

L'effet direct horizontal des droits fondamentaux. Le critère du pouvoir-savoir, ligne claire de la jurisprudence ?*

Antoine Bailleux
Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

Ces « libres propos » n'ont pas pour ambition de livrer une analyse exhaustive, ni même systématique, de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'effet direct horizontal des droits fondamentaux. Ils s'efforcent plutôt de poser sur cette dernière un regard quelque peu décalé, l'abordant à partir de deux objections que suscite instinctivement l'horizontalisation des droits fondamentaux. Ces deux objections s'enracinent chacune dans une dimension inhérente à notre condition humaine – ou en tout cas généralement perçue comme telle – à savoir l'égalité des libertés individuelles d'une part, et – pour le dire comme Hume – les « limites de l'entendement humain » de l'autre.

Après avoir présenté ces deux objections (1), on s'attachera à démontrer qu'elles offrent sur la jurisprudence de la Cour de justice une perspective avantageuse. Elles dévoilent, derrière son apparence tâtonnante, une jurisprudence plutôt cohérente, voire convaincante en son principe, même si elle gagnerait à être mieux motivée (2).

1. Égalité des libertés individuelles et limites de l'entendement humain – deux objections à l'effet direct horizontal

La première objection peut se formuler de la façon suivante : de quel droit un juge peut-il imposer des limites à ma liberté au nom de celle d'un autre ? La position originelle d'égalité des libertés sur laquelle repose notre droit moderne heurte de front le *principe même* de l'applicabilité horizontale des droits fondamentaux.

Quant à la seconde objection, tirée des limites de l'entendement humain (ou de notre condition d'êtres doués d'une connaissance limitée), elle peut être exprimée en ces termes : comment étais-je censé savoir que tel droit fondamental à portée générale serait, *in concreto*, interprété de façon à faire naître telle obligation à mon encontre ? Même des juristes qui lisent quotidiennement la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des Droits de l'Homme se trouvent régulièrement surpris par des interprétations innovantes. Alors de quel droit faire supporter à un simple quidam les conséquences d'une illégalité dont les termes ne sont écrits nulle part ? Derrière cette position originelle d'ignorance, c'est la question de la sécurité juridique qui transparaît et, en matière pénale, le principe de légalité des délits et des peines¹.

* Cet article est la version écrite d'une communication orale présentée lors du colloque intitulé *Les droits et libertés du travailleur dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* organisé à Bruxelles le 10 mai 2019 par la section belge du réseau académique sur la charte sociale européenne et les droits sociaux. Ceci explique la quantité et le volume limités des références en notes de bas de pages.

¹ On retrouve cet argument dans les questions adressées par la Cour suprême danoise à la Cour de justice dans l'affaire C-441/14 *Dansk Industri (DI)*. Dans son arrêt du 19 avril 2016 (EU:C:2016:278), la Cour balaiera cette objection, avec pour remarquable conséquence que la Cour suprême refusera de s'y conformer (Affaire 15/2014, arrêt du 6 décembre 2016, consultable en anglais à l'adresse <http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemeldelser/Documents/Judgment%2015-2014.pdf>).

On observera toutefois que cette objection n'intervient pas, comme la première, au stade de l'*applicabilité* du droit invoqué, et donc de la *légalité* du comportement mis en cause, mais bien au stade aval de la *responsabilité* (peut-on m'imputer une *faute* pour la violation d'une norme que je ne pouvais raisonnablement pas connaître ?). Il importe donc de clairement dissocier les réponses à apporter à ces deux objections: on pourrait ainsi parfaitement concevoir – nous y reviendrons – que la violation d'un droit fondamental emporte l'illégalité du comportement sans pour autant s'analyser en une faute susceptible d'entraîner la responsabilité de son auteur.

En principe, dans un État de droit démocratique, l'intervention de la loi permet de rencontrer ces deux objections.

