



HAL
open science

L'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux en Europe

Romane Poncet

► **To cite this version:**

Romane Poncet. L'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux en Europe. Droit. 2021. dumas-04381742

HAL Id: dumas-04381742

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-04381742v1>

Submitted on 9 Jan 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License



L'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux en Europe

Romane Poncet

Mémoire de Master 2 Droit européen des droits de l'homme

Sous la direction d'Étienne Durand, Maître de conférences

N° 28

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de droit international, européen et comparé – EA n° 4185
Lyon – 2021

Le présent ouvrage peut être utilisé, par de courtes citations, pour un usage personnel et non destiné à des fins commerciales.

Il doit être cité comme suit :

Poncet (Romane). – *L’effet horizontal des droits sociaux fondamentaux en Europe.* – Mémoire de Master 2 Droit européen des droits de l’homme / sous la direction d’Étienne Durand, maître de conférences. – Lyon : Équipe de droit international, européen et comparé, 2021. – 111 p. – (Les Mémoires de l’Équipe de droit international, européen et comparé : n° 28). – Document disponible sur le site web de l’Équipe de droit international, européen et comparé, à l’adresse : <http://ediec.univ-lyon3.fr/publications/les-memoires-de-lequipe-de-droit-international-europeen-et-compare/#c937> **ISSN : 2778-2441**

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, professeure des universités, agrégée de droit privé, directrice de l’Équipe de droit international, européen et comparé

Réalisation d’édition : Véronique Gervasoni, administratrice de l’EDIEC

Mise en forme : Marie Brossard, gestionnaire administrative et assistante à la valorisation de la recherche de l’EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, 69007 Lyon

Adresse postale : Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit (Quais) – EDIEC

1C avenue des Frères Lumière CS 78242 – 69372 Lyon Cedex 08 | **Tél.** : ++ 00 / 33 4 78 78 72 51

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr | **Web :** <http://ediec.univ-lyon3.fr>



L'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux en Europe

Romane Poncet

Mémoire de Master 2 Droit européen des droits de l'homme

Sous la direction d'Étienne Durand, Maître de conférences

N° 28

**Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de droit international, européen et comparé – EA n° 4185
Lyon – 2021**

REMERCIEMENTS

Mes plus sincères remerciements vont à Monsieur Durand pour m'avoir dirigé vers ce sujet, pour ses relectures, et ses précieux conseils tout au long de ce travail.

Je remercie aussi mes proches pour leur patience et leurs encouragements.

LISTE DES SIGLES, ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

Ann.	Annales
Ass.	Assemblée
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CEDS	Comité européen des droits sociaux
Charte DFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Chr.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm.	Commission
Cons. État	Conseil d'État
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cour plén.	Cour plénière
CSE	Charte sociale européenne
DDHC	Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
Éd.	Édition
Gr. ch.	Grande Chambre
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
PUF	Presses universitaires de France
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
TCE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TSJ	Tribunal supérieur de justice espagnol
TUE	Traité de l'Union européenne

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE. – LES FONDEMENTS DE L’EFFET HORIZONTAL DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX : LA QUESTION D’UNE LÉGITIMITÉ IDÉOLOGIQUE ET TECHNIQUE

TITRE I. – LA FONDAMENTALISATION DES DROITS SOCIAUX

TITRE II. – L’HORIZONTALISATION DES DROITS FONDAMENTAUX

DEUXIEME PARTIE. – LA FORCE PRATIQUE DE L’EFFET HORIZONTAL DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX : UNE RÉALITÉ MODÉRÉE

TITRE I. – L’APPLICABILITÉ HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX D’UN POINT DE VUE FORMEL

TITRE II. – L’APPLICABILITÉ HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX D’UN POINT DE VUE SUBSTANTIEL

INTRODUCTION

« Celui qui n'échapperait à l'arbitraire de l'État que pour tomber sous la domination des puissances privées ne ferait que changer de servitude »¹.

Si la privatisation des services publics, la globalisation de l'économie, ou le développement des nouvelles technologies font apparaître l'effet horizontal comme une problématique moderne, les enjeux de ce sujet se retrouvent dès les premières réflexions relatives à l'organisation politique.

