

Un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière : l'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne à la lumière de l'arrêt *Association de médiation sociale* (CJUE, grande chambre, 15 janvier 2014, aff. C-176/12)

L'arrêt *Association de Médiation sociale*, rendu par la Grande Chambre de la Cour de justice le 15 janvier 2014¹, est l'occasion pour la Cour de revenir sur une question qui présente l'étrange paradoxe d'être à la fois classique et « glissante », tant elle échappe à l'observateur dès que l'on croit la saisir : celle de l'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne.

Le litige au principal était un litige entre, d'une part, un employeur privé – en l'occurrence, une association dédiée à la médiation sociale, la prévention de la délinquance et la réinsertion professionnelle – et, d'autre part, un syndicat et un employé de cette association. Le litige soulevait la question de savoir si la législation française, qui exclut les employés titulaires d'un contrat aidé du calcul des effectifs de l'entreprise pour déterminer les seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel (art. L. 1111-3 du code du travail) était compatible, d'une part, avec la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne², et, d'autre part, avec l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux, ainsi libellé : « *les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales* ».

¹ CJUE, grande chambre, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12.

² JOUE n° L 80 du 23 mars 2002, p. 29.

On peut aisément concevoir l'importance de cette question en termes de protection des travailleurs. Une interprétation de la notion d'effectif comme excluant certains types de contrats de travail est évidemment de nature à nuire gravement à l'effectivité du droit à l'information et à la consultation. Surtout dans des structures telles que celle en cause au principal qui, en raison de sa mission même de réinsertion professionnelle, emploie une écrasante majorité de ses salariés sous forme de contrats aidés (d'après les conclusions de l'avocat général, entre 120 et 170 « contrats d'accompagnement dans l'emploi » contre... 8 CDI !). Cela explique que cet arrêt a été largement commenté par la doctrine travailliste³.

La réponse de la Cour ne peut qu'être extrêmement frustrante pour le syndicat et l'employé, défenseurs au principal. Elle reconnaît en effet que la législation française est incompatible avec le droit de l'Union mais, dans le même temps, elle affirme que cette incompatibilité ne saurait être invoquée dans le cadre d'un litige entre personnes privées, ce qui est le cas en l'espèce.

Le raisonnement de la Cour, en la matière, souffle le chaud, le froid et... le tiède, en une curieuse danse intellectuelle. La Cour commence en effet par estimer que la directive 2002/14 ne saurait être invoquée dans un litige entre particuliers pour écarter l'application d'une norme nationale contraire. Cette solution pourrait sembler sans grand intérêt tant elle semble s'inscrire dans une jurisprudence classique et solide. Un premier pas « sur place », en quelque sorte. Pour autant, son analyse n'est pas vaine tant sur ce point l'arrêt contribue à éclaircir enfin une question qui n'avait jamais fait l'objet d'une réponse claire dans la jurisprudence de la Cour (I). La Cour conclut ensuite à l'absence d'invocabilité de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux dans le cadre d'un litige entre personnes privées, motif pris de son absence d'effet direct. Cette deuxième affirmation est d'un intérêt capital. D'un côté la Cour affirme clairement l'invocabilité horizontale de principe de la Charte des droits fondamentaux (c'est le « pas en avant » - II). Mais d'un autre côté, elle limite aussitôt cette avancée en la soumettant à la condition que les droits fondamentaux en question soient dotés de l'effet direct. Or, dans la mesure où les dispositions

³ Cf. not. : Friederich R., « Exclusion des contrats aidés et d'apprentissage du calcul des effectifs de l'entreprise : analyse d'un acte manqué », *LPA*, 3 avril 2014, n° 67, p. 11 ; Milchior R. et Pujol E., « Droit social européen-Exclusion du calcul des effectifs de certains contrats aidés et invocabilité par des personnes privées des principes issus de la Charte des droits fondamentaux », *JCP S*, 8 avril 2014, n° 14, p. 32 ; Rodière P., « Un droit, un principe, finalement rien ? Sur l'arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014, Association de médiation sociale », *Semaine Sociale Lamy*, 22 avril 2014, n° 1618 ; Icard J., « De l'impuissance du droit social européen. A propos des règles de calcul des effectifs », *Droit social*, 2014, p. 408 ; Palli B., « Chronique une grande désillusion : le droit à l'information et la consultation des travailleurs à la croisée des chemins », *LPA*, 18 juin 2014, n° 121, p. 11.

sociales contenues dans la Charte semblent globalement dépourvues de cet effet direct, il s'agit clairement d'un fort recul de la part de la Cour, qui termine donc sa danse argumentaire par deux pas en arrière (III).