S'agissant de la première, chacun sait que le législateur est habilité à restreindre le droits fondamentaux d'une personne au nom d'intérêts concurrents. Cette condition relative à la légalité de la restriction se retrouve dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, et notamment à l'article 52, § 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux. Les théories du contrat social font le récit de ce passage d'une situation de choc originel des libertés vers une situation d'organisation, de civilisation de leur exercice. Le code pénal est du reste rempli de ces situations où le protection du droit fondamental des uns (vie, propriété, vie privée, honneur, etc.) vient corseter la liberté des autres.

De la même manière, la loi règle le problème des limites de l'entendement humain. Elle doit être suffisamment claire et accessible pour permettre au destinataire de la règle de la connaître et pour légitimement transférer sur ce dernier la responsabilité de son éventuelle violation. Les jurisprudences strasbourgeoise et luxembourgeoise sont à cet égard d'une régularité remarquable.

En revanche, les deux objections resurgissent dans le silence de la loi que postule l'applicabilité horizontale des droits fondamentaux. Elles apparaissent même avec une acuité particulière lorsque, loin de se taire, le législateur organise lui-même l'infraction à ces droits et libertés, donnant d'une certaine manière sa bénédiction à l'acteur privé auquel sera par la suite reprochée la violation. Des arrêts tels que *Mangold*², *Küçükdeveci*³, *Association de médiation sociale*⁴ et *Cresco*⁵ illustrent ce dernier scénario.

2. Le « pouvoir-savoir » du débiteur, ligne claire de la jurisprudence

A la lumière de ces considérations générales et des ces objections, il semble que la jurisprudence actuelle de la Cour de justice relative à l'effet direct horizontal des droits fondamentaux⁶ peut être reconstruite d'une manière assez convaincante, à tout le moins dans son principe.

En effet, cette jurisprudence ne paraît reconnaître un tel effet que lorsque le débiteur se trouve en situation de « pouvoir-savoir » pour détourner une expression de Michel Foucault, c'est-à-dire lorsque, d'une part, l'objection tirée de l'égalité des libertés dissimule en réalité un *pouvoir* et une *asymétrie* dans les relations (*A.*) et lorsque, d'autre part, la défense relative à l'ignorance

² C-144/04 *Mangold*, 22 novembre 2005, EU:C:2005:709

³ C-555/07 *Küçükdeveci*, 19 janvier 2010, EU:C:2010:21.

⁴ C-176/12 *Association de médiation sociale*, 15 janvier 2014, EU:C:2014:2.

⁵ C-193/17 *Cresco*, 22 janvier 2019, EU:C:2019:43.

⁶ Aucune distinction n'est faite ici en fonction de la source formelle contenant ledit droit (Charte, traité ou principe général du droit).

est démentie par la *simplicité* de la norme imposée, l'*expertise* attendue du débiteur, ou sa *capacité* à servir de courroie de transmission dans le renvoi de la responsabilité à l'Etat (B.).

A. De l'égalité des libertés à l'asymétrie d'une relation de pouvoir

Pour comprendre la façon dont la Cour désamorce l'objection tirée de l'égalité des libertés individuelles, il convient d'opérer un bref détour par les théories de Wesley Hohfeld. Chimiste reconverti à la science juridique, professeur à l'Université de Yale, Hohfeld publie, il y a plus d'un siècle, deux articles consacrés aux « *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* »⁷. Partant du constat d'un usage croissant et toujours plus confus des termes « droits » et « obligations » dans le discours juridique, il entreprend de disséquer ces notions et de leur rendre une signification précise en les distinguant d'un certain nombre de concepts voisins. Hohfeld en vient ainsi à élaborer une liste de huit termes fondamentaux, véritables atomes du raisonnement juridique et plus petits communs dénominateurs de la science du droit. Pour clarifier les rapports qui unissent ces différents termes fondateurs, il les présente sous la forme de quatre couples d'« opposés » (droit – non-droit ; liberté – obligation ; pouvoir – absence de pouvoir ; immunité – vulnérabilité) et quatre couples de « corrélatifs » (droit – obligation ; liberté – non-droit ; pouvoir – vulnérabilité ; immunité – absence de pouvoir).