Au IV^e siècle avant J.-C., Aristote affirmait que l'homme, à l'état de nature, est un animal politique². L'homme serait prédestiné à vivre dans la cité, en communauté. C'est même ce qui le définirait en tant qu'homme. En ce sens, la société préexiste à l'homme, et celui-ci ne se réalise qu'à travers elle. Mais si d'autres animaux que l'homme connaissent également cet état social, Aristote précise que la singularité de ce premier réside dans le fait qu'il est le seul animal ayant la capacité de conceptualiser et transmettre des valeurs³. Plus de deux mille ans plus tard, Hobbes écrivait : « L'homme est un loup pour l'homme⁴ ». À l'état de nature, l'homme ne serait donc pas un être social et encore moins politique ; il serait solitaire et hostile à l'égard de ses semblables. À la différence d'Aristote, Hobbes soutient que les hommes préexistent à la société, et ne s'associent entre eux que dans la mesure où ils craignent la mort et la violence induits par leur état naturel d'immoralité. En 1762, dans le *Contrat social*⁵, Rousseau, sans doute plus optimiste, considère que l'homme est naturellement bon mais peut être perverti par la société qu'il a accepté de constituer.

Combiner ces réflexions nous amène à deux conclusions. D'une part, l'homme est un être social, par nature ou par contrat. D'autre part, l'homme est conduit, de par son immoralité naturelle ou par la perversion de la société, à dominer d'autres hommes. L'on ne saurait fonder tout le crédit de l'effet horizontal sur ces thèses, mais il faut observer qu'elles portent en elles certains germes de l'idée d'une application privatisée des droits de l'homme. L'effet horizontal des droits de l'homme consiste en effet à imposer le respect de ces dits droits aux individus, personnes privées, au-delà de la seule puissance publique. Ce mécanisme est rendu nécessaire par le constat de rapports inégalitaires au sein de la société, par la domination de certains individus sur leurs semblables. Pour autant, les droits de l'homme

¹ J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in René Cassin, *Amirocum Discipulorumque Liber*, t. III, Paris, Pedone, 1971, p. 312.

² P. PELLEGRIN, *Aristote. Les Politiques : Traduction, introduction, bibliographie, notes et index*, Paris, Flammarion, 2015.

³ ARISTOTE utilise notamment le langage comme preuve que l'homme est un animal politique : il considère qu'en tant que la nature ne créé rien vain, si elle a donné à l'homme le langage, et que le langage n'est effectif que dans le cadre d'une société, c'est que la société est bien la place que la nature a assigné à l'homme.

⁴ T. HOBBS, *Leviathan* (1651), Introduction and notes by J.C.A. Gaskin, Oxford, Oxford University Press, 1998.

⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), présentation, notes, bibliographie et chronologie par B. Bernardi (dir.), Paris, Flammarion, 2001.

n'ont pas été pensés de façon aussi perméable à la personne privée. Historiquement, ceux-ci sont l'apparat de la puissance publique et des relations de cette nature. Même si les droits de l'homme ne se prêtent pas à une définition précise et absolue, il est à ce stade nécessaire d'en dégager les contours.

Les droits de l'homme renvoient aux prérogatives reconnues à chaque individu car inhérentes à sa qualité d'homme et plus précisément essentielles à sa dignité. En ce sens, ces droits apparaissent comme inaliénables et préexistants à toute forme d'organisation politique⁶. Nous comprenons alors que le *concept philosophique* des droits de l'homme se différencie de la *catégorie juridique* des droits fondamentaux. En effet, l'expression « droits fondamentaux » désigne « une forme particulière de juridisation des droits de l'homme qui s'est affirmée avec force dans la seconde moitié du xx^e siècle⁷ ». Les droits fondamentaux sont donc le produit d'une création normative ; ce sont des droits individuels ayant acquis une certaine valeur juridique (supralégislative) et des garanties (contrôles de constitutionnalité et de conventionalité, par exemple), leur assurant une prééminence politique. Si les deux termes ne désignent ainsi pas la même notion, ils demeurent intimement liés : un droit n'acquiert le statut de droit fondamental que s'il est conceptualisé comme un droit de l'homme. Par ailleurs, on peut considérer que cette distinction de langage n'est en fait que le reflet de doctrines juridiques divergentes : l'expression de droits de l'homme rejoindrait l'École du droit naturel qui pense ces prérogatives comme naturelles à l'homme, tandis que l'expression de droits fondamentaux se rallierait davantage à la pensée positiviste qui postule qu'une prérogative doit être consacrée juridiquement comme un droit de l'homme pour en être un. Ces termes auraient donc une connotation idéologique distincte, mais signifieraient en substance la même chose. Ainsi, la ressemblance entre ces termes nous permettra d'employer les deux dénominations de façon indistincte au sein de cette étude.