I- Un pas sur place (?) : l'invocabilité des directives dans les litiges entre particuliers

La Cour procède, à titre liminaire, à une interprétation de la directive tendant à vérifier la compatibilité du droit national avec cette dernière. Ce point est notable car, ce faisant, elle modifie l'ordre des questions préjudicielles posées par la Cour de cassation qui, fort logiquement, interrogeait d'abord la Cour sur l'invocabilité des normes européennes en présence avant de l'interroger sur le point de savoir si lesdites normes devaient être interprétées en ce sens qu'elles s'opposeraient à une législation nationale telle que l'article L. 1111-3 du code du travail. Cette inversion démontre que la Cour voulait absolument répondre à cette question de la compatibilité, ce qu'elle n'aurait pas pu faire si elle avait respecté l'ordre des questions préjudicielles. En effet, puisqu'elle conclut à la non-invocabilité des normes européennes en présence dans le cadre du litige au principal, la Cour n'aurait pu, si elle avait gardé la question de la compatibilité pour la fin, que la rejeter comme sans objet au regard de ses conclusions précédentes.

Sur cette question de la compatibilité, une conclusion dans le sens de l'incompatibilité du droit national avec le droit de l'Union s'imposait puisque la Cour de justice avait déjà jugé dans un arrêt *Confédération générale du travail* que les États membres ne sauraient, sans priver la directive d'effet utile, exclure une catégorie déterminée de personnes (en l'occurrence, les personnes titulaires d'un contrat aidé) du calcul des effectifs de l'entreprise aux fins de déterminer les seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel⁴.

Restait à déterminer si cette directive pouvait être invoquée dans un litige entre particuliers. Bien que la Cour admette sans difficulté que la disposition en cause de la directive est claire, précise et inconditionnelle (notamment grâce à la jurisprudence *Confédération générale du travail*), elle estime que « même une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne

⁴ CJCE, 2^{ème} chambre, 18 janvier 2007, *Confédération générale du travail e.a.*, C-385/05, point 34.

saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers » (point 36).

Cette conclusion, en soi, semble une pure et simple confirmation de la jurisprudence classique en vertu de laquelle « une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier » et, par conséquent, « une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne »⁵. L'on sait toutefois que cela n'interdit pas toute possibilité d'invocation d'une directive dans des différends entre particuliers.

D'une part, il se peut par exemple que la situation en cause soit « triangulaire », c'est-à-dire qu'elle implique non seulement les litigants privés mais également l'État. Ainsi, dans l'affaire *Smith & Nephew Pharmaceuticals*⁶, la Cour de justice a estimé que le titulaire d'une autorisation de mise sur le marché délivrée selon la procédure résultant d'une directive pouvait se prévaloir des dispositions de cette directive dans une procédure devant une juridiction nationale en vue de contester la validité d'une autorisation qui a été délivrée par l'autorité compétente à l'un de ses concurrents sur le fondement de cette même directive. En l'espèce, la solution a été rendue possible par le fait que l'État était indirectement concerné par cette situation puisque c'est lui qui avait délivré l'autorisation de mise sur le marché faisant l'objet de la contestation, l'agence nationale du médicament étant d'ailleurs défenderesse dans le litige au principal.

D'autre part et surtout, la Cour a jugé, dans son arrêt *Unilever*⁷, que cette jurisprudence ne s'applique pas en cas de non-respect d'une obligation de notification prévue par une directive, laquelle constitue un vice de procédure substantiel et entraîne l'inapplicabilité de la règle technique adoptée en méconnaissance de cette obligation.

Cette dernière solution pouvait sembler confirmer la déconnexion entre invocabilité d'exclusion et invocabilité de substitution⁸ que certains auteurs⁹ avaient pu déduire de l'arrêt *Linster* de la Cour de justice¹⁰. En d'autres termes, l'absence d'effet direct horizontal des directives interdirait simplement d'opposer une obligation à un particulier mais n'interdirait pas d'invoquer la directive contre une réglementation nationale dans le cadre d'un litige entre

⁵ CJCE, 26 février 1986, *M. H. Marshall*, aff. 152/84, point 48.

⁶ CJCE, 12 novembre 1996, *Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd*, aff. C-201/94, point 39.