Les premiers termes de ces couples (droit, liberté, pouvoir, immunité) sont souvent confondus dans le discours juridique, et rassemblés sous le même concept de « droit ». Hohfeld s'inscrit en faux contre ces confusions, néfastes à la rigueur du raisonnement juridique. Il explique ainsi que le *droit*, entendu au sens strict du terme, est l'inverse de l'*absence de droit* et – surtout – s'accompagne nécessairement d'une *obligation* dans le chef d'une ou de plusieurs personnes envers le titulaire dudit droit. La *liberté* s'entend quant à elle de l'*absence d'obligation* dans le chef de son titulaire (opposés juridiques) et implique l'*absence de droit* dans le chef des personnes auxquelles elle est opposée (corrélatifs juridiques). Ainsi, la dimension de liberté contenue dans ce que l'on appelle le « droit » de propriété implique que personne n'est en *droit* d'exiger du propriétaire qu'il exploite ou qu'il n'exploite pas la chose qui lui appartient. Quant au *pouvoir*, il consiste en la capacité de modifier unilatéralement la relation juridique existant entre deux personnes ou entre une chose et une personne. A ce pouvoir correspond la *vulnérabilité* de la personne dont le « statut » juridique sera modifié sans son intervention. Enfin, dernier terme venant clore l'équation, l'*immunité* est l'opposé de la *vulnérabilité* et a pour corolaire l'*absence de pouvoir*.

Si elle n'est pas dénuée de zones d'ombre, cette taxinomie a pour mérite d'éclairer d'un jour nouveau la jurisprudence relative à l'applicabilité horizontale des droits fondamentaux. A bien y regarder, il semble que les cas dans lesquels la Cour a reconnu un tel effet concernent tous des situations dans lesquels le débiteur apparaissait comme le détenteur d'un *pouvoir* envers le créancier, lequel se trouvait dans une situation de *vulnérabilité* vis-à-vis de ce dernier.

Que ce soient des partenaires sociaux lorsqu'ils concluent des conventions collectives de travail⁸ ou des employeurs lorsqu'ils définissent les conditions d'embauche⁹, les moments de

⁷ W.N. HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale L.J.*, 1913, vol.23, p.16 et s. ; ID., « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale L.J.*, 1917, vol.26, p.710 et s. Ces articles ont été publiés ensemble dans un ouvrage édité par W.W. Cook : W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1978 (éd. or. 1964), p.23-64 et p. 65-114. Les extraits cités ci-dessous renvoient à cette dernière édition.

⁸ Cf. e.a. C-447/09 *Prigge*, EU:C:2011:573 ; C-539/15 *Bowman*, 21 décembre 2016, EU:C:2016:977.

⁹ C-414/16 *Egenberger*, 17 avril 2018, EU:C:2018:257.

prises de congé annuel¹⁰, l'octroi de jours fériés¹¹, la rémunération¹², la durée du préavis de licenciement¹³ ou celle des contrats de travail¹⁴, les débiteurs du respect du droit fondamental invoqué ne se trouvent pas dans une situation d'égalité des libertés avec le créancier. Ils occupent bien plutôt une position de *pouvoir* au sens de Hohfeld, caractérisée par leur capacité – réelle – à modifier substantiellement la position juridique d'autrui. On mesure la différence entre ce type de scénario et le cas désormais célèbre de ce pâtissier du Colorado qui, au nom de sa liberté d'opinion, s'est refusé à préparer le gâteau de mariage d'un couple homosexuel¹⁵. Analysée dans les termes de Hohfeld, ce dernier cas de figure paraît, lui, relever d'un pur choc de libertés susceptible de justifier l'absence d'effet direct horizontal – en l'absence de norme législative qui l'y forcerait, norme qui semblait exister en l'espèce.

On observera par ailleurs que cette approche semble être déjà celle adoptée par la Cour à l'égard des libertés de circulation, lesquelles n'ont jusqu'ici été déclarées opposables à un particulier que lorsque ce dernier exerce un pouvoir au sens de Hohfeld¹⁶.