Outre ces différenciations sémantiques, il faut observer, dans une perspective philosophique, que les droits de l'homme et les droits fondamentaux ont avant tout été pensés comme des instruments de limitation du pouvoir politique. En ce sens, ils sont des prérogatives accordées aux personnes privées mais qui ne peuvent s'imposer qu'à la puissance publique, dans le but de juguler ses excès. En effet, à l'heure des premières déclarations des droits de l'homme en Europe, il s'agit avant tout de libérer l'homme de l'oppression étatique. Le mouvement révolutionnaire européen du Printemps des peuples marque en ce sens la volonté de rompre définitivement avec la négation de l'individu, née des monarchies absolues⁸. Les États, ayant annihilé les droits individuels, en deviennent logiquement les débiteurs exclusifs. Toute ingérence de la puissance publique devient contrôlée, de façon à ne pas porter une atteinte démesurée aux libertés. La sphère privée est donc indifférente à l'obligation des droits de l'homme, ceux-ci n'étant le devoir que de la seule puissance publique. Il est ainsi question de l'effet *vertical* des droits fondamentaux, qui oblige les acteurs du « haut » (l'État), à l'égard de ceux du « bas » (les individus). L'effet *horizontal* des droits fondamentaux, qui oblige quant à lui des individus envers d'autres individus, n'a donc pas de raison d'être : les puissances privées, quelles qu'elles soient, ne sont pas pensées comme pouvant porter atteinte aux libertés d'autrui. La priorité est à la protection de l'individu contre les agissements de l'État. C'est ainsi qu'est née la « première génération »

⁶ L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAIA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2021, p. 15.

⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁸ V. *infra*, note 33.

des droits de l'homme. Il s'agit de droits civils et politiques comme le droit à la sûreté, à la propriété, la liberté d'expression ou la liberté de religion. Ces droits, d'inspiration individualiste et libérale, imposent donc une limite à l'État. Le respect par la puissance publique de ces « droits-libertés⁹ » se traduit ainsi par sa non-ingérence dans la sphère privée. En somme, il s'agit de contrôler la puissance de l'État pour protéger la vulnérabilité des individus. En ce sens, ces derniers ne sauraient être rendus débiteurs des droits fondamentaux. D'un point de vue philosophique et historique, cela a néanmoins été remis en cause.

En premier lieu, une partie de la doctrine rappelle que la puissance publique n'est pas désincarnée ; elle est nécessairement aux mains d'individus. Ainsi, comme le souligne J.- F. Lafaix, c'est en raison de « la volonté de protéger les individus contre ceux d'entre eux qui accèdent aux positions de pouvoir politique (...) que la puissance publique doit respecter les droits fondamentaux¹⁰ ». Il faut donc comprendre que les violations des droits fondamentaux commises par la puissance publique sont, en réalité, le fait de personnes privées, qui agissent parfois au nom de leurs intérêts particuliers. En ce sens, il devient logique d'imposer le respect des droits fondamentaux dans les rapports privés. L'effet vertical des droits fondamentaux ne serait alors plus qu'une « forme particulière de garantie contre les puissances privées¹¹ », et l'effet horizontal serait lui, le mécanisme principal du respect des droits de l'homme.

En second lieu, l'étanchéité entre la sphère privée et la puissance publique fut remise en cause par les conséquences de la révolution industrielle et les séquelles des deux conflits mondiaux. En 1945, le monde et les besoins ne sont plus les mêmes qu'au XVIII^e siècle. La fin de la Seconde Guerre mondiale a avec elle entraîné une transformation sans précédent de la vie sociale et économique. L'Europe doit être reconstruite, la misère sociale est prégnante. Et si l'État est le seul à être débiteur des droits de l'homme, il se doit donc d'agir. La solidarité devient le maître-mot nécessaire de l'après-guerre, et c'est à travers un interventionnisme étatique fort que « l'idéal égalitaire de la démocratie¹² » et « l'aspiration à la Justice¹³ » se réaliseront de manière effective. Le modèle libéral sur lequel les droits de l'homme s'étaient jusqu'alors construits est remis en cause. Désormais, les attentes ne sont plus seulement individualistes et politiques, mais collectives et sociales.