⁷ Cf. notamment CJCE, 26 septembre 2000, *Unilever Italia SpA c. Central Food SpA*, aff. C-443/98.

⁸ Sur cette distinction, cf. not. Simon D., *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2001, points 290 s.

⁹ Cf. not. Dubos O., « L'invocabilité d'exclusion des directives : Une autonomie enfin conquise », *RFDA*, 2003, p. 568.

¹⁰ CJCE, 19 septembre 2000, *Linster*, aff. C-287/98.

personnes privées en vue de laisser ladite réglementation inappliquée – ce qui, il faut l’admettre, aurait des conséquences sensiblement identiques à l’invocabilité de substitution et priverait l’effet direct d’une grande partie de son utilité¹¹. La seule limite serait alors la même que dans les litiges contre l’Etat, à savoir qu’une directive ne pourrait pas être invoquée pour créer une *obligation* à la charge d’un particulier, ce qui n’empêcherait pas qu’elle puisse avoir des « *répercussions négatives* » sur un particulier¹².

Mais comme le fait remarquer R. Tinière, « *si cette forme d’invocabilité est souvent mise en avant par la Cour de justice dans les contentieux verticaux (opposants un particulier aux autorités publiques), elle n’a jamais été appliquée de façon explicite dans les litiges horizontaux, la Cour entretenant un certain flou en la matière* »¹³. La jurisprudence *Unilever*¹⁴ ne remet pas en cause cette observation. Il est vrai que dans cette affaire, on l’a vu, la Cour a accepté de faire jouer l’effet d’éviction dans un litige entre particulier à l’encontre d’une norme nationale adoptée en contradiction avec les prescriptions procédurales contenues dans une directive. Elle l’a fait cependant en insistant fortement sur le caractère procédural des obligations qui avaient été méconnues, et donc sur le fait que la directive en cause dans cette affaire¹⁵ « *ne défini[ssai]t nullement le contenu matériel de la règle de droit sur le fondement de laquelle le juge national [devait] trancher le litige pendant devant lui* »¹⁶.

Il faut également relever que, dans la période récente, il a pu sembler que la Cour resserrait le lien entre invocabilité d’exclusion et invocabilité de substitution.

Ainsi, dans l’arrêt *Küçükdeveci*¹⁷, il était notable que la Cour ait recours, sur le plan formel, au principe général de non-discrimination plutôt qu’à la directive 2000/78/CE portant création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail¹⁸ dans un litige entre particuliers où était en cause la compatibilité de la réglementation nationale avec la directive, ce qui est typique d’une hypothèse d’invocabilité d’exclusion. Il est vrai que cet

¹¹ Cf. sur cette question Prechal S., « Does Direct Effect Still Matter? », *CML Rev.*, 2000, p. 1047.

¹² Cf. not., résumant la jurisprudence de la Cour sur ce point concernant les litiges contre l’Etat : CJCE, 7 janvier 2004, *Wells*, aff. C-201/02, Rec. p. I-723, points 57 et 58

¹³ Tinière R., « L’invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF* 2014, chron. n° 14 (www.revuedlf.com).

¹⁴ Précitée.

¹⁵ Directive 83/189/CEE du Conseil du 28 mars 1983 prévoyant une procédure d’information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *JOCE* n° L 109 du 26 avril 1983, p. 8.

¹⁶ Point 51 de l’arrêt *Unilever*.

¹⁷ CJUE, grande chambre, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07.

¹⁸ JOUE n° L 303 du 2 décembre 2000, p. 16.

arrêt a pu cependant être également interprété comme un premier pas vers la reconnaissance d'une invocabilité horizontale d'exclusion des directives, l'intermédiaire normatif constitué par le principe général du droit n'étant dans ce cas qu'un simple « béquille » temporaire que la Cour aurait abandonné dès lors qu'elle aurait senti que les temps étaient mûrs pour consacrer une invocabilité horizontale d'exclusion des directives elles-mêmes¹⁹.

