML Rev.* 2013, pp. 1411-1432.

HAQUET, Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTD eur.* 2001, pp. 305-333.

HARRISON, James, « Incentives for Development: the EC's Generalised System of Preferences, India's WTO Challenge and Reform », *CML Rev.* 2005, pp. 1663-1689.

HARTMANN, Martin, et Axel HONNETH, « Les paradoxes du capitalisme : un programme de recherche », *in* HONNETH, Axel, *La société du mépris*, édition établie par O. Voirol, Paris, La Découverte, 2006, pp. 275-303.

HATEOPOULOS, Vasilis, « Why the Open Method of Coordination is Bad for You: A Letter to the EU », *E. L. J.* 2007, n°3, pp. 309-342.

HE, Linxin, « The concept of subjective right and the Anthropocene », *C-EENRG Working Papers*, 2017-1. pp. 1-24.

HENNION-MOREAU, Sylvie, « Les droits des étudiants-citoyens aux aides d'Etat dans l'Union européenne », *RDSS* 2005, pp. 577-585.

HENRY, Joël et Michel CHAUVIERE, « Quel statut pour les services sociaux dans l'UE? Arguments pour des services sociaux non économiques d'intérêt général », *RDSS* 2011, pp. 1043-1058.

HERDEGEN, Matthias, « Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an "Ever Closer Union" », *CML Rev.* 1994, pp. 235-249.

HERVIEU, Nicolas, « La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT* 2009, pp. 288-294.

HOHFELD, Wesley Newcomb, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning », 23 Yale Law Journal 16 (1913), pp. 16-59.

HOUSER, Mathieu, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA*, 2010, pp. 323-332.

HUNT, Murray, « The 'Horizontal Effect' of the Human Rights Act », *Public Law*, 1998, pp. 423-443.

ICARD, Julien, « De l'impuissance du droit européen », *Dr. soc.* 2014, pp. 408-412.

IGLESIAS SANCHEZ, Sara, « The Court and the Charter : The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights », *CML Rev.*, 2012, pp. 1565-1612.

IPSEN, Hans Peter, « BVerfG versus EuGH re "Grundrechte" », *EuR* 1975, p. 1.

JACQUE, Jean-Paul, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.* 2011, p. 1.

JACQUE, Jean-Paul, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTD eur.* 2005, pp. 749-767.

JACQUE, Jean-Paul, « Primauté du droit international *versus* protection des droits fondamentaux », *RTD eur.* 2009, pp. 161-179.

JAQUOT, Sophie, « Le *gender mainstreaming* et l'Union européenne : quels effets ? », *Lien social et Politiques*, n°69, 2013, pp. 17-34.

JOBERT, Annette, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. soc.*, N°4 2010, pp. 367-373.

JOUANJAN, Olivier, « Les fondations de la notion de droits publics subjectifs chez Georg Jellinek », *RUDH* 2004, pp. 6-16.

JURGENS, Gerdy et Frank Van OMMEREN, « The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependant divide », *Cambridge Law Journal* 2012, 71(1), pp. 172-199.

KELSEN, Hans, « Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », *The Journal of Politics*, 1942, n°2, pp. 183-200.

KELSEN, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, pp. 197-257.

KENNEDY, Duncun, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », *in* BROWNSWORD, Roger, Hans-W. MICKLITZ, Leone NIGLIA et Stephen WEATHERILL (Ed), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 185-220.

KESSLER, Francis, « Sur les conditions d'accès d'un citoyen de l'Union européenne au bénéfice d'une prestation d'aide sociale », *RDSS* 2005, pp. 245-252.

KHALIQ, Urfan, « The EU and the European Social Charter: Never the Twain Shall Meet? », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2012-2013) vol. 15, Oxford, Portland, 2013, pp. 169-196.

KILPATRICK, Claire, « Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: A Challenging New Area of Constitutional Inquiry », EUI Working Papers, 2015/34, disponible à http://ssrn.com/abstract=2617171

KOUTRAKOS, Panos, « Does the United Kingdom have a general opt out from the EU Charter of Fundamental Rights? », *E. L. Rev.* 2014, p. 1.

KROLIK, Christophe, « Vers un principe de non-régression de la protection de l'environnement », *AJDA* 2013, pp. 2247-2250.

KROMMENDIJK, Jasper, « Principled silence or mere silence on principles ? The role of the EU Charter's principles in the case law of the Cour of Justice », *E. C. L. R.*, 2015, pp. 321-356.

KUMM, Mathias, « The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis », *E. J. I. L.*, 2004, pp. 907–931.

LABAYLE, Henri, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, pp. 75-91.

LABAYLE, Henri, et Frédéric SUDRE, « Pavane pour une adhésion défunte », *RFDA* 2015 pp. 3-22.

LABAYLE, Henri, et Jean-Luc SAURON, « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *RFDA* 2005, pp. 1-29.

LANGLOIS, Philippe, « Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge », *Dr. soc.* 2006, n°2, p. 155-157.

LARONZE, Fleur, et René de QUENAUDON, « Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza Dacca, 24 avril 2013 », *RDT*, 2013, pp. 487-490.

LAULOM, Sylvaine, « Les arrêts *Viking* et *Laval* : et après ? », *Dr. ouv.* 2010, n°11, pp. 570-575.

LAURENT, Sylvain, « Discrimination: le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Dr. soc.* 2008, n°5, pp. 586-598.

LAW, Stephanie, « The Rationales, Reasoning and Methodology Underpinning the Judicial Recognition of Principles of Union Law », *Cah. dr. eur.* 2016, pp. 11-38.

LEBEN, Charles, « La juridiction internationale », *in Droits (la fonction de juger)*, n°9, 1989, pp. 143-155

LEBULLENGER, Joël, « Signature de l'accord-cadre avec la Corée : l'Union européenne inaugure un nouveau modèle conventionnel », *RTD eur.* 2013, pp. 599-602.
LECZYKIEWIECZ, Dorota, « Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights », *E. L. Rev.* 2013, 38(4), pp. 479-497.
LENAERTS, Koen, « EMU and the EU's constitutional framework », *E. L. Rev.* 2014, pp. 753-769.
LENAERTS, Koen, « EU Values and Constitutional Pluralism : The EU System of Fundamental Rights Protection », XXXIV Polish Yearbook of International Law, 2014, pp. 135-160.
LHERNOULD, Jean-Philippe, « Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence récente de la CJUE », *Dr. soc.*, 2011, n°12, pp. 1265-1267.
LHERNOULD, Jean-Philippe, « Soins transfrontaliers et compétence des Etats membres en matière de sécurité sociale », *RJS* 2003, 8-9/03, pp. 650-653.
LINDENER, Josef Franz, « Zur grundsätzlichen Bedeutung des Protokolls über die Anwendung der Grundrechtecharta auf Polen und das Vereinigte Königreich - zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 51 EGC », *EuR*, 2008, p. 786.
LOCHAK, Danièle, « Les droits de l'homme dans les accords d'association et de coopération par l'UE », *in* Benlolo Carabot, Myriam, Ulas CANDAS et Eglantine CUJO, *Union européenne et droit international : en l'honneur de Patrick Daillier,* Paris, Pedone, 2012, pp. 539-549.
LONBAY, Julian, « Education and Law : the Community Context », *E. L. Rev.* 1989, 14(6), pp. 363-387.
LORENZ, Werner, « General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities », *American Journal of Comparative Law*, 1964 (vol. 13), pp. 1-29.
LYON-CAEN, Antoine, « La libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne », *Dr. soc.* 1989, p. 526.
LYON-CAEN, Antoine, « Les bénéficiaires de la libre circulation », *in* Michèle BONNECHERE (dir.), *Trente ans de libre circulation*, La documentation française, 1998, pp. 9-19.
LYON-CAEN, Gérard, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Dr. soc.* 2003, n°12, pp. 1047-1050, spéc., p. 1047.
LYON-CAEN, Gérard, « Divagations sur un adjectif qualificatif », *in Les orientations sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur de Jean Savatier,* PUF, 1992, pp. 345-351.

LYON-CAEN, Gérard, « Liberté et égalité dans le droit français du travail », *in Les droits de l'homme dans l'entreprise*, 20e Congrès de l'IDEF, *Revue juridique et politique (Indépendance et coopération)*, 1989, p. 900-906.

MACCORMICK, Neil, « The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now », *E. L. J.*, 1995, n°3, pp. 259-266.

MAGNAN DE BORNIER, Jean, « Propriété et contrôle dans la grande entreprise. Une relecture de Berle et Means », *Revue économique*, 1987 Vol. 38 N° 6 pp. 1171-1190.

MAKOWIAC, Jessica, « Ce que non-régression veut dire », *Droit de l'environnment*, 2017, n°253, pp. 54-58.

MANIN, Philippe, « L'invocabilité des directives: quelques interrogations », *RTD eur.* 1990, pp. 669-692.

MARCOUX, Laurent, « Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne », *R. I. D. C.* 1983, pp. 691-733.

MARGUENAUD, Jean-Pierre et Jean MOULY, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *D.*, 2009, pp. 739-744.

MARGUENAUD, Jean-Pierre, « La Convention d'Aarhus et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue juridique de l'environnement*, 1999, n°1, pp. 77-87.

MARGUENAUD, Jean-Pierre, et Jean MOULY, « Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique », *Dr. soc.*, 2013, pp. 339-344.

MARGUENAUD, Jean-Pierre, et Jean MOULY, « Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *RDP* 2011, pp. 685-716.

MARGUENAUD, Jean-Pierre, et Jean MOULY, « Les droits de l'homme salarié dans l'entreprise identitaire », *D.* 2011, pp. 1637-1642.

MARTENS, Paul, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme,* Mélanges offerts à Jacques VELU, Bruylant, 1992, tome 1, pp. 49-68.

MARTIN, Denis, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudence sous infuence ? », *RTDH* 2007, pp. 107-134.

MARTINSEN, Dorte Sindbjerg, « Judicial Influence on Policy Outputs ? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union », *Comparative Political Studies*, 2015, pp. 1612-166.

MARZO, Claire, « La protection des droits sociaux dans les pays européens », *R. I. D. C.* 2011, pp. 203-224.

MAVRIDIS, Prodromos, « Libre circulation des patients : la protection des personnes et des systèmes de sécurité sociale », *RDT* 2015, pp. 377-387.

MAZUYER, Emmanuelle, « La jurisprudence de la CJUE relative aux contrats à durée déterminée dans le secteur public », *RDT* 2013, pp. 681-688.

MCKENZIE, Lachlan, et Katharina L. MEISSNER, « Human Rights Conditionality in European Union Trade Negotiations: the Case of the EU–Singapore FTA », *Journal of Common Market Studies* 2017, n°4, pp. 832-849.

MEDA, Dominique, « Comment mesurer la valeur accordée au travail ? », *Sociologie*, pp. 121-140.