B. Des limites de l'entendement à la présomption de compétence

La jurisprudence peut également être (re)lue comme offrant une réponse à l'objection tirée de l'incapacité d'un simple particulier à prévoir l'obligation déduite par la Cour d'un droit fondamental aux contours imprécis.

Les facultés juridiques limitées de ce particulier apparaissent déjà en filigranes du raisonnement de la Cour dans son arrêt *Defrenne* de 1976, relatif au principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes inscrit à l'article 119 du traité CEE, aujourd'hui devenu l'article 157 TFUE. La Cour y reconnaît l'effet direct – tant vertical qu'horizontal – de ce principe *dans la seule mesure où* il interdit des « discriminations directes et ouvertes, d'identité de travail et d'égalité de rémunérations susceptibles d'être constatées à l'aide des seuls critères fournis par l'article [157 TFUE] ». A l'inverse, aucun effet direct n'est reconnu à l'interdiction des « discriminations indirectes et déguisées qui ne peuvent être identifiées qu'en fonction de dispositions d'application plus explicites »¹⁷. Sans doute à l'époque la Cour n'avait-elle cherché, à travers cette distinction, qu'à appliquer les critères classiques de l'effet direct *vertical* (précision et inconditionnalité). Ce qu'elle s'efforçait alors de préserver, c'était probablement moins la capacité d'anticipation du débiteur privé que la légitimité du juge à appliquer une telle norme sans heurter le principe de la séparation des pouvoirs.

¹⁰ C-569/16 *Bauer*, 6 novembre 2018, EU:C:2018:871 ; C-684/16 *Max Planck*, 6 novembre 2018, EU:C:2018:874.

¹¹ C-193/17 *Cresco*, précité.

¹² C-43/75 *Defrenne*, 8 avril 1976, EU:C:1976:56.

¹³ C-555/07 *Küçükdeveci*, précité.

¹⁴ C-144/04 *Mangold*, précité.

¹⁵ *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ____ (2018)

¹⁶ Ce pouvoir peut être détenu en raison de la qualité d'employeur (potentiel) (C-281/98 *Angonese*, 6 juin 2000, EU:C:2000:296), de sa capacité régulatrice (C-36/74 *Walrave et Koch*, 12 décembre 1974, EU:C:1974:140 ; C-415/93 *Bosman*, 15 décembre 1995, EU:C:1995:463 ; C-51/96 *Deliège*, 11 avril 2000, EU:C:2000:199 ; C-171/11 *Fra.Bo.*, 12 juillet 2012, EU:C:2012:453) ou d'une capacité d'organisation de nature à empêcher l'exercice d'un droit (C-438/05 *Viking*, 11 décembre 2007, EU:C:2007:772 ; C-341/05 *Laval*, 18 décembre 2007, EU:C:2007:809). Cette dernière situation, qui assimile le droit d'action collective à un « pouvoir » et non pas à une « liberté » (ce que prétendaient les associations syndicales, en déduisant une absence d'obligation de respect des libertés de circulation), est incontestablement la plus délicate. Elle demanderait à être creusée davantage par des spécialistes des relations de travail.

¹⁷ Arrêt *Defrenne* précité, pt. 18.

La jurisprudence ultérieure jette toutefois un autre éclairage sur cet arrêt originel. Après que les arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci* eurent étendu au critère de l'âge l'applicabilité horizontale du principe de non-discrimination, la Cour donne une première clé de compréhension de cette jurisprudence dans son arrêt *Association de médiation sociale*. Elle y dénie tout effet direct horizontal au droit à l'information et à la consultation des travailleurs inscrit à l'article 27 de la Charte au motif qu'à l'inverse du principe de non-discrimination sur la base de l'âge, il « [ne] se suffit [pas] à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel »¹⁸. Le critère de l'effet direct horizontal semble ainsi dévoilé. Emprunté au droit privé, le terme de droit *subjectif* prend dans ce contexte une signification toute particulière, illustrant le passage d'un axe vertical à un plan horizontal. Le droit fondamental, que l'on savait invocable dans le cadre d'un contentieux « objectif » dit de « légalité », peut désormais être invoqué dans un litige entre particuliers (et plus largement dans tout type de contentieux subjectif) lorsqu'il se double d'un droit « subjectif ». Les conditions pour prétendre à ce qualificatif demeurent toutefois inexplorées.