Dans un autre registre, et dans une affaire où n'était pas directement en cause l'applicabilité des directives à un litige horizontal, l'arrêt *Winner Wetten*²⁰ apporte d'instructives précisions, quoique fort ambiguës. En effet, dans cet arrêt, et alors que la Cour utilise pour la première fois, à notre connaissance, l'expression doctrinale « effet d'éviction », la Cour l'associe aux « règle[s] de droit de l'Union **directement applicable[s]** » (point 67 – accent rajouté). Or, un tel lien de dépendance entre effet direct et effet d'exclusion semble impliquer que l'absence d'effet direct empêche l'effet d'exclusion. Par conséquent, lorsqu'une norme de droit de l'Union européenne n'est dotée que d'un effet direct *partiel* – ce qui est le cas des directives, dotées d'un effet direct opposable seulement aux autorités publiques – la même logique amène à penser que l'effet d'éviction n'est lui-même possible que dans les configurations où l'effet direct s'applique, et est partant impossible dans les autres cas. Appliqué aux directives, ce raisonnement aboutit logiquement à rejeter l'effet d'éviction dans les litiges horizontaux. Le lien de dépendance entre effet d'éviction et effet direct ne pouvait cependant pas se déduire avec certitude de la lettre de l'arrêt *Winner Wetten*, dans la mesure où la Cour ne limite pas expressément l'effet d'éviction aux règles immédiatement applicables : elle se contente d'affirmer que ces dernières en sont dotées, ce qui n'est pas nécessairement exclusif des autres règles (celles qui ne sont pas immédiatement applicables)²¹.

L'arrêt ici commenté semble cependant confirmer l'absence d'invocabilité horizontale d'exclusion des directives. Le fait de réaffirmer l'absence d'invocabilité horizontale de la directive après avoir *expressément* relevé l'incompatibilité de la règle nationale avec la directive semble impliquer nettement que cette non-invocabilité horizontale s'étend à l'invocabilité d'exclusion. D'ailleurs, juste après avoir énoncé cette non-invocabilité horizontale de la directive, la Cour, envisageant d'éventuels palliatifs, n'étudie que l'éventualité d'une invocabilité

¹⁹ Cf. en ce sens : Simon D., « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ? », *Europe* 2010, étude n° 3.

²⁰ CJUE, grande chambre, 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06.

²¹ « (...) l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire à celle-ci ».

d'interprétation conforme²² – dont on sait qu'elle est possible même dans les litiges horizontaux²³ – et seulement pour conclure que cette invocabilité ne pouvait trouver à jouer *contra legem* comme c'était le cas dans l'affaire au principal. Le constat d'incompatibilité par la Cour s'en trouve neutralisé *in concreto* puisque le juge national ne saurait en tirer les conséquences en l'espèce. Certes, comme le relève la Cour plus loin dans l'arrêt, ce constat peut par contre permettre d'engager la responsabilité de l'Etat sur le fondement de la jurisprudence *Francovich*²⁴. Cela reste cependant un bien maigre lot de consolation au regard de la nature du droit invoqué et de celle du préjudice qui en résulte.

Par conséquent, la portée du précédent *Küküçdeveci* doit être comprise comme étant restrictive et limitative : ce n'est que dans la mesure où une directive « concrétise » une autre norme (en l'occurrence un principe général du droit) qu'elle peut être invoquée dans un litige entre particuliers. Pour autant, cette configuration, il faut le relever, n'est pas forcément rare : comme le remarque E. Dubout, « *en définitive, on pourrait envisager d'étendre l'invocabilité d'éviction horizontale des directives à toutes celles qui concrétisent une autre disposition du droit de l'Union européenne directement applicable, qu'elle provienne d'un principe général du droit, du droit primaire (on pense notamment aux libertés de circulation), ou même d'un règlement. De cette façon un nombre important de directives pourraient se trouver concernées accentuant d'autant la fracture contentieuse créée au sein de la catégorie* »²⁵. L'on se permettra ici surtout d'insister sur le net artifice que constitue le recours à l'intermédiaire normatif du principe général du droit dans une telle configuration. Ainsi, dans l'arrêt *Küküçdeveci*, juste après avoir affirmé qu'elle applique le principe général de non-discrimination et non la directive 2000/78²⁶, la première chose que fait la Cour est... d'utiliser expressément la définition du principe d'égalité de traitement contenue dans la directive²⁷ ! Par la suite, au stade de la recherche d'une éventuelle justification de la discrimination constatée, la Cour utilise une autre disposition précise de la directive, l'article 6§1²⁸, sans davantage se soucier de la cohérence entre cette mention expresse d'une disposition de la directive et l'affirmation selon laquelle c'est le principe général du droit,

²² CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. 14/83.

²³ CJCE, grande chambre, 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.*, aff. jtes C-397/01 à C-403/01, point 119.

²⁴ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci c. Italie*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90.

²⁵ Dubout E., « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le « bateau ivre » a-t-il sombré ? », *RTDE*, 2010, p. 277.