MEESSEN, Karl M., « Maastricht nach Karlsruhe », *NJW*, 1994, p. 549.

MENA PARRAS, Francisco Javier, « Retour sur *Kadi* : De la nécessité d'une jurisprudence de type *Solange I* dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des nations unies », *Cah. dr. eur.* 2010, pp. 683-729.

MERCAT-BRUNS, Marie, « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *RDT,* 2007, pp. 360-368.

MESSERSCHMIDT, Klaus, « The Race to Rationality Review and the Score of the German Constitutional Court », *Legisprudence* 2012, pp. 347-378.

MICHEA, Frédérique, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Dr. soc.*, 2010, n°11, pp. 1060-1069.

MICHELS, Tobias, « Die dreidimensionale Reservekompetenz des BVerfG im Europarecht – Von der Solange-Rechtsprechung zum Honeywell-Beschluss », *JA* 2012, p. 515.

MILLETT, Timothy, « European Community law : sex equality and retirement age », *International & Comparative Law Quarterly* 1987, 36(3), pp. 616-633.

MINE, Michel, « le droit du temps de travail à la lumière de la CSE », SSL, n°1504, 12 septembre 2011, p. 5.

MINE, Michel, « Le droit du travail en Grèce à l'épreuve du droit international et européen », *R. D. L. F.*, 2015, n°21 (en ligne).

MOIZARD, Nicolas, « Le droit d'action collective en droit de l'Union après la décision LO et TCO c. Suède du Comité européen des droits sociaux », *RTDH* 2015, pp. 603-622.

MÖLLERS, Christoph, « German Federal Constitutional Court Constitutional *ultra vires* Review of European Acts only Under Exceptional Circumstances », *E.C.L. R.* 2011, 7(1), pp. 161-167.

MONTEIRO FERNANDES, Antonio, « Regressive Labor Legislation – The Magic Potion for All Crises: The Case of Portugal », *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2014, pp. 397-412.

MORAND, Charles-Albert, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et société*, n°10, 1988, pp. 391-406.

MOREAU, Marie-Ange, « Autour de la justice sociale: perspectives internationales et communautaires », *Dr. soc.* 2010, pp. 324-333.

MOREAU, Marie-Ange, « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 2002, pp. 1112-1124.

MOREAU, Marie-Ange, « Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT », *Dr. soc.* 2014, pp. 413-422.

MOREHAM, N. A., « Privacy in the common law: a doctrinal and theoretical analysis », *Law Q. Rev.*, 2005(121), pp. 628-656.

MÜCKENBERGER, Ulrich, « *Eine europäische Sozialverfassung ?* », *EuR* 2014, p. 369.

MUIR, Elise, « The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges », *CML Rev.* 2014, pp. 219-246.

MUIR-WATT, Horatia, « Fundamental Rights and Recognition in Private International Law », *E. J. H. R.* 2013, pp. 411-435.

MUIR-WATT, Horatia, « L'*Alien Tort Statute* devant la Cour suprême des Etats-Unis : territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique ? », *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 595-605.

MÜLLER, Friedrich, « Basic Questions of Constitutional Concretisation », *Stellenbosch Law Review*, 1999, p. 269.

MULLER, Martine, « La naissance de l'agence nationale pour l'emploi. Institution et mission de service public », *Sociétés contemporaines*, 1990, n°3, pp. 19-32.

NEDERGAARD, Peter, « The European Union at the ILO's International Labour Conferences : A 'double' principal-agent analysis », JORGENSEN, Knud Erik (ed.), *The European Union and International Organizations*, London, Routledge, 2009, pp. 149-166.

NEERGAAD, Ulla, « 'When Poverty Comes in at the Door, Love Flies out the Window'. The Influence of Eurozone Reforms upon the Social Dimension of the EU – and Vice Versa? », *European Labour Law Journal*, 2016, n°2, pp. 168-204.

NOLTE, Jakkob, « Rationale Rechtsfindung im Sozialrecht » *Der Staat*, 2013, p. 245.

O'BRIEN, Charlotte, « Real links, abstract rights and false alarms : the relationship between the ECJ's "real link" case law and national solidarity », *E. L. Rev.* 2008, pp. 643-665.

OLIVER, Peter, « L'article 34 TFUE peut-il avoir un effet direct horizontal ? Réflexions sur l'arrêt *Fra.bo* », *Cah. dr. eur.* 2014, pp. 77-96.

OSTER, Nigel G., « The German Constitution and EC Membership », *Public Law*, 1994, pp. 392-408.

PALPANT, Catherine, « L'arrêt de Karlsruhe relatif à la loi Hartz IV : vers une redéfinition de l'Etat social allemand ? », *Dr. soc.*, 2010, pp. 696-697.

PARARAS, Petros, « Le droit à un logement décent, dignité de l'homme et contrôle de constitutionalité de la loi », *RTDH* 2003, pp. 49-70.

PATAUT, Etienne, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé », *in* DUBIN, Laurence, Pierre BODEAU-LIVINEC, Jean-Louis ITEN et Vincent TOMKIEWICZ (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international* (Société française de droit international – Colloque de Paris 8), Paris, Pedone, 2017, pp. 73-97.

PATAUT, Etienne, « L'invention du citoyen européen », *in* FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD (dir.), *La citoyenneté européenne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, pp. 27-61.

PATAUT, Etienne, et Petra HAMMJE, « De l'ordre public universel et de l'esclavage domestique », *Rev. crit. DIP* 2006, pp. 856-871.

PATAUT, Etienne, « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTD eur.* 2011, pp. 571-576

PATAUT, Etienne, « Les limites de la solidarité en Europe », *RDT*, 2015, pp. 161-163.

PATAUT, Etienne, « Territorialité et coordination en droit international privé : l'exemple de la sécurité sociale », *in Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 663-677.

PATAUT, Etienne, « Le contentieux collectif des travailleurs face à la mondialisation. Réflexions à partir de l'affaire Comilog », *Dr. soc.* 2016.

PATTIONSON, Shaun, et Deryck BEYLEVELD, « Horizontal applicability and horizontal effect », *Law Q. Rev.*, 2002(118), pp. 623-646.

PELLET, Alain, « Le "bon droit" et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », *in* Mélanges Charles Chaumont, Pedone, Paris, 1984, p. 482.

PERNICE, Ingolf, et Franz C. MAYER, « De la Constitution composée de l'Europe », *RTD eur.*, 2000, pp. 623-647.

PERVOU, Ioana, « Human rights in times of crisis: the Greek cases before the ECtHR, or the polarisation of a democratic society », *Cambridge Journal of Inernational and Comparative Law*, 2016, n°5, pp. 113-138.

PESCATORE, Pierre, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *Cah. dr. eur.* 1968, pp. 629-673.

PESCATORE, Pierre, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice », *in Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch,* Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1972*,* tome 2, p. 325.

PESCATORE, Pierre, « L'effet des directives communautaires, une tentative de démythification », *D.* 1980, chron. XXV, pp. 171-176.

PESCATORE, Pierre, « La CJCE et la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 441-455.

PETERSMAN, Ernst-Ulrich, « From "negative" to "positive" integration in the World Trade Organisation: Time for "mainstreaming human rights" into World Trade Organisation Law ? », *CML Rev.* 2000, n°6, vol. 37, pp. 1363-1382.

PETTITI, Christophe, « La charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : un progrès ? », *Dr. soc.* 1990, p. 387.

PFERSMANN, Otto, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », *in* TROPER, Michel, et Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel* (Tome 2. Distribution des pouvoirs), Dalloz, 2012, pp. 483-528.

PHILIP, Christian, « La Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux », *AFDI*, vol. 21, 1975. pp. 383-407.

PHILLIPSON, Gavin, « The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: a Bang or a Whimper? », *Modern Law Review*, November 1999, pp. 824-849.

PICARD, Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, n° spécial, 20 juil. - 20 août, « Les droits fondamentaux », pp. 6-42.

PICARD, Etienne, *Droit international et contentieux administratif* (I – Rapports entre droit international et droit interne), *in Encyclopédie Dalloz – Répertoire de contentieux administratif,* 2008.

POIARES MADURO, Miguel, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *in* Neil WALKER (éd.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537.

POPOTAS, Costas, « Les droits des personnes handicapées : nouvelle réalité suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et à la signature de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *RUDH* 2013, pp. 103-108.

PORTA, Jérôme, « La compétence internationale à l'épreuve de la globalisation. A propos de l'affaire *Comilog* », *Dr. ouv.* 2016, pp. 241-247.

PRIEUR, Michel, « Le nouveau principe de "non régression" en droit de l'environnement », *in* PRIEUR, Michel, et Gonzalo SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, pp. 5-46.

QUERMONE, Jean-Louis, « La "Fédération d'Etats Nations" : concept ou contradiction ? », *RFDC*, 2010, n°4, pp. 677-692.

QUINART, Emilien, « Quand le Conseil constitutionnel propose la loi ? », *AJDA*, 2014, pp. 142-146.

RAEPENBUSCH, Sean Van, « Évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de soins transfrontaliers », *Gazette du Palais*, 30 octobre 2010 n° 303, pp. 3173-3174.

Rapports nationaux rédigés pour la 14ème Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes : « Problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle ». Disponible à : http://www.confeuconstco.org/

REICH, Norbert, « Competition between legal orders, a new paradigm of EC law ? », *CML Rev.* 1992, pp. 861-896.

REIS, Patrice, « Commerce international, clause sociale et développement durable », *in* REMICHE, Bernard et Hélène RUIZ-FABRI (dir.), *Le commerce international entre bi- et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 307-325.

RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Retour sur les origines théologiques de la propriété », *Droits*, n°58 (2013/2), pp. 51-70.

RENUCCI, Jean-François, « L'adhésion de la Communauté européenne à la Conv. EDH », *D.* 1996, p. 449.

REYNOLDS, Stephanie, « Explaining the constitutional drivers behind a perceived judicial preference for free movements over fundamental rights », *CML Rev.* 2016, pp. 643-677.

RIBES, Didier, « Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, pp. 237-274.

RIDEAU, Joël, « Ordre juridique de l'Union européenne, Sources non écrites », Jurisclasseur Europe Traité, Fascicule 191, dernière mise à jour, 20 août 2014, §92.

RIVERO, Jean, « Synthèse », *R. I. D. C.* 1981, pp. 659-671.

RIZCALLAH, Cecilia, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : l'immuable poids des origines ? », *Cah. dr. eur.* 2015, pp. 399-427.

ROBIN-OLIVIER, Sophie, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Dr. soc.*, 1999, p. 609.

ROBIN-OLIVIER, Sophie et Etienne PATAUT, « Europe sociale ou Europe économique, à propos des affaires Viking et Laval », *RDT* 2008, pp. 80-88.