Conservé le temps d'un arrêt¹⁹, ce terme de « droit subjectif » est toutefois abandonné dans les affaires *Egenberger*, *Bauer*, *Max Planck* et *Cresco*. La boussole a disparu, mais le cap est maintenu. La dynamique de cette jurisprudence demeure inchangée. *Egenberger* étend l'effet direct horizontal à l'ensemble des chefs de discrimination, tandis que *Cresco* l'applique aux discriminations fondées sur les convictions. Quant à *Bauer* et *Max Planck*, la Cour y renoue avec le type de distinction opérée dans *Defrenne* : elle y consacre l'effet direct horizontal de l'*existence même* du droit à un congé annuel (la Cour évoque le « contenu essentiel » du droit) tout en reconnaissant que les modalités relatives à la durée exacte de ce congé et à ses conditions d'exercice doivent être précisées par la voie législative ou réglementaire²⁰. Le caractère « essentiel » du droit invoqué, son « impérativité » et le fait qu'il « implique, par sa nature même, une obligation correspondante dans le chef de l'employeur » justifient son opposabilité horizontale.

A l'évidence, cette jurisprudence n'a pas encore atteint la maturité. La Cour peine à fournir des critères clairs et cohérents permettant d'identifier, parmi les droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique de l'Union, ceux qui peuvent prétendre à un effet direct horizontal.

Il est toutefois permis d'identifier, derrière cette chaîne de décisions à la motivation laconique, le souci de ne pas « prendre en traître » le particulier en lui imposant des obligations qu'il n'aurait pu prévoir. L'enjeu principal est ici de s'assurer que la norme est suffisamment claire pour que chacun puisse « instinctivement » la respecter. En ce sens, il n'y a rien d'étonnant à ce que l'applicabilité horizontale se soit d'abord développée dans le contexte des principes d'égalité et de non-discrimination. La Cour semble ici faire sienne cette évidence – donc chaque parent a pu faire l'expérience – qui est que les bases du principe d'égalité sont acquises avant trois ans. Les éthologues ajouteront que la notion d'injustice liée à une inégalité est assimilée par de nombreuses espèces animales²¹. Dans la même perspective, la Cour pouvait logiquement considérer que tout employeur établi dans l'Union européenne sait, à la lecture de la Charte (et de la législation européenne et nationale) que le droit au congé annuel qui y est inscrit implique dans son chef l'obligation correspondante d'octroyer à ses travailleurs des périodes de congé.

¹⁸ C-176/12 *Association de médiation sociale*, précité, pt. 47.

¹⁹ C-441/14 *Dansk Industri (DI)*, précité.

²⁰ Cf. arrêt *Bauer* précité, pts 84 et 85 ; *Max Planck*, précité, pts 73 et 74.

²¹ En ce sens, cf. F. DE WAAL, *La dernière étreinte*, Paris, Les Liens qui Libèrent, 2018.

Mais si cette relecture de la jurisprudence de la Cour à partir de l'objection tirée des « limites de l'entendement » a pour mérite d'accroître sa lisibilité, elle en éclaire également les taches aveugles. Peut-on réellement désamorcer une telle objection en constatant la simplicité de la norme à respecter ? Les juristes le savent, les questions d'égalité de traitement et de non-discrimination ne sont pas toujours aisées à traiter : les situations sont-elles vraiment comparables ? La discrimination est-elle directe ou indirecte ? La différence de traitement est-elle justifiée ? Est-elle proportionnée²² ? Quant au droit au congé annuel, la question posée dans les affaires *Bauer* et *Max Planck* – les ayants droit peuvent-ils prétendre à une indemnité financière au titre des congés annuels payés non pris par le *decujus* ? – témoigne à elle seule du « mirage » de la simplicité.