²⁶ Point 27 de l'arrêt *Küküçdeveci*.

²⁷ Point 28.

²⁸ Point 33.

et non la directive, qu'elle applique. C'est donc bien, quoiqu'elle s'en défende, à une utilisation de la directive dans un litige horizontal que procède la Cour, mais uniquement lorsque cette invocation horizontale est rendue possible dans le sillage de l'invocabilité horizontale d'une autre norme.

Restait alors la possibilité d'utiliser le même ressort que dans l'arrêt *Küçükdeveci*, à savoir : utiliser l'invocabilité horizontale du principe général concrétisé par la directive. Mais cette option conduit elle aussi, en l'espèce, à une impasse.

II- Un pas en avant : l'invocabilité de principe de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges entre particuliers

A priori, la question pourrait sembler simple, pour deux raisons : l'une tenant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'autre tenant à la jurisprudence de la Cour de justice elle-même.

Sur le premier point, il convient de rappeler que la Charte des droits fondamentaux, conformément à son article 52§3, doit être interprétée conformément à la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui inclut implicitement mais nécessairement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, de longue date, la Cour européenne des droits de l'homme a admis une sorte d'effet horizontal de la convention européenne des droits de l'homme, par le biais de la théorie des obligations positives. Il en résulte en particulier que les Etats doivent prendre toutes mesures pour s'assurer qu'un individu ne puisse pas porter atteinte aux droits d'un autre individu²⁹. Mais cet effet horizontal n'est qu'indirect puisque, en dernière analyse, c'est bien sur l'Etat que pèse l'obligation, dont l'exécution passe souvent par la mise en place d'un arsenal répressif destiné à lutte contre les violations « horizontales » des droits de l'homme. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme reste résolument une juridiction internationale « classique » en ce qu'elle exige simplement le respect de la Convention sans prescrire un moyen particulier de se conformer aux obligations qui en découlent. Tout autre est le droit de l'Union, qui prescrit justement à la charge des autorités nationales, et en particulier des juridictions nationales, des obligations spécifiques destinées à assurer l'effectivité du droit de l'Union en

²⁹ Cour EDH, plén., 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, req. n° 7601/76 et 7806/77, point 49.

droit interne, et notamment en matière d'invocabilité des normes de droit de l'Union dans le cadre des litiges nationaux.

La jurisprudence de la Cour de justice plaide cependant elle-même en faveur d'une invocabilité horizontale des droits fondamentaux, en particulier depuis les arrêts *Mangold*³⁰ et *Küçükdeveci*³¹. Dans ces deux arrêts, en effet, la Cour a admis l'invocabilité du principe de non-discrimination dans un litige opposant deux particuliers (un employeur et son employé). La question semblait donc réglée, sauf à considérer une exceptionnalité du principe de non-discrimination. Le problème est que cette solution est obscurcie par le fait que le principe de non-discrimination est, comme on l'a déjà mentionné ici, « concrétisé » en droit de l'Union par les différentes directives portant cadre général en matière de lutte contre la discrimination, lesquelles étaient précisément invoquées dans les affaires précitées et en particulier, dans les deux arrêts précités, par la directive 2000/78. En théorie, cela ne devrait pas interférer avec l'interprétation de ces solutions, puisque les directives sont elles-mêmes dénuée d'effet horizontal, comme le rappelle la Cour. Le seul effet que devraient avoir les directives serait alors de placer la situation (le litige) dans le champ d'application du droit de l'Union, permettant l'applicabilité des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union³² à compter seulement, toutefois, de la date d'expiration du délai de transposition³³.

Pour autant, il a pu être affirmé que l'invocabilité horizontale des droits fondamentaux était exclue en droit de l'Union. Un argument textuel, plus précisément un argument tiré d'un silence textuel, pouvait être invoqué à l'appui de cette conclusion. L'article 51 de la Charte, en effet, n'énumère, parmi les entités auxquelles la Charte s'adresse, que les institutions, organes et organismes de l'Union ainsi que les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Les particuliers ne sont pas mentionnés parmi les « débiteurs » des droits fondamentaux. Cela a pu conduire une partie de la doctrine³⁴ et certains avocats généraux³⁵ à douter de

³⁰ CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04.

³¹ Précité.

³² Cf. not. CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT)*, aff. C-260/89 ; article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; CJUE, grande chambre, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10.

³³ CJCE, grande chambre, 23 septembre 2008, *Bartsch*, aff. C-427/06.