ROBIN-OLIVIER, Sophie, « Deux illustrations de la procédure préalable à la ratification des Conventions de l'OIT par les Etats membres », *RTD eur.* 2013, pp. 387-393.

ROBIN-OLIVIER, Sophie, « Mieux légiférer en matière sociale : la réglementation intelligente confrontée à l'objectif d'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail », *in* PERALDI-LENEUF, Fabienne, et Stéphane DE LA ROSA (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, Pedone, 2013, pp. 97-113.

ROBIN-OLIVIER, Sophie, « Le temps de la renaissance des droits sociaux est-il venu ? Lecture critique du projet de socle européen des droits sociaux proposé par la Commission européenne », *RTD eur.* 2016, pp. 835-840.

RODIERE, Pierre, « Sur les effets directifs du droit (social) communautaire », *RTD eur.* 1991, pp. 565-586.

RODIERE, Pierre, « Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve de la Constitution européenne », *JCP S*, 2005, n°20, doctrine 136.

RODIERE, Pierre, « Âge et discriminations dans l'accès à l'emploi L'actualité législative française confrontée au droit communautaire », *SSL*, 2006, n°1266.

RODIERE, Pierre, « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTD eur.* 2008, pp. 47-66.

RODIERE, Pierre, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE », *Dr. soc.* 2010, pp. 573-579.

RODIERE, Pierre, « Quel droit de circulation en Europe pour les personnes inactives et démunies ? », *JDE* 2015, pp. 146-151.

ROMAN, Diane, « La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, pp. 63-75.

ROSSI, Lucia Serena, « Corte Constituzionale (Italian Constitutional Court): Decisions 348 and 349/2007 of 22 October 2007, and 102 and 103/2008, of 12 February 2008 », 46 *CML. Rev.* 319 (2009), pp. 319-331.

ROUSSEAU, Yves, « Du monopole public du placement à un nouveau service public de l'emploi », *Dr. soc.* 2005, pp. 456-465.

ROUSSEAU, Yves, « Le service public de l'emploi et la jurisprudence de la CJCE », *Dr. soc.* 2002, pp. 974-991.

SAFJAN, Marek, Dominik DÜSTERHAUS, et Antoine GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de *la mise en œuvre* à *la mise en balance* », *RTD eur.* 2016, pp. 219-247.

SAVARY, Gilles, « Détachement des travailleurs : la construction européenne à l'épreuve des disparités sociales nationales », *Dr. soc.* 2016, pp. 592-597.

SCHARPF, Fritz W., « The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a 'social market Economy' », *Socio-Ecconomic Review* 2010, 8(2), pp. 211-250.

SCHEUNER, Ulrich, « *Fundamental rights in European community law and in national constitutional law* », *CML Rev.*, 1975, pp. 171-191.

SCHWABE, Jürgen, « Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte », *AöR*, 1975(100), p. 442.

SCHWABE, Jürgen, « Grundrechte und Privatrecht », *Archiv für die civilistische Praxis*, 1985(185), p. 1.

SECHE, Jean-Claude, « Free Movement of Workers under Community Law », *CML Rev.* 1977, pp. 385-410.

SEIFERT, Achim, «L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *RTD eur.* 2012, pp. 801-826.

SERMET, Laurent, « L'actualité de l'adhésion de la Communauté européenne aux organisations internationales et aux traités », *AFDI* 1997, p. 671.

SHUIBHNE, Niamh Nic, et Marsela MACI, « Proving Public Interest : The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law », *CML Rev.* 2013, pp. 965-1006.

SIMMA, Bruno, et Philip ALSTON, « The Sources of Human Rights Law : Custom, *Jus Cogens*, and General Principles ? » , *Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989, pp. 82-108.

SIMON, Denys, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "Je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, 2001, pp. 31-49.

SIMON, Denys, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », Europe, 2015, n°2, étude 2.

SIMON, Denys, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, pp. 733-752.
SIMON, Denys, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, pp. 733-752.
SIMON, Denys, « Les fondations : l'Europe modeste ? Symboles, valeurs et objectifs », *in* SIMON, Denys (dir.), *Le Traité de Lisbonne : oui, non, mais à quoi?*, *Europe* 2008, n°7 (dossier), p. 32.

SIMON, Denys, et Anne RIGAUX, « Solange, le mot magique du dialogue des juges... », *Europe*, 2010, n°7.

SIMON, Gildas et Jacqueline COSTA-LASCOUX, « Une Europe communautaire de moins en moins mobile ? », *Revue européenne des migrations internationales*, 1991, pp. 41-61.

SLAMA, Serge, « Prendre au sérieux la Charte des droits fondamentaux en droit des étrangers », *La Revue des droits de l'homme*, 2014 (en ligne).

STANGOS, Petros, « Les répercussions juridiques sur l'Union européenne des décisions du Comité européen des droits sociaux relatives aux mesures d'austérité de la Grèce », *RTDH* 2015, pp. 909-939.

ŠTURMA, Pavel, « Human rights protection in a new EU member state: the Czech example », *Ius Gentium*, 2012, p. 357.

SUDRE, Frédéric, « La protection des droits sociaux par la Cour EDH : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003, pp. 755-779.

SUPIOT, Alain, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », *in Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, pp. 541-558.

SUPIOT, Alain, « L'idée de justice sociale », *in* BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, éd. Pedone, 2013, pp. 5-30.

SUPIOT, Alain, « Voilà l' "économie communiste de marché" », *Le Monde*, 25 janvier 2008.

SZYSZCZAK, Erika, « Experimental Governance: The Open Method of Coordination », *E. L. J.* 2006, n°4, pp. 486-502.

TEUBNER, Gunther, « Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates », *ZaöeRV*, 2014, p. 733.

THIBIERGE, Catherine, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, pp. 599-628.

TINIERE, Romain, « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? », *R. D. L. F.* 2017, chron. 17 (en ligne).
TINIERE, Romain, « Le recours en manquement et la protection des droits fondamentaux », *R. D. L. F.* 2011, n°4 (en ligne).
TISSANDIER, Hélène, « Les "CDD seniors" sont-ils conformes au droit communautaire? », *RJS* 2006, n°4, pp. 257-261.
TORCOL, Sylvie, « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », *RFDC*, 2016, n°1, pp. 101-126.
TRAVERSA, Enrico, « L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité en matière d'accès à l'enseignement », *RTD eur.* 1989, pp. 45-69.
TRIANTAFYLLOU, Dimitris, « The European Charter of Fundamental Rights and the 'Rule of Law': Restricting Fundamental Rights by Reference », *CML Rev.* 2002, pp. 53-64.
TSAKYRAKIS, Stavros, « Proportionality: An Assault on Human Rights? » *International Journal of Constitutional Law*, 2010, pp. 468-493.
TULKENS, Françoise, et Luc DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour EDH, paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature? », *Revue de sciences criminelles*, 2006, pp. 3-23.
TUSSEAU, Guillaume, « Commentaire de la décision du Tribunal constitutionnel du Pérou du 3 septembre 2015, Caso Ley de presupuesto publico », *RFDA*, 2015, pp. 1209-1214.
UJOL, Jean-Benoît, et Etienne GRASS, « La construction du RSA », *Dr. soc.* 2009, pp. 300-307.
URBINA, Francisco J., « Incommensurability and Balancing », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 575-605.
VALTICOS, Nicolas, « La Charte sociale européenne : sa structure, son contenu, le contrôle de son application », *Dr. soc.*, 1963, p. 466.
VAN LANG, Agathe, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n°2, pp. 25-41.
VANDAMME, François, « La révision de la charte sociale européenne », *Revue internationale du travail*, 1994, pp. 697-717.
VERICEL, Marc, « Après la loi du 23 juillet 2010 : la libéralisation totale du marché du placement des demandeurs d'emploi », *Dr. soc.* 2010, pp. 1176-1179.
VERICEL, Marc, « La réorganisation du service public de l'emploi ou la difficile mise en œuvre d'une réforme », *Dr. soc.* 2005, pp. 1174-1178.

VERICEL, Marc, « Recréer un véritable service public de l'emploi pour une action efficace en matière d'insertion professionnelle », *Dr. soc.* 2013, pp. 1031-1043.

VIAL, Claire, « Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *RTDH* 2004, pp. 435-459.

VIANDIER, Alain, « La crise de la technique législative », *Droits*, 1986, pp. 75-80.

VIGNEAU, Christophe, « Etude sur l'autonomie collective communautaire », *RTD eur.* 2002, pp. 653-683.

VON DER PFORDTEN, Dietmar, « Zur Würde des Menschen bei Kant », *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2006 (Vol. 14), pp. 501-517.

VOSSKUHLE, Andreas, « Multilevel cooperation of the European constitutional courts: *der Europaische Verfassungsgerichtsverbund* », *E.C.L. R.* 2010, 6(2), pp. 175-198.

WADE, William, « Horizons of horizontality », *Law Q. Rev.*, 2000 (116), pp. 217-224.

WAELE, Henri de, « The Role of the European Court of Justice in the Integration Process : A Contemporary and Normative Assessment », *Hanse Law Review*, 2010, pp. 3-26.

WALINE, Marcel, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 517-534.

WALKER, Neil, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, May 2002, pp. 317-359.

WALL, Heinrich de, et Roland WAGNER, « Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte », *Juristische Arbeitsblätter* 2011, p. 734.

WEIL, Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *Revue générale de droit international public*, 1982, pp. 5-47.

WITTE, Floris de, « EU Law, Politics, and the Social Question », *German Law Journal*, 2013, pp. 581-611.

WOUTERS, Jan, Idesbald GODDEERIS, Bregt NATENS et Filip CIORTUZ, « Some Critical Issues in the EU–India Free Trade Agreement Negotiations », *E. L. J.* 2014, pp. 848-969.

WUERTH, Ingrid, « Kioble v. Royal Dutch Petroleum Co. : the Supreme Court and the Alien Tort Statute », *American Journal of International Law*, 2013, pp. 601-620.

XANTHAKI, Helen, « The Problem of Quality in EU Legislation : What on Earth is Really Wrong ? », *CML Rev.* 2001, pp. 651-676.

ZARKA, Jean-Claude, « Union européenne : pacte de croissance adopté les 28 et 29 juin 2012 », *D.* 2012, p. 1740.

ZULEEG, Manfred, « Fundamental Rights and the Law of the European Communities », *CML Rev.*, 1971, n°4, pp. 446-461.

Table des décisions de justice

(NB. Les numéros renvoient aux paragraphes de la thèse. Les passages les plus importants sont signalés par un numéro **en gras**.)

Comité européen des droits sociaux

CEDS, 16 novembre 2001, *CFE-CGC c. France*, n°9/2000 : 688.

CEDS, 12 octobre 2004, *CGT c. France*, n°16/2003 : 688, 689.

CEDS, 23 juin 2010, *CGT c. France*, n°55/2009 : 689.