Ces problèmes ne paraissent pas évacués par le recours à la notion de « contenu essentiel » des droits fondamentaux, que l'on retrouve en filigrane dans *Defrenne* et en toutes lettres dans *Bauer* et *Max Planck*. Inscrite au paragraphe 1^{er} de l'article 52, cette notion est fuyante et ne fait que reporter le flou en aval du raisonnement²³.

En revanche, cet argument tiré de la « simplicité » pourrait gagner en crédibilité s'il était étoffé de deux autres considérations.

La première serait liée à une présomption – réfragable – de compétence dans le chef du débiteur. La Cour pourrait ainsi considérer qu'un employeur est, sauf preuve du contraire, présumé connaître le droit social et, plus précisément, en mesure d'en faire une application conforme aux droits fondamentaux de ses travailleurs. Ce facteur, lié au degré d'expertise attendu du débiteur, conforterait le principe d'une « horizontalité à géométrie variable » déjà esquissé plus haut par la suggestion d'une limitation du tel principe aux relations de « pouvoir ». La prise en compte de cette « présomption de compétence » permettrait de justifier la situation actuelle, qui cantonne l'applicabilité horizontale au droit des relations de travail.

Bien sûr, on ne pourra jamais tenir rigueur, même à une multinationale dotée d'un département juridique, de s'être bornée à respecter une loi interne et de ne pas avoir anticipé, sauf violation flagrante, sa non-conformité à la Charte. C'est ici qu'intervient le second élément, déjà présent dans la jurisprudence, qui consiste pour la Cour à rappeler au débiteur (c'est-à-dire généralement l'employeur dans l'état actuel de la jurisprudence) qu'il lui est loisible de se retourner contre l'État dans une procédure ultérieure en responsabilité – voire, pourrait-on ajouter, de l'appeler en garantie dans le cadre du même procès.

Cet argument présente un double mérite. D'une part, sans remettre en cause le principe de l'effet direct horizontal, il ôte la *responsabilité* finale des épaules de l'employeur lorsque celui-ci a été induit en erreur par l'autorité publique. De l'autre, il fait peser sur ce dernier – jugé plus « solide », tant sur le plan financier que sur celui de l'expertise juridique – plutôt que sur le travailleur, la charge de trouver le « vrai coupable » et, d'assurer, dans l'intervalle, la responsabilité *ad interim* de l'illégalité.

Conclusion

²² A titre d'illustration, seule une lecture très fine de la jurisprudence, et notamment de l'arrêt *Küçükdeveci* condamnant une législation défavorable aux jeunes travailleurs pour faciliter leur mise à l'emploi, permettait de prévoir la conclusion inverse de la Cour dans l'affaire C-143/16 *Bordonaro* (19 juillet 2017, EU:C:2017:566).

²³ Sur les difficultés d'application de cette notion, cf. C. RIZCALLAH, S. van DROOGHENBROECK, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Commentaire article par article de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 1087-1111.

La jurisprudence de la Cour de justice relative à l'applicabilité horizontale des droits fondamentaux est en pleine effervescence. Des « percées » ont été réalisées – ou consolidées – ces derniers mois mais les points d'interrogation restent nombreux, qui ont trait tant aux critères d'octroi d'un tel effet qu'aux droits susceptibles d'en bénéficier. Sous ses dehors peu lisibles, la jurisprudence semble néanmoins relativement cohérente et convaincante une fois appréhendée à la lumière des deux objections les plus évidentes à cette horizontalisation, tirées de l'égalité des libertés d'une part, et des limites de l'entendement humain d'autre part.

Au bénéfice de cet éclairage, la jurisprudence apparaît comme limitant l'applicabilité directe horizontale des droits fondamentaux aux seuls débiteurs en situation de « pouvoir-savoir ». Elle semble ainsi ménager une horizontalité à géométrie variable, fondée sur la « position » et le degré d'expertise attendu du débiteur. Si la Cour devait faire sienne une telle lecture, elle aurait sans doute encore bien des questions à résoudre . Mais ce serait peut-être le début de la clarté.