Ainsi apparaît la deuxième génération des droits de l'homme : les droits économiques, sociaux et culturels. Si la terminologie du droit international opère une distinction substantielle entre ces trois adjectifs¹⁴, les systèmes régionaux et les ordres internes préfèrent s'en tenir aux *droits sociaux* pour traiter de cette deuxième génération de droits¹⁵. Nous centrerons notre étude sur cette appellation, les libertés économiques relevant davantage d'un vocabulaire libéral et s'alignant plutôt sur la première génération des droits de l'homme.

⁹ L. FAVOREU *et al.*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰ J.-F. LAFAIX, « L'effet horizontal des droits fondamentaux et la théorie républicaine de la liberté », p. 24 *in* T. HOCHMANN et J. REINHARDT (dir.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2018.

¹¹ *Ibid.*

¹² R. REMOND, *Le XIX^e (1815-1914). Introduction à l'histoire de notre temps. 2*, Paris, Le Seuil, coll. « Points Histoire », 1974, p. 111.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ V., en ce sens, J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Droits économiques, sociaux et culturels », p. 322 *in* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, S. RIALS, J.-P. MARGUENAUD (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008.

¹⁵ *Ibid.*

Il conviendra tout de même d'« emprunter » aux droits culturels le droit à l'éducation, celui-ci se rapprochant du contenu induit par le terme de droits sociaux. Selon les mots de J.- F. Akandji-Kombe, les droits sociaux ont essentiellement pour but de « protéger le travailleur et d'apporter aux plus démunis une protection sociale minimale par le jeu de la solidarité¹⁶ ». Ainsi les droits sociaux ne peuvent être exercés par des individus que dans la mesure où ces derniers interagissent avec d'autres individus. À titre d'exemple, le droit au travail ne s'appliquera jamais de manière isolée. Les droits sociaux viennent alors s'adosser aux libertés purement individuelles, qui ne peuvent se déployer « sans un minimum de protection sociale¹⁷ ». L'essence de ces droits réside donc effectivement dans une vision *solidaire* de la société, d'un point de vue organique comme politique. Quant à leur contenu, si la doctrine semble s'accorder sur un « noyau dur » des droits sociaux, constitué de garanties touchant au domaine du travail (tels que la liberté syndicale ou le droit de grève), l'on observe que l'acception de droits sociaux s'avère en réalité fort tentaculaire : certains incluent également dans cette catégorie « un ensemble de besoins qui touche globalement la société, mais dont les bénéficiaires ne sont pas toujours en condition de se fournir directement et librement sur le marché¹⁸ ». Il en va ainsi du droit au logement, ou de la protection de la santé.

Il faut aussi remarquer, comme le souligne A. Pizzorusso, que la classification en générations de droits est essentiellement significative pour « l'histoire des événements constitutionnels¹⁹ ». En pratique, les droits et libertés se distinguent moins par cette catégorisation formelle que par la nature ou la logique de protection des droits fondamentaux que doit assurer l'État. Si les droits civils et politiques requièrent le plus souvent une abstention de la part de la puissance étatique, les droits sociaux supposent quant à eux une intervention des pouvoirs publics. L'égalité salariale, le droit de grève, le droit à la protection sociale, le droit à l'instruction, le droit au loisir sont autant de libertés dont la jouissance nécessite une action positive de l'État. Par ailleurs, il faut constater que les droits sociaux ne sont pas complètement imperméables aux droits civils et politiques ; les deux catégories sont poreuses, même complémentaires. Les droits de l'homme, quels qu'ils soient, sont des droits de l'homme en société. Ainsi les libertés civiles et politiques ne sont-elles pas étanches à l'environnement social, et inversement. Cette interpénétration se constate en droit positif international et européen ; certains droits sont consacrés tout à la fois par des instruments dédiés aux droits civils et politiques, que