CEDS, 23 mai 2012, *GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce*, n°65/2011 et n°66/2011 : 693.

CEDS, 7 décembre 2012, n°76 à 80/2012 (cinq décisions ayant une structure d'argumentation identique) : 693.

CEDS, 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, n°85/2012 : 691, 704.

Cour EDH

Cour EDH, 23 juillet 1968, *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, dit « linguistique belge »*, Série A, n°6 : 209, 669.

Cour EDH, 27 octobre 1975, *Airey*, Série A, n° 19 : 677.

Cour EDH, 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, Série A, n° 20 : 672, 676.

Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A, n° 25 : 185.

Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série A, n° 31 : 669.

Cour EDH, 17 octobre 1986, *Rees*, série A, n° 106 : 662.

Cour EDH, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag*, Série A, n° 165 : 351.

Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemetz c. Allemagne*, Série A, n° 251 : 677.

Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurjonsson c. Islande*, Série A, n° 254 : 677.

Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, n° (de requête) 45036/98 : **665**, 684.

Cour EDH, 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, n° 52562/99 : 671.

Cour EDH, 21 février 2006, *Tüm Haber Sen c. Turquie*, n° 28602/95 : 677.

Cour EDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*, n° 34503/97 : 117, 672.

Cour EDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi Yol-Sen*, n° 68959/01 : 673.

Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11 : 666.

Cour EDH, 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, n° 57665 et 57657/12 : 679

Cour EDH, 18 juin 2013, *Povse c. Autriche*, n° 3890/11 : 666.

Cour EDH, 2 octobre 2014, *Matelly c/ France*, n° 10609/10 : 673.

Cour EDH, 21 avril 2015, *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna*, n° 45892/09 : 673.

Cour EDH, 24 septembre 2015, *Da Silva Carvalho Rico c. Portugal*, n°13341/14 : 679.

Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 21 décembre 1954, *France c. Haute Autorité*, aff. 1/54 : 515.

CJCE, 23 avril 1956, *Groupement des industries sidérurgiques Luxembourgeoises c. Haute Autorité*, aff. jtes 7/54 et 9/54 : 515.

CJCE, 12 juillet 1957, *Dineke Algera*, aff. jts. 7/56, 3/57 à 7/57 : 97.

CJCE, 4 février 1959, *Stork*, aff. 1/58 : **84**, 662.

CJCE, 15 juil. 1960, *Comptoir de vente du charbon de la Ruhr et Nold*, aff. jtes, 36, 38 et 40/59 : 84.

CJCE, 6 avril 1962, *Société Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd*, aff. 13/61 : 497.

CJCE, 5 février 1963, *Van Gand en Loos*, aff. 26/62 : **239**, 249.

CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63 : 514.

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64 : 249.

CJCE, 11 mars 1965, *Bertholet*, aff. 31/64 : 512.

CJCE, 11 mars 1965, *Heseper Torfwerk GmbH*, aff. 33/64 : 512.

CJCE, 1er avril 1965, *Sgarlata*, aff. 40/64 : 84.

CJCE, 9 décembre 1965, *Singer*, aff. 44/65 : 512.

CJCE, 19 décembre 1968, *De Cicco*, aff. 19/68 : 514.

CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69 : 85.

CJCE, 6 octobre 1970, *Franz Grad*, aff. 9/70 : 270.

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 : 85, 557.

CJCE, 17 décembre 1970, *SASE*, aff. 33/70 : 270.

CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne (I)*, aff. 80/70 : 91.

CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73 : 669.

CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73 : **85**, 662.

CJCE 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74 : 254.

CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff. 9/74 : 516, **518**.

CJCE, 8 octobre 1974, *Union syndicale et al. c. Conseil*, aff. 175/73 : 671.

CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74 : 252, **270**.

CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, aff. 36/74 : **243**, 253, 330, 514.

CJCE, 28 oct. 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75 : **89**, 162, 582.

CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne (II)*, aff. 43/75 : **101**, 245, 254, 257, 272.

CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75 : 511.

CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77 : 632.

CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne (III)*, aff. 147/77 : 92.

CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78 : 273.

CJCE, 31 mai 1979, *Even*, aff. 207/78 : 513.

CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, aff. 8/81 : 252.

CJCE, 16 février 1982, *Burton*, C-19/81 : 193.

CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff. 53/81 : 514.

CJCE, 26 mai 1982, *Ivenel*, aff. 133/81 : 334.

CJCE, 13 juillet 1983, *Forcheri*, aff. 152/82 : 518, 519.

CJCE, 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*, aff. 14/83 : 275.

CJCE, 10 avril 1984, *Harz*, aff. 79/83 : 275.

CJCE, 27 mars 1985, *Hoeckx*, aff. 249/83 : 527.

CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83 : 519.

CJCE, 26 février 1986, *Roberts*, aff. 151/84 : 193.

CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84 : 193, **252**, 273.

CJCE, 17 avril 1986, *Reed*, aff. 59/85 : 516.

CJCE, 3 juillet 1986, *Conseil c. Parlement*, aff. 34/86 : 437.

CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. 66/85 : 514.

CJCE, 11 mars 1987, *Van den Berg*, aff. 164/01 : 115.

CJCE, 18 juin 1987, *Lebon*, aff. 316/85 : 541.

CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, aff. 24/86 : 518.

CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, aff. 39/86 : 522.

CJCE, 21 juin 1988, *Brown*, aff. 197/86 : 514, **523**.

CJCE, 27 septembre 1988, *Grèce c. Conseil*, aff. 204/86 : 437.

CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. 263/86 : 398, **521**.

CJCE, 25 octobre 1988, *Commission c. France*, aff. 312/86 : 186.
CJCE, 30 mai 1989, *Commission contre Conseil*, aff. 242/87 : 521.
CJCE, 31 mai 1989, *Bettray*, aff. 344/87 : 514.
CJCE, 22 juin 1989, *Fediol*, C-70/87 : 723.
CJCE, 17 octobre 1989, *Comune di Carpaneto*, C-231/87 : 277.
CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, C-109/88 : 193, 201.
CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88 : 279.
CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89 : 275.
CJCE, 7 février 1991, *Nimz*, C-184/89 : 201.
CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90 : **403**, 411.
CJCE, 8 juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd*, C-69/89 : 723.
CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, C-345/89 : 563.
CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, C-6 et 9/90 : 278.
CJCE, 26 février 1992, *Raulin*, C-357/89 : 523.
CJCE, 7 juillet 1992, *Equal Opportunities Commission*, C-9/91 : 193.
CJCE, 19 mars 1993, Avis n°2/91, relatif à la compétence de la CEE dans les relations avec l'OIT : 726.
CJCE, 7 décembre 1993, *Wirth*, C-109/92 : 398.
CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, C-91/92 : 279.
CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA (dit COREVA)*, C-244/94 : 411.
CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93 : 89, 186.
CJCE, 1er février 1996, *Psthuma-van Damme*, C-280/94 : 669.
CJCE, 19 mars 1996, *Commission c. Conseil*, C-25/94 : 437.
CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S.*, C-13/94 : 386, **663**.
CJCE, 30 avril 1996, *Pays-Bas et Parlement c. Conseil*, C-58/94 : 437.
CJCE, 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, C-61/94 : 720.
CJCE, 26 juin 1997, *Vereiniget Familiapress*, C-368/95 : 663.
CJCE, 11 décembre 1997, *Job Centre coop.*, C-55/96 : 404.
CJCE, 17 février 1998, *Grant*, C-249/96 : 180, 663.
CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95 : 407.
CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96 : 407.
CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH*, C-185/95 P : 663.
CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97 : 207.

CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96 : 412.

CJCE, 3 octobre 2000, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap)*, C-303/98 : 689.

CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, C-285/98 : 565.

CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98 : **266**, 301, 303.

CJCE, 6 mars 2001, *Connolly c. Commission*, C-274/99 : **594**, 663.

CJCE, 26 juin 2001, *BECTU*, C-173/99 : 120, 185.

CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99 : **527**, 536, 542.

CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte*, aff. jtes, C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 : 578.

CJCE, 25 novembre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, C-475/99 : 398.

CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99 : 487.

CJCE, 5 février 2002, *Kaske*, C-277/99 : 498.

CJCE, 6 juin 2002, *Audic*, C-159/00 : 302.

CJCE 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C-224/98 : 529.

CJCE, 19 septembre 2002, *Baumbast*, C-413/99 : 186.

CJCE, 12 décembre 2002, *Rodriguez Caballero*, C-442/00 : 292.

CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, C-385/99 : 408.

CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, C-465/00 : 594.

CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00 : 590, **595**.

CJCE, 6 novembre 2003, *Ninni Orasche*, C-413/01 : 528.

CJCE, 7 janvier 2004, *KB*, C-117/01 : 386.

CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne et Nagel AG*, C-440/00 : 228.

CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, C-138/02 : 530.

CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos*, C-482/01 : 186.

CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02 : 186, **536**.

CJCE, 21 octobre 2004, *Commission c. Luxembourg*, C-445/03 : 579.

CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03 : 530-531, 542.

CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannis*, C-258/04 : 530.

CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04 : 194, 213, 215, **282**, 288, 564, 584.

CJCE, 6 avril 2006, *Commission c. Autriche*, C-428/04 : 161.

CJCE, 11 juillet 2006, *Chacón Navas*, C-13/05 : 291, **720**.

CJCE, 3 octobre 2006, *Cadman*, C-17/05 : 201.

CJCE, 11 janvier 2007, *ITC*, C-208/05 : 213.

CJCE, 18 janvier 2007, *CGT et al.*, C-385/05 : 307.

CJCE, 11 septembre 2007, *Commission c. Allemagne*, C-318/05 : 398.
CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05 : 207, **213-214**, 287-288, 296.
CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, C-438/05 : 258, 301, 331, 391, **588 et s.**, 637, 673, 727.
CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05 : **181**, **588 et s.**, 691.
CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, C-346/06 : 592.
CJCE, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, C-308/06 : 720.
CJCE, 19 juin 2008, *Commission c. Luxembourg*, C-319/06 : 186, 592.
CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06 : 332.
CJCE, 17 juillet 2008, *Raccanelli*, C-94/07 : 301.
CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402 et 415/05 : 731 et s.
CJCE, 9 septembre 2008, *FIAMM*, aff. jtes, C-120, 121/06 P : 723.
CJCE, 23 septembre 2008, *Bartsch*, C-427/06 : 299.
CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, C-158/07 : **531**, 542.
CJCE, 5 mars 2009, *Kattner*, C-350/07 : 414.
CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07 : 207, **214-215**, 291.
CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras et Koupatanze*, C-22, 23/08 : 540.
CJCE, 18 juin 2009, *Hütter*, C-88/08 : 213.
CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07 : 228, **282**, 500, 565.
CJUE, 13 avril 2010, *Bressol*, C-73/08 : 583.
CJCE, (Ordonnance) 6 mai 2010, *Hansen c. Commission*, C-26/10 P : 485.
CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 : 625.
CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, C-271/08 : 414.
CJUE, 5 octobre 2010, *Elchinov*, C-173/09 : 408.
CJUE, 7 octobre 2010, *Santos Palhota et al.*, C-515/08 : 579.
CJUE, 12 octobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)*, C-499/08 : 200, 207.
CJUE, 14 octobre 2010, *Fuß*, C-243/09 : 259.
CJUE, 18 novembre 2010, *Georgiev*, C-250 et 268/09 : 557.
CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, C-145/09 : 162.
CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09 : 386.
CJUE, 27 janvier 2011, *Commission c. Luxembourg*, C-490/09 : 408.
CJUE, 1er mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, C-236/09 : 441.