³⁴ Cf. not. De Mol M., « Küçükdeveci: Mangold Revisited - Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law », *European Constitutional Law Review* 2010, n° 6, p. 302.

³⁵ Notamment l'avocat général Trstenjak dans ses conclusions présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire C-282/10 *Dominguez*, point 80.

l'opposabilité de la Charte à des particuliers. L'avocat général Cruz Villalón, concluant sur l'affaire *AMS*, écartait pour sa part cette lecture *a contrario* trop littérale.

En outre, les précédents *Mangold* et *Küçükdeveci* donnaient malgré tout l'impression que l'invocabilité horizontale du principe d'égalité dans ces deux affaires constituait en réalité une forme d'invocabilité indirecte de la directive elle-même, de sorte qu'une telle invocabilité horizontale ne serait possible que dans les hypothèses où le droit fondamental serait concrétisé par un texte³⁶. L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté n'était d'ailleurs pas très éloigné de cette configuration, puisque l'article 27 de la Charte pouvait être considéré comme concrétisé (*ex ante* en quelque sorte, puisque plusieurs années avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et donc l'acquisition de valeur juridique par la Charte) par la directive 2002/14/CE.

La Cour commence par affirmer que, en raison de la directive 2002/14/CE, la situation est bien dans le champ d'application du droit de l'Union, de sorte que la Charte trouve bien à s'appliquer (point 43). Ce qui fait défaut en revanche à l'article 27 pour être invocable dans un litige entre particuliers, selon la Cour, c'est l'applicabilité directe. Le renvoi au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, caractéristique des dispositions sociales contenues dans la Charte, implique en effet, selon la Cour, que l'article 27 ne se suffit pas à lui-même (point 45). La Cour ajoute que cette conclusion n'est pas remise en cause par le fait que cette disposition a été « concrétisée » par la directive 2002/14/CE puisque, comme on l'a vu plus haut, celle-ci ne peut elle-même être invoquée dans un litige entre particuliers.

Deux enseignements précieux peuvent donc être déduits de cette solution, l'un favorable à une invocabilité large de la Charte, l'autre, au contraire, défavorable.

Le premier enseignement est que l'invocabilité horizontale des droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union n'est pas tributaire, contrairement à ce qu'une partie de la doctrine avait pu déduire des arrêts *Mangold* et *Küçükdeveci*, du fait que ces droits seraient « concrétisés » dans une législation de l'Union. La Cour met en effet clairement en évidence dans cet arrêt le fait, somme toute logique, que la directive ne saurait être à l'origine d'une telle invocabilité horizontale de la Charte alors qu'elle est, elle-même, démunie de cette invocabilité. L'argument précédemment évoqué tiré de ce que l'article 51 de la Charte n'inclut pas les

³⁶ Voir not., pour une synthèse des positions en présence : Bertrand B., « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2013, p. 1217.

particuliers parmi les « débiteurs » de droits fondamentaux est implicitement mais nécessairement écarté.

Cette consécration est finalement assez logique au regard du système normatif de l'Union européenne. Comme cela a été remarqué par E. Carpano et E. Mazuyer, « *la Cour a, depuis longtemps, reconnu l'effet horizontal à certaines dispositions du traité relatives à la libre circulation, à la libre concurrence ou à certains principes fondamentaux comme le principe d'égalité de traitement entre travail féminin et masculin. Dès lors que les dispositions du droit primaire remplissent les conditions techniques de leur effet direct, elles sont susceptibles d'être directement invocables y compris dans des relations entre particuliers. Au fond, en reconnaissant l'effet direct horizontal potentiel des dispositions de la Charte, la Cour ne ferait que tirer les conséquences de l'assimilation de la Charte au droit primaire de l'Union consacrée par le traité de Lisbonne* »³⁷

Le second enseignement est que l'invocabilité horizontale des droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union est en revanche tributaire de leur applicabilité directe. Cela a pour conséquence que ceux des droits fondamentaux qui sont le plus de nature à être invoqués dans des litiges horizontaux (les droits sociaux) sont en même temps inaptes à l'être puisque la plupart d'entre eux sont assortis de limitations normatives qui rendent peu probable leur applicabilité directe. Il y a donc là une limite inquiétante à l'effectivité de ces droits, qui va même, nous semble-t-il, au-delà des limites déjà posées par les rédacteurs de la Charte.