CJUE, 3 mars 2011, *AG2R*, C-437/09 : 414.

CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C-240/09 : 724.

CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08 : 180, 668.

CJUE, 24 mai 2011, *Commission c. France*, C-50/08 : 186.

CJUE, 21 juillet 2011, *Stewart*, C-503/09 : 583.

CJUE, 21 juillet 2011, *Fuchs*, C-159, 160/10 : 218.

CJUE, 8 septembre 2011, *Hennigs et Mai*, aff. jtes C-297, 298/10 : 221.

CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci et al.*, C-256/11 : 182.

CJUE, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e. a.*, C-366/10 : 720.

CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. e.a. c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes, C-411/10 et C-493/10 : 111.

CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10 : 110, **120**.

CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10 : **122**, 182, 406.

CJUE, 7 juin 2012, *Tyrolean Airways*, C-132/11 : 201.

CJUE, 7 juin 2012, *Vinkof*, C-27/11 : 639.

CJUE, 14 juin 2012, *Commission c. Pays-Bas*, C-542/09 : 583.

CJUE, 28 juin 2012, *Erny*, C-172/11 : 301.

CJUE, (Ordonnance) 4 juillet 2012, *Trevisanato c. Commission*, C-25/12 P : 486.

CJUE, 12 juillet 2012, *Fra.bo SpA*, C-171/11 : **302**, 330.

CJUE, 4 octobre 2012, *Commission c. Autriche*, C-75/11 : 542.

CJUE, 25 octobre 2012, *Prete*, C-367/11 : 552.

CJUE, 6 novembre 2012, *Commission européenne c. Hongrie*, C-286/12 : 218.

CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11 : 182, 638.

CJUE, 27 décembre 2012, *Pringle*, C-370/12 : 652.

CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, C-283/11: 585.

CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10 : 181, 226, **547**.

CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11 : 617.

CJUE, 7 mars 2013, *Sindicato dos Bancarios do Norte et al.*, C-128/12 : 651.

CJUE, 14 mars 2013, *Agrargenossenschaft Neuzelle*, C-545/11: 497.

CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark (agissant pour J. Ring et L. S. Werge)*, aff. jtes, C-355, 337/11 : 720.

CJUE, 11 avril 2013, *Jeltes, Peeters et Arnold*, C-443/11 : 498.

CJUE, 25 avril 2013, *Asociatia Accept*, C-81/12 : 332.

CJUE, 20 juin 2013, *Giersch*, C-20/12 : 552, **582**.

CJUE, 18 juillet 2013, *Kadi (II)*, aff. jtes C-584, 593 et 595/10 P : 734.

CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz, Seeberger*, aff. jtes C-523/11 et C-585/11 : 532.

CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker*, C-64/12 : 651.

CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, C-140/12 : 472, **537**.

CJUE, 19 septembre 2013, *Commission c. Guido Strack*, C-579/12 : 701.

CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, C-220/12 : 532.

CJUE, 14 novembre 2013, *Puid*, C-4/11 : 640.

CJUE, 13 janvier 2014, *Pérez*, C-416/13 : 223.

CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale (AMS)*, C-176/12 : 121, **306**.

CJUE, 27 février 2014, *Pohotovosť*, C-470/12 : 122.

CJUE, 18 mars 2014, *Z.*, C-363/12 : 721.

CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd et Kärntner Landesregierung*, aff. jtes, C-293/12 et C-594/12 : 472, 612.

CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12: 123.

CJUE, 3 juillet 2014, *Kamino International Logistics BV et Datema Hellmann Worldwide Logistics BV*, C-120 et 130/13 : 101.

CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13 : 186, 487.

CJUE, 11 septembre 2014, *A*, C-112/13 : 101.

CJUE, 17 septembre 2014, *Liivimaa Lihaveis MTÜ*, C-562/12 : 183.

CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13 : 538, 636.

CJUE, 11 novembre 2014, *Schmitzer*, C-530/13: 189, 223.

CJUE, 3 décembre 2014, *De Clercq*, C-315/13 : 579.

CJUE, 18 décembre 2014, avis relatif à l'adhésion de l'UE à la Conv. EDH, n°2/13 : **683**, 704.

CJUE, 18 décembre 2014, *Fag og Arbejde (agissant pour Karsten Kaltoft)*, C-354/13 : 721.

CJUE, 13 janvier 2015, *Vereniging Milieudefense*, C-401/12: 724.

CJUE, 13 janvier 2015, *Stichting Natuur en Milieu*, C-404/12 : 724.

CJUE, 4 février 2015, *Melchior*, C-647/13 : 122.

CJUE, 5 février 2015, *Nisttahuz Poclava*, C-117/14 : 651.

CJUE, 12 février 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, C-396/13 : 111.

CJUE, 26 février 2015, *Martens*, C-359/13 : 532.

CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, C-528/13 : 183.

CJUE, 10 septembre 2015, *Wojciechowski*, C-408/14 : 122.
CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, C-67/14 : 538.
CJUE, 6 octobre 2015, *Delvigne*, C-650/13 : 547.
CJUE, 17 novembre 2015, *RegioPost*, C-115/14 : 592.
CJUE, 21 janvier 2016, *Commission contre Chypre*, C-515/14 : 472, 496.
CJUE, 25 février 2016, *García-Nieto*, C-299/14 : 538.
CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri*, C-441/14 : 291, 500.
CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-185/12 : 161.
CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14 : 162.
CJUE, 13 septembre 2016, *CS*, C-304/14 : 162.
CJUE, 1er décembre 2016, *Daouidi*, C-395/15 : 721.
CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15 : 639.
CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15 : 332.

Juridictions allemandes

BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I* : **86**, 610.
BVerfG, 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, *Solange II* : **87**, 610.
BVerfGE, 89, 155, 12 octobre 1993, *Maastricht-Urteil* : 611.
BVerfGE 102, 147, 7 juin 2000, *Bananenmarktordnung* : 612.
BVerfGE, 123, 267, 30 juin 2009, *Lissabon-Urteil* : 615.
BVerfGE 125, 260, 2 mars 2010, *Vorratsdatenspeicherung* : 612.
BVerfGE, 125, 175, 9 février 2010, *Hartz IV* : 467 et s.
BVerfGE, 123, 267, 6 juillet 2010, *Honeywell* : 613.
BVerfGE 132, 134, 20 juin 2012, *Asylbewerberleistungsgesetz* : 469.
BVerfG, 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14 : 616.

Juridictions françaises

Conseil constitutionnel, 12 mai 2010, n°2010-605 DC : 652.
Conseil constitutionnel, 18 juin 2010, *SNC Kimberly-Clark*, n°2010-5 QPC : 479.
Conseil constitutionnel, 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autres*, n°2011-122 QPC : 306.
Conseil constitutionnel, 14 juin 2013, *M. Yacine T. et autre*, n°2013-320/321 QPC : 479.

CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national des industries pharmaceutiques (SNIP)*, n°226514 : 623.

CE, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n°287110 : 628.

CE, 14 mai 2010, *Rujovic c. OFPRA*, n°312305 : 625.

Cass. Ass. plén., 16 avril 2010, *Melki et Abdeli*, n°10-40.002 : 625.

Soc., 9 juillet 2014, n°11-21609 : 627.

Juridictions italiennes

Corte Costituzionale, 24 février 1964, *Costa c. ENEL* : 84.

Corte Costituzionale, 27 décembre 1965, *San Michele* : 631.

Corte costituzionale, 27 décembre 1973, *Frontini*, n°183/1973 : 631.

Corte costituzionale, 22 octobre 1975, *Industrie Chimiche Italia Centrale*, n°232/1975 : 631.

Corte costituzionale, 5 juin 1984, *Granital*, n°170/1984 : 632.

Tribunal de l'UE

TPICE, 19 octobre 1995, *John Carvel c. conseil*, T-194/94 : 437.

TPICE, 17 juin 1998, *UEAPME*, T-135/96 : 392.

TPICE, 21 septembre 2005, *Kadi*, T-315/01 : 731.

TPICE, 17 novembre 2009 (Ordonnance), *Hansen c. Commission*, T-295/09 : 485.

Tribunal, 30 septembre 2010, *Kadi (II)*, T-85/09 : 734.

Tribunal, 18 juin 2013, *Heath*, T-645/11P : 498.

Tribunal, 26 septembre 2013, *Pioneer Hi-Bred International c. Commission*, T-164/10 : 486.

Index

(NB. Les numéros renvoient aux paragraphes de la thèse. Les passages les plus importants sont signalés par un numéro **en gras**.)

Accords-cadres internationaux (ACI) : 759 et s.

Adhésion : 493,

- de l'UE à la Conv. EDH : 680 et s.
- de l'UE à la CSE : 704 et s.
- de l'UE aux conventions de l'ONU : 719 et s.

ALEXY, Robert : 130, 144, 163, 172, 185, 261, 562.

Application : 3, 18, 25, 27, 52.

- V. aussi « concrétisation »

Capacité : 36, 101, 223, 532, 558, 644, 712.

- et droits subjectifs : 142
- et droits sociaux : 393
- pour « l'incapacité », v. « handicap »

Citoyenneté : 105, 182, **507**.

Charte des droits fondamentaux de l'UE : 23, **102**, 435.

- Adoption : 103
- Champ d'application : 180
- Protocole n° 30 : 108

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : **452**, 456.

Charte sociale européenne : 8, 55, 495, 548, **685**.

Compétences de l'UE : 58, 268, 388, 545, 611.

- Evolution en matière sociale : 55
- Extension : 518
- Incompétence négative : 478
- Relations avec les Etats membres : 296, 407, 614

Compétences professionnelles : 393, v. aussi « capacité ».

Concrétisation : **150**, 160, 195, 308, 335, 438, **524**, 562, 625.

- Concept : 67
- et interprétation : 155
- programmatique et circonstancielle : 157
- et réalisation : 135
- et traduction : 510

Conseil de l'Europe : **658** et s.

- Convention européenne des droits de l'homme : 89, 185, 193, 342 et s., 594, **659** et s.
- Charte sociale européenne : 4, 8, 55, 92, 193, 402, 495, **685** et s.

Convention bilatérale ou multilatérale : 709 et s., 720, 723

Crise de la dette souveraine : 59, 454, 533, **641**, **693**.

Dignité humaine : 13, 30, 32, 73, 85, 143, 157, 264, 364.

- conception de Kant : 33
- lien avec l'application : 168, **467**, 515, 549, 590, 618.

Droits fondamentaux : **14**.

- Droits absolus : 185
- Définition dans le cadre de l'UE : 144
- Système : 222

Droits de l'homme : 15, 192, 556, 677, 710.

Droits sociaux : 6, **10**.

- Classification : 384
- Droits-créances, 139, 677

Droits subjectifs : 107, 110, 123, **125** et s., **137**, 231.

DWORKIN, Ronald : 22, 48, 128, 130, 424.

Effectivité : 61, 162, 172.

- subjective et objective (Définition) : 3, 76
- horizontale et verticale : 233
- directives : 253, **268**.
- droit international : 723.

Egalité (v. Non-discrimination)

Etude d'impact : 446 et s.

Equilibre : 48, 369, 472.

- budgétaire : 523
- entre les droits, v. Proportionnalité
- institutionnel : 99, 504

Etat : 62.

- Etat de droit : 471, 556
- Etats membres de l'UE : 32, 239
- garant : 322 et s.
- ordre juridique : 691 et s.
- social : 6, 467
- souveraineté : 57, 59

Fait : 135, 157, 162.

- et normativité : 163.

Fondation : 3, 17, **18 et s.**, **27**, 128, 312, 328, 422, 600, 712.

Formation : 518 et s.

Grève (droit de) : **588 et s.**, 637.

HABERMAS, Jürgen : 57, 551, 571.

HAYEK, Friedrich August : 12, **39**, 59.

Hyper-constitutionnalisation : 543.

Identité : 17, 30, 99, 386, 602, 637.

- constitutionnelle : 614, 623.
- non-identité entre texte et norme : 68, 156.
- v. aussi Reconnaissance

Indivisibilité des droits, v. Droits fondamentaux (système de)

JELLINEK, Georg : **142**, 174.

Justiciabilité : 62, 106, 107.

- et indivisibilité des droits : 655, 678
- et invocabilité : **114**, 223, **340**

KELSEN, Hans : 20, 50, 155, 424, 602.

Liberté : 6, 73, **137**, **141**.

- Autonomie privée : 262 et s.
- Conception de Hayek : 40
- Droits-libertés / Libertés publiques : 14, 66, 139
- Néo-libéralisme : 455, 641

Libre circulation : 59, 85, 118.

- des marchandises : 302
- des Travailleurs : 303, 330, **509 et s.**
- des personnes, v. « citoyenneté »
- des prestations de services : 579, **592**

Loi : 426 et s.

Marge d'appréciation : 220, **254**, 564, 593, 627, 672, 722, 783.

MÜLLER, Friedrich : 68, **150 et s.**, **164 et s.**, 573.

Non-discrimination : 289, 387, 668.

- Âge : 188 et s.
- Handicap : 116, 123, 296, 388, 485, 700
- Sexe : 55, 90

Objectifs

- de l'UE : 23, 114, **132**
- légitimes de justification : 186 et s.

ONU : 62, 102, 493, 719, 731.

Organisation internationale du travail (OIT) : 8, 92, 161, 191, 401, 717, **725**.

Ouverture mutuelle : **608**, 655, 732.

Personnalité (et Personne) : 15, 30, **33**, 73, 84, **142 et s.**, 171, 316, 324.

Principe : 25, 48, 70, **125 et s.**

- Principes généraux du droit de l'UE : 83 et s., 208

Règle : **125 et s.**

Relation : 142, **175 et s.**

Responsabilité sociale des entreprises : 738 et s.

ROMANO, Santi : 602.

SCHMITT, Carl : 43, 424.

Service d'intérêt économique général (SIEG) : 397 et s.

Soft Law : 172.

- Cadre théorique : 743
- Processus législatif : 443
- V. aussi « Responsabilité sociale des entreprises »

Solidarité : 10, 49, 73, 106, **317 et s.**, 537.

SUPIOT, Alain : 8, 30, 41, 328, 331, 384, 449, 577, 653, 750.

Temps de travail : 120, 259, 332, 393, 494, **688**.

- Définition : 689
- Forfait : 688

Valeurs : 17, 23, **28**.

- Système objectif de : 46, 72, **324**, 784.
- Tyrannie des : 43

Table des matières

Remerciements 7
Liste des principales abréviations 9
Sommaire 11
Résumé 13
Résumé en anglais 14
Liste des schémas et des tableaux 15
Introduction 17
Section 1 : La notion de droits sociaux fondamentaux 21
§1. La difficile définition 21
A. La manifestation des droits sociaux fondamentaux en Europe 22
B. Droits « sociaux » et « fondamentaux » 25
1. Des droits « sociaux » 25
2. Des droits « fondamentaux » 27
§2. La nécessaire fondation 30
A. La démarche « fondationnelle » 30
1. L'impossible auto-fondation 30
2. L'esquisse d'une hétéro-fondation 32
B. La fondation idéelle des droits sociaux fondamentaux 36
1. La dimension sociale de la dignité humaine 37
a. La conception de la dignité humaine chez Kant 38
b. La dignité comme forme digne de vie 39
2. Critiques des droits sociaux fondamentaux 41
a. Critiques de philosophie sociale 41
b. Critiques de philosophie du droit 43
i. La tyrannie des valeurs 43
ii. Le respect de la démocratie 45
Section 2 : L'application des droits sociaux fondamentaux 47
§1. L'asymétrie persistante 48
A. La lente marche de l'Europe sociale 48
B. Le tournant de « l'Europe antisociale » ? 50
§2. Une analyse méthodique 54
A. La méthode trilogique en droit international des droits de l'homme 54

1. L'obligation de respecter le droit 55
2. L'obligation de protéger le droit 55
3. L'obligation de réaliser le droit 55
B. La méthode « concrétiste » 57
1. Un processus créateur de normes 57
2. L'analyse structurelle englobant les effets subjectifs et objectifs 59
Première partie Les effets subjectifs des droits sociaux fondamentaux 61
Titre Un La protection des droits sociaux fondamentaux 65
Chapitre Un La soumission progressive de l'UE au respect des droits sociaux fondamentaux 67
Section 1 : La prise en compte des droits sociaux fondamentaux dans l'UE 68
§1. La reconnaissance jurisprudentielle : une protection médiate des droits fondamentaux 68
A. La nécessaire consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux 69
1. Les principes généraux du droit au service de l'introduction des droits fondamentaux 69
B. Le statut ambigu des droits fondamentaux avec la qualification de principe général 79
1. La très grande variété de principes généraux du droit 79
2. Les droits (sociaux) fondamentaux qualifiés en principe général du droit 83
§2. La proclamation par le droit primaire : la Charte des droits fondamentaux de l'UE 85
A. L'inclusion contestée des droits sociaux dans la Charte 86
1. L'enjeu politique de la Charte 86
2. La rédaction de la Charte 89
B. Le protocole n°30 du Traité de Lisbonne relatif à l'applicabilité de la Charte ... 91
1. Une tentative de limiter la portée de la Charte et des droits sociaux fondamentaux 92
2. L'interprétation stricte du protocole n°30 par la Cour de justice 95
Section 2 : Une éventuelle reconduction de la protection duale des droits fondamentaux 96
§1. La réception juridique de la distinction entre « droits et principes » 97
A. Les premières tentatives de théorisation 97

1. Les Explications de la Charte 97
2. L'appréciation doctrinale de l'interprétation textuelle 100
B. L'hésitation de la Cour de justice 101
1. Une jurisprudence encore largement silencieuse sur la distinction 102
2. Un timide essai en matière de droits des personnes handicapées 105
§2. La nécessité d'une méthode nouvelle 106
A. Le lien conceptuel entre « principe » et « droit subjectif » 107
1. Différentes acceptions du « principe » juridique 107
2. La recherche du sens le plus cohérent pour le droit de l'UE 111
B. Les droits fondamentaux comme principes porteurs de droits subjectifs 115
1. Le lien historique entre droits fondamentaux et droits subjectifs 115
2. L'analyse structurelle des droits sociaux adaptée au contexte de l'UE 118
a. A propos de deux précurseurs : Hohfeld et Jellinek 118
b. L'analyse structurelle des droits sociaux fondamentaux de l'UE 121
Conclusion du Chapitre Un 123
Chapitre Deux La protection concrétiste des droits sociaux fondamentaux 125
Section 1 : La méthode pour concrétiser les droits sociaux fondamentaux 126
§1. L'héritage de la théorie de F. Müller : la concrétisation comme processus normatif 126
A. La théorie structurante du droit 126
1. L'aspect statique de la théorie structurante : « les mots et les choses » 127
2. L'aspect dynamique de la théorie structurante : une théorie constructiviste . 130
B. La « concrétisation » vue à travers le droit de l'UE 132
1. Une concrétisation principalement « programmatique » 132
2. La normativité des faits ? 135
a. Les divergences entre R. Alexy et F. Müller 135
b. L'élément factuel dans l'application concrétiste 137
§2. La concrétisation programmatique générale des droits sociaux fondamentaux ... 139
A. Les catégories relatives à l'effectivité des droits fondamentaux 140
1. La concrétisation par échelle d'effectivité 140
2. Revisiter la structure des droits fondamentaux sous l'angle relationnel 143
B. Les catégories relatives à la limitation des droits fondamentaux 145
1. Le champ d'application des droits sociaux fondamentaux de l'UE 145

2. La réserve générale d'ingérence législative 148
Section 2 : L'application concrétiste à l'œuvre : l'exemple de la non-discrimination fondée sur l'âge 153
§1. La concrétisation programmatique de la non-discrimination fondée sur l'âge 155
A. La non-discrimination fondée sur l'âge vue à travers les sources 155
1. La non-discrimination fondée sur l'âge en tant que droit subjectif 156
2. La non-discrimination fondée sur l'âge concrétisée par la directive 2000/78 159
B. La non-discrimination fondée sur l'âge vue à travers sa structure 161
1. L'âge comme critère prohibé 161
2. La discrimination comme objet d'interdiction 163
3. Le principe comme mode d'expression normatif de l'interdiction 169
§2. La concrétisation circonstancielle de la non-discrimination fondée sur l'âge 170
A. Les faits limitant l'exigence de non-discrimination 170
1. Les objectifs légitimes admis à la justification 171
2. les tests mis en place pour le contrôle de proportionnalité 173
B. Les faits soumis à la protection de la non-discrimination fondée sur l'âge 176
1. L'extension du champ d'application 176
2. Le renforcement des obligations de protection de l'État 178
Conclusion du Chapitre Deux 179
Conclusion du Titre Un 180
Titre Deux La garantie des droits sociaux fondamentaux 183
Chapitre Un Les incertitudes dans l'actuelle doctrine de l'effet direct 185
Section 1 : Une doctrine cohérente de base sur l'effet direct 187
§1. Les fondements de l'effet direct horizontal 187
A. L'effet direct horizontal provenant de l'impérativité générale du droit de l'UE 187
1. De la consécration de « l'effet direct »… 188
2. … à la reconnaissance de « l'effet direct horizontal » 190
B. L'effet direct horizontal provenant de l'impérativité particulière de certaines normes de l'UE 192
1. Le cas spécifique de l'égalité de traitement entre hommes et femmes 193
2. L'appréciation des nouveaux arguments : le caractère fondamental de la norme 193

§2. L'emploi spontané d'une méthode concrétiste pour construire l'effet direct horizontal 196
A. Les conditions assouplies de l'effet direct (horizontal) 197
1. L'énonciation abstraite des conditions de l'effet direct (horizontal) 197
2. L'application assouplie des conditions de l'effet direct (horizontal) par la Cour 198
B. La reconnaissance logique de l'effet direct horizontal des droits sociaux fondamentaux 199
1. L'application des droits sociaux fondamentaux dans les relations privées 199
2. La différence dogmatique (initiale) entre l'UE et ses Etats membres en matière d'effet direct horizontal des droits fondamentaux 201
a. L'effet direct horizontal des droits fondamentaux face à l'autonomie privée 202
b. La CJCE ignorant la distinction entre public et privé pour sauvegarder l'effectivité du droit communautaire 204
Section 2 : Une « superstructure » complexifiée 205
§1. L'introduction des facteurs d'incohérences : « L'effet utile » des directives 206
A. « L'effet utile » des directives 206
1. L'effet utile commun à toutes les directives 207
2. Un emploi radical de la méthode concrétiste 208
B. Le triple remède à l'absence de l'effet direct horizontal des directives 210
1. L'obligation d'interprétation conforme 210
2. La conception large de « l'Etat » 211
3. La responsabilité étatique pour non-respect du droit de l'UE 213
§2. Des incertitudes renouvelées: l'effet direct (horizontal) des principes généraux de droit et des droits fondamentaux 214
A. L'approche *Mangold/Kücükdeveci* 214
1. Le principe général du droit comme source de l'effet direct horizontal 215
2. Les relations entre principe général du droit et directive 216
3. L'effet direct horizontal *de facto* d'une directive 217
B. Les hésitations face à l'argumentation fondée sur les principes généraux du droit 218
1. Sur l'existence d'un principe général du droit 218

a. L'hésitation à étendre l'approche *Mangold/Kücükdeveci* 219
b. La distance gardée avec la Charte des droits fondamentaux 222
2. Sur l'effet direct horizontal des principes généraux du droit 223
a. Les critiques de l'effet direct horizontal des principes généraux du droit . 224
i. L'ingérence du juge dans le champ politique 224
ii. L'atteinte à la sécurité juridique 225
b. Les arguments soutenant l'effet direct horizontal des principes généraux du droit 225
§3. Une éventuelle différence de traitement des droits économiques et sociaux 227
A. La réaffirmation de la doctrine de base en matière de libertés économiques 227
B. L'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux atténué par le raisonnement formel 229
Conclusion du Chapitre Un 233
Chapitre Deux La garantie concrétiste des droits sociaux fondamentaux 235
Section 1 : La concrétisation générale de la garantie des droits 236
§1. L'appréciation des rapports entre les personnes privées 237
A. Le rapport triangulaire impliquant « l'Etat-garant » 237
1. L'Etat garant des droits fondamentaux entre personnes privées en droit interne 238
2. L'Etat-garant au-delà de l'effectivité des directives en droit de l'UE 240
B. L'existence d'un pouvoir privé capable de porter atteinte aux droits fondamentaux 241
1. Le pouvoir privé normatif 242
2. Le pouvoir privé de fait 243
§2. La graduation de l'effectivité des droits sociaux fondamentaux dans les relations privées 246
A. La concrétisation structurelle de l'effectivité réelle des droits fondamentaux .. 246
1. Des débats doctrinaux esquissant une échelle subtile de l'effectivité des droits fondamentaux dans les relations privées 246
a. La typologie d'invocabilité du P^r^ Simon 246
b. L'échelle d'effectivité issue des débats anglais 248
i. Les deux propositions influentes en droit anglais 248
ii. L'esquisse d'une catégorisation exhaustive 251

2. La justification de chaque degré d'effectivité 252
a. L'absence d'effet horizontal quelconque 252
b. L'effet produit par une valeur facultative intervenant dans le champ du droit 254
c. L'effet produit par une valeur obligatoire intervenant dans le champ du droit 254
d. L'effet produit par une règle obligatoire intervenant dans tout le champ du droit 256
e. L'effet direct horizontal 256
B. Des décisions de justice résistant à l'extrême complexification des effets horizontaux 258
1. La solution en droit allemand 258
a. La reconnaissance de l'effet direct horizontal 258
b. La reconnaissance par la Cour constitutionnelle fédérale de l'effet horizontal indirect 259
2. La solution en droit anglais 260
§3. La reconnaissance souhaitable de la garantie des droits (sociaux) fondamentaux dans les relations privées 263
A. La reconnaissance souhaitable de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux 263
1. La raison technique 264
2. La raison pragmatique 264
B. D'éventuelles conséquences de la concrétisation du rapport « horizontal » 266
1. La « privatisation » du principe de proportionnalité 266
2. L'émergence des devoirs individuels 267
Section 2 : La concrétisation spécifique des droits de « solidarité » 269
§1. Les droits de « solidarité » pouvant imposer un devoir aux personnes privées 270
A. Les droits en matière de reconnaissance sociale 270
1. L'interdiction des discriminations fondées sur l'appartenance à une catégorie de la population 271
2. L'effectivité éventuellement plus faible des droits favorisant l'expression publique des minorités 272
B. Les droits en matière d'agir commun 273

1. Les droits sociaux fondamentaux relatifs à l'agir collectif 273
2. Les droits sociaux fondamentaux en faveur d'une juste division du travail .. 275
§2. Les droits de solidarité imposant des devoirs principalement aux pouvoirs publics 276
A. Le droit d'accès aux services d'intérêt économique général 276
1. Un service d'intérêt « économique » 276
2. L'état précoce des services d'intérêt économique général dans l'UE 278
B. Les services publics de l'emploi 279
1. Un droit social fondamental issu des traditions de non-marchandisation du travail 279
2. La condamnation des monopoles étatiques de service gratuit de l'emploi 280
C. Le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et de protection sociale 282
1. Des débats axés sur la protection des libertés économiques : l'exemple des soins transfrontaliers 283
2. Le respect du principe de solidarité nationale 286
Conclusion du Chapitre Deux 290
Conclusion du Titre Deux 291
Conclusion de la Première Partie 292
Deuxième partie Les effets objectifs des droits sociaux fondamentaux 293
Titre Un Le commandement des institutions 297
Chapitre Un Les obligations législatives 299
Section 1 : Les contraintes dans le processus législatif 301
§1. Les obligations procédurales encore relativement « souples » 303
A. Le respect des droits (sociaux) fondamentaux déclaré de manière abstraite et générale 304
1. Les textes imposant de manière générale le respect des droits fondamentaux au législateur 304
a. La portée des accords interinstitutionnels cantonnée au plan politique 304
b. Les dispositions générales dans les Traités : l'exemple de « *Gender Mainstreaming* » 308
2. Les règlements internes de chaque institution participant à la législation 311
B. Le rôle actif de la Commission 313
1. L'utilisation des études d'impact 313

a. L'évaluation *ex post* de l'impact des activités de l'UE sur les droits fondamentaux 315
b. L'évaluation *ex ante* de la loi à la lumière des droits fondamentaux 316
2. L'identification des priorités 318
a. Le contexte socio-économique nécessitant une nouvelle légitimation en matière sociale 319
b. D'éventuels effets d'un nouveau « socle » de droits sociaux 321
§2. La justification des obligations procédurales 322
A. La revalorisation de la légistique comme l'élément de la rationalité dans la législation 323
1. La tradition de la « légistique » centrée sur la rédaction des textes juridiques 323
2. La renouveau de la légistique sous l'influence des droits (sociaux) fondamentaux 325
1. Des procédés pouvant être contrôlés par le juge 327
2. Le risque d'instrumentalisation d'un éventuel passage au droit de l'UE 331
Section 2 : Des contraintes éventuelles sur la liberté substantielle du législateur 335
§1. L'omission législative 336
A. La systématisation du régime de l'omission législative 336
1. Les différents types de l'omission législative 336
a. Omission législative et incompétence négative 337
b. Omissions réelle et apparente 338
c. Omissions intrinsèque et extrinsèque 339
2. La sanction de l'omission législative 341
1. Le fondement du contrôle juridictionnel de l'omission législative 343
2. Une obligation déduite de la protection des droits (sociaux) fondamentaux . 344
§2. L'existence d'un principe de non-régression en matière de droits sociaux ? 346
A. L'absence de principe de non-régression en général 346
1. Un principe surtout défendu en droit de l'environnement 346
2. Un principe latent en matière de droits sociaux 347
B. Le principe de protection de la confiance légitime 350
1. L'utilisation en faveur de la protection des droits sociaux 351
2. L'utilisation en dépit des droits sociaux 352

Conclusion du Chapitre Un 354
Chapitre Deux L'orientation du juge 355
Section 1 : L'application extensive des droits sociaux fondamentaux 357
§1. L'extension des bénéficiaires avant la création de la citoyenneté européenne 358
A. Le droit du travailleur et de sa famille : un privilège fonctionnel 358
1. Des bénéficiaires ayant un statut *sui generis* 359
a. L'interprétation extensive des formes de travail 360
b. L'interprétation extensive du travail subordonné en tant que tel 362
2. L'extension justifiée par le caractère fondamental du droit 363
B. L'extension du droit de libre circulation aux personnes non actives 366
1. L'extension du champ d'application 366
2. Les limites de l'extension 368
a. La limitation du champ d'application : une théorie de l'abus ? 368
b. La limitation par l'identification des exceptions 370
§2. L'extension hésitante de l'égalité de traitement entre les citoyens 371
A. L'inconstance dans l'extension de l'égalité entre citoyens européens 372
1. Un début de concrétisation extensive 372
a. Le « statut fondamental » de citoyen européen 372
b. L'exigence d'un examen concret des exceptions 373
i. La pluralité des liens identifiés 374
ii. L'appréciation du lien d'intégration 375
2. L'abandon de la concrétisation circonstancielle extensive ? 377
a. Le recul devant l'égalité entre les citoyens non-actifs 377
i. La « charge déraisonnable » facilement constatée 377
ii. L'abandon de l'appréciation concrète et individuelle. 380
b. L'approche abstraite et fragmentaire du statut de citoyen 381
B. L'inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux 383
1. Un champ d'application restreint de la Charte des droits fondamentaux 383
2. Une intégration encore principalement fondée sur le marché commun 386
C. La proposition d'une concrétisation conforme aux droits fondamentaux de l'UE 387
Section 2 : L'utilisation du principe de proportionnalité 392
§1. L'application souhaitable du principe de proportionnalité 392

A. La proportionnalité dans la limitation des droits fondamentaux 393
1. L'origine moderne du principe de proportionnalité 393
2. L'introduction du principe de proportionnalité en droit de l'UE 394
B. Un élément méthodique dans la concrétisation des droits fondamentaux 397
1. L'adéquation structurelle dans la concrétisation des droits fondamentaux 398
2. Les critiques de l'application du principe de proportionnalité aux droits fondamentaux 401
a. La critique fondée sur l'incommensurabilité des droits 402
b. Les alternatives au principe de proportionnalité 405
§2. La juste application du principe de proportionnalité 407
A. La réduction de la proportionnalité à une analyse économique 407
1. Un risque avéré en matière de libertés de circulation 407
a. La proportionnalité en tant que technique d'efficacité 408
b. Un langage d'efficacité 410
2. Un risque nuancé en matière de droits fondamentaux 411
a. La participation du principe de proportionnalité à la normativité dogmatique 412
b. La recherche du juste équilibre 413
B. La norme de référence en déséquilibre 414
1. Le déséquilibre manifesté dans l'absence de concrétisation des droits sociaux 415
a. La dénégation de la valeur intrinsèque du droit d'action collective 415
b. La norme de référence manifestement déséquilibrée 418
2. La reformulation de la norme de référence 420
a. La présence latente d'une norme plus équilibrée 420
b. La confrontation entre droits sociaux fondamentaux 422
Conclusion du Chapitre Deux 423
Conclusion du Titre Un 424
Titre II – Ordonner les ordres juridiques 427
Chapitre Un – L'articulation de la protection en Europe 431
Section 1 : Le dialogue entre l'UE et ses Etats membres 432
§1. L'émergence d'une doctrine européenne d'« ouverture mutuelle » ? 433
A. La position de la Cour constitutionnelle fédérale allemande 435

1. La consolidation progressive de la doctrine *Solange* 435
2. L'application affinée aux droits sociaux fondamentaux 438
B. Une diversité persistante dans les Etats membres 442
1. Des approches relativement éloignées de l'« ouverture mutuelle » 442
i. La QPC apportant de l'eau au moulin des rapports de systèmes 442
ii. Ordres et désordres pour les droits sociaux fondamentaux 446
2. Des cas plus proches d'une « ouverture mutuelle » 449
§2. L'absence du juge de l'UE dans le dialogue 452
A. Des mesures sociales renvoyant à une compétence nationale 452
1. Une réticence à appliquer la Charte en matière sociale 452
2. Une réticence fortement contrastée avec le domaine des droits civils et politiques 454
B. Des mesures impliquant indirectement le droit de l'UE : l'exemple de la crise financière 457
1. Les incidences des mesures anti-crises sur les droits sociaux 458
i. Le cadre juridique pour la gestion de la crise économique 458
ii. Un cadre transformant des modèles sociaux en Europe 461
2. Une alliance manquée entre les juges en temps de crise économique 466
i. Refus de la Cour de justice d'apprécier les mesures issues des plans d'austérité 466
ii. Actions des juges constitutionnels nationaux en temps de crise 471
Section 2 : L'UE et le Conseil de l'Europe 473
§1. L'UE et la Convention européenne des droits de l'homme 474
A. Des échanges spontanés allant vers une « ouverture mutuelle » 474
1. La construction d'une jurisprudence de reconnaissance 474
a. La réception de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de justice 475
b. La reconnaissance par la Cour EDH de la protection des droits fondamentaux par l'UE 478
2. Des influences réciproques en matière sociale 479
a. La complémentarité en matière des droits sociaux 479
b. Des points de contact aléatoires entre les deux ordres juridiques 481
B. Un dialogue doublement limité en matière sociale 483

1. Limitation du champ matériel 483
a. Le début prometteur de la jurisprudence sociale de la Cour EDH 483
b. Les limites inévitables de la jurisprudence sociale de la Cour EDH 486
2. Les limites institutionnelles : l'interruption du processus d'adhésion de l'UE à la Conv. EDH 488
a. Premier « veto » de la Cour de justice concernant l'adhésion 488
b. Second « veto » de la Cour de justice centré sur l'autonomie du droit de l'UE 490
§2. L'UE et la Charte sociale européenne 492
A. L'opposition ouverte avec le droit de l'UE 493
1. Le refus de reconnaître une présomption du droit de l'UE à la CSE 493
a. Le contrôle « médiat » des normes de l'UE par le CEDS 494
b. La divergence des systèmes de valeurs justifiant l'absence de reconnaissance présumée 496
2. La défense des droits sociaux fondamentaux en temps de crise 498
a. Maintien du contrôle dans l'objectif de lutter contre la pauvreté 498
b. La défense de l'effectivité concrète des droits sociaux fondamentaux 499
B. L'absence d'institutionnalisation des règles d'articulation 501
1. Le manque actuel de règles d'articulation 501
a. Les rencontres entre la Charte sociale européenne et l'UE 501
b. Le simple statut de source d'inspiration 503
2. Des actions politiques en faveur de l'institutionnalisation des rapports entre les deux ordres 504
a. Le processus de Turin pour l'avenir de la Charte sociale européenne 504
b. Vers l'adhésion de l'UE à la Charte sociale européenne ? 506
Conclusion du Chapitre Un 507
Chapitre Deux Le développement d'une protection universelle 509
Section 1 : Les moyens traditionnels en droit international 510
§1. La protection conventionnelle des droits (sociaux) fondamentaux 511
A. L'inclusion des droits fondamentaux dans les conventions de portée générale 511
1. Les clauses « droits de l'homme » dans les accords avec les pays tiers 512
2. Les « clauses sociales » 516

B. La conclusion de conventions internationales en matière de droits fondamentaux 520
1. L'adhésion effective à une convention internationale 520
a. La ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées 520
b. L'effectivité limitée des conventions internationales conclues par l'UE ... 524
2. Les tensions existantes entre l'UE et l'OIT 527
a. Le statut particulier de l'UE dans l'OIT 527
b. Les divergences entre l'UE et l'OIT 529
§2. Les obligations résultant des coutumes, principes généraux et *jus cogens* 532
A. Le contrôle de la conformité du droit de l'UE aux droits de l'homme internationaux 533
B. L'affirmation d'une protection régionale autonome des droits de l'homme 535
Section 2 : La formation « souple » d'un *jus commune* ? 538
§1. Les droits sociaux fondamentaux véhiculés par la RSE 539
A. La RSE d'avant sa rencontre avec les droits sociaux fondamentaux 539
1. La RSE comme une démarche volontaire de gestion 539
2. La recommandation de certaines organisations internationales 541
3. Une diffusion favorisée par le *soft law* 543
B. L'insuffisance de la seule RSE dans la protection des droits fondamentaux 546
1. L'amélioration des codes de conduites par les droits sociaux fondamentaux 546
a. Des efforts engagés sur la scène internationale 546
b. Des efforts du côté de l'UE 548
2. Un regard rétrospectif révélant l'insuffisance de la RSE 549
§2. La « densification » du droit souple par le droit de l'UE 552
A. L'invention de nouvelles actions normatives publiques 552
1. Mesure de transparence : la divulgation d'informations non financières 553
2. Mesure de vigilance : une responsabilisation renforcée 555
B. La mise en œuvre effective des actions normatives privées 558
1. Le développement des accords-cadres internationaux 558
2. L'application des accords-cadres internationaux 562
a. La qualification des accords-cadres internationaux 562
b. D'éventuels rattachements spécifiques en matière d'ACI 565

c. La prise en compte de la spécificité des droits sociaux fondamentaux 567
Conclusion du Chapitre Deux 570
Conclusion du Titre Deux 571
Conclusion de la Deuxième Partie 572
Conclusion 573
Bibliographie 581
Table des décisions de justice 619
Comité européen des droits sociaux 619
Cour EDH 619
Cour de justice de l'Union européenne 620
Juridictions allemandes 627
Juridictions françaises 627
Juridictions italiennes 628
Tribunal de l'UE 628
Index 629
Table des matières 633
Résumé 648
Résumé en anglais 648

Linxin HE

Droits sociaux fondamentaux et Droit de l'Union européenne

Résumé

Dans les tempêtes actuelles des crises économique, migratoire et nationaliste, la consolidation de l'UE semble dépendre plus que jamais de son attachement réel à la démocratie, à l'Etat de droit, au respect de la dignité humaine et à sa dimension sociale. Si la fondation de l'UE à travers ces principes ne fait plus de doute aujourd'hui au regard de son droit primaire, leur signification, ou plus précisément leur application, paraît encore entachée de contradictions dans les pratiques des institutions européennes. L'application des droits sociaux fondamentaux constitue l'un des défis majeurs dans cette constellation. En effet, « l'Europe sera sociale ou ne sera pas ». Cependant, bien que ces droits soient proclamés par l'UE et de nombreux ordres juridiques tant en Europe que dans le monde entier, ils restent souvent perçus comme des droits de la seconde zone par opposition aux droits civils et politiques. Pour expliquer et réagir à cette situation, notre thèse propose une analyse qui combine les aspects théorique et méthodologique du sujet. En adoptant une approche « concrétiste », nous tenterons de montrer que ces droits sont loin d'être les fruits d'une simple intention politique. Tout au contraire, ils ont vocation à structurer le Droit de l'UE : ils confèrent non seulement des droits subjectifs aux particuliers, mais forment aussi un système objectif de valeurs qui détermine le développement de ce Droit.

Résumé en anglais

In the present storms of economic, immigration and nationalist crises, it seems that the strengthening of the EU depends more than ever on its commitment to democracy, rule of law, respect for human dignity and its social dimension. If it is no longer doubtful that the EU is founded by these principles through its primary law, their signification – or more exactly their implementation – is still disturbed by the contradictions in the practices of European institutions. The implementation of fundamental social rights is one of the major challenges in this situation. Indeed, "Europe will be social or there shall be no Europe". Although these rights are proclaimed by EU law and other legal systems in Europe and around the world, they are still treated as rights of a secondary zone, in contrast with civil and political rights. In order to study this contrast, my thesis proposes a theoretical and methodological approach. By using a "concretistic" method, this thesis would argue that these rights cannot be reduced to political declarations. On the contrary, they have the mission to structure EU law, since they not only vest individuals with rights, but also constitute an objective system of values which determines the development of EU law.