III- Deux pas en arrière : l'absence d'invocabilité horizontale des dispositions de la Charte dénuées d'effet direct

Pour rappel, lors de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, certains États, comme la France, désiraient qu'un nombre substantiel de droits sociaux soit introduit dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et que ces droits soient mis au même rang que les droits civils et politiques. D'autres États, notamment le Royaume-Uni mais également l'Allemagne et l'Espagne, estimaient au contraire que de tels droits étaient par définition insusceptibles d'être justiciables, et donc d'être qualifiés de droits

³⁷ Carpano E. et Mazuyer E., « La représentation des travailleurs à l'épreuve de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : précisions sur l'invocabilité horizontale du droit de l'Union », commentaire de l'arrêt AMS, *Revue de droit du travail*, 2014, p. 312.

fondamentaux³⁸. Le compromis entre ces deux positions prit la forme d'un affaiblissement normatif de ceux des droits qui suscitaient le plus de réserves chez les Etats. Les droits en question furent abaissés au rang de simples « principes ». La distinction entre droits et principes, qui n'était pas expressément faite dans la version de la Charte proclamée solennellement à l'occasion du Sommet de Nice³⁹, a ensuite été explicitement intégrée dans la Charte, en son article 52§5, lorsque le Parlement européen, le Conseil et la Commission l'amendèrent en 2007 dans le cadre de la négociation du traité de Lisbonne⁴⁰. En vertu de l'article 52§5 de la Charte, les conséquences de la qualification de principes sont doubles. D'un point de vue normatif, les principes ne génèrent qu'une *faculté* d'exécution : « *les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes **peuvent** être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives* »⁴¹. D'un point de vue contentieux, « *leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes* ».

La Charte ne définit pas les principes, pas plus qu'elle ne les liste, et ne donne aucun critère pour les identifier. Tout au plus le texte dénommé « Explications relatives à la Charte »⁴², élaboré sous la responsabilité du *praesidium* de la Convention pour l'avenir de l'Europe, donne-t-il quelques exemples, dont l'article 27 ne fait pas partie. C'est donc à une tâche grevée d'un grand aléa que se risque celui qui essaie de qualifier telle ou telle disposition de la Charte de droit ou de principe. Sans prétendre que la catégorie des principes s'épuise dans les dispositions sociales de la Charte (le titre « solidarité »), il semble malgré tout qu'un grand nombre de ces dispositions puissent être considérées comme des principes. D'une part, c'est elles qui ont motivé la distinction entre droits et principes. D'autre part, leur rédaction est marquée par un affaiblissement normatif cohérent avec cette catégorie : renvoi aux législations nationales et/ou communautaires, avec une intensité variable⁴³ ou la recherche programmatique d'« un niveau

³⁸ Sur cette discussion, voir notamment le témoignage de Guy Braibant : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Paris, Seuil, 2001, spéc. pp. 44 s.

³⁹ JOCE C 364 du 18 décembre 2000, p. 1.

⁴⁰ JOUE C 303 du 14 décembre 2007, p. 1.

⁴¹ Accent rajouté.

⁴² JOUE C 303 du 14 décembre 2007, p. 17.

⁴³ Outre l'article 27, on relèvera l'article 28 (droit de négociation et d'actions collectives), l'article 30 (protection en cas de licenciement injustifié), l'article 34 (sécurité sociale et aide sociale) et l'article 36 (accès aux services d'intérêt économique général).

élevé de protection »⁴⁴. Seules quelques dispositions sont exemptes de toute restriction normative de cette sorte, et constituent peut-être à ce titre de valables candidates pour l'effet direct et, partant, pour une invocabilité horizontale⁴⁵.

Pour autant, d'un point de vue contentieux, les « principes » ne sont pas privés de tout effet puisque, comme on l'a vu, ils doivent pouvoir être invoqués pour l'interprétation et le contrôle de légalité des actes qui les mettent en œuvre. Reste à déterminer ce qu'il faut entendre par « mise en œuvre » dans ce contexte.

La question est épineuse. L'on notera que cette notion de mise en œuvre est également présente à l'article 51§1 de la Charte afin de déterminer dans quelle mesure les Etats membres sont soumis à la Charte. Dans ce contexte, cette notion a été entendue très largement par la Cour de justice dans son arrêt *Fransson*⁴⁶ comme incluant toute situation entrant dans le champ d'application du droit de l'Union. Par analogie, il serait possible d'estimer que tout acte entrant « dans le champ d'application » d'un principe est un acte de « mise en œuvre » du principe. En l'espèce, c'était de toute évidence le cas de l'article L. 1111-3 du code du travail, en ce qu'il pose une exclusion pour le calcul des effectifs permettant l'exercice du « droit » contenu à l'article 27 de la Charte.

Toutefois, eu égard à la normativité limitée inhérente aux principes, il est possible que la notion de « mise en œuvre » à l'article 52§5 soit différente de celle de « mise en œuvre » au sens de l'article 51. Mais même alors, l'on ne saurait se contenter d'une conception trop restrictive. Comme le fait remarquer l'avocat général, si par « mise en œuvre » l'on entend uniquement les actes qui « concrétisent » de façon directe et immédiate le principe, leur invocabilité, de minimale, deviendrait nulle. En effet, dans la mesure où ces principes renvoient précisément, pour leurs modalités et conditions, à leurs actes de concrétisation, c'est-à-dire ceux qui leur donnent un contenu, contrôler ces derniers par rapport aux premiers aboutirait à ce que l'avocat général qualifie de « *cercle vicieux* » (point 69 des conclusions). Dès lors, on peut admettre, comme le fait l'avocat général dans ses conclusions, que l'article L. 1111-3 du code du travail, parce qu'il définit la façon dont sont calculés les effectifs en vue de déterminer les seuils légaux

⁴⁴ Article 35 (protection de la santé), article 37 (protection de l'environnement) et article 38 (protection des consommateurs).

⁴⁵ Il s'agit de l'article 29 (droit d'accès aux services de placement), l'article 31 (conditions de travail justes et équitables), l'article 32 (interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail) et l'article 33 (vie familiale et vie professionnelle).

⁴⁶ Précité.

de mise en place des institutions représentatives du personnel, participe de la mise en œuvre du « principe » d'information et de consultation des travailleurs. Par conséquent, en vertu de l'article 52§5 *in fine*, il doit être possible d'invoquer l'article 27 à l'encontre de cette disposition.

Or, c'est précisément ce que refuse la Cour de justice dans l'arrêt commenté, niant toute invocabilité, même d'exclusion, de l'article 27 dans les litiges entre particuliers. Certes, cette impossibilité ne vaut que dans les litiges horizontaux. Mais ce sont précisément dans des litiges de cette nature, comme on l'a dit précédemment, que les « principes » sociaux contenus dans la Charte sont le plus susceptibles d'être invoqués. Il existe certes des possibilités de litiges « verticaux », par exemple dans le cas d'un recours contre une réglementation en matière sociale. Mais il est assez évident que la majeure partie du contentieux social est un contentieux horizontal. Par ailleurs, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la disposition en cause est une loi, il n'existe aucun recours direct ouvert aux individus.

La Cour, en statuant comme elle l'a fait, a donc réduit quasiment à néant l'efficacité contentieuse de l'article 27⁴⁷. Eu égard aux arguments qu'elle emploie, et notamment le renvoi au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, il semble que cette solution vaille également pour tous les principes contenus dans la Charte, et par conséquent pour la majeure partie des dispositions sociales, privées ainsi quasiment de toute garantie juridictionnelle, en contravention avec l'article 52§5. On ne peut ici que caresser l'espoir, il est vrai ténu, que la solution de la Cour soit en réalité limitée à l'article 27 en raison de la très forte nécessité de concrétisation qui le caractérise, par contraste avec d'autres dispositions sociales. Cet espoir est d'autant plus ténu que la position de la Cour est cohérente avec sa jurisprudence antérieure à la Charte en matière de droits sociaux. Cette jurisprudence est caractérisée par une forte ambivalence : la Cour reconnaît certes un certain nombre de droits sociaux comme droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union, mais elle ne leur accorde qu'une force limitée, en particulier en cas de confrontation avec les libertés économiques fondamentales⁴⁸. Il est à craindre, à la lumière de l'arrêt *AMS*, que cette faiblesse normative imposée aux droits sociaux fondamentaux soit en passe de devenir une caractéristique structurelle du droit de l'Union européenne.

⁴⁷ Cf., dans le même sens, Rodière P., « Un droit, un principe, finalement rien ? », précit.

⁴⁸ Cf. not. CJCE 18 déc. 2007, *Laval & Partnery Ltd*, aff. C-438/05 ; 11 déc. 2007, *Viking-Line*, aff. C-438/05.

Sébastien Platon
Professeur de droit public
Université de Bordeaux
Pessac, le 28 juillet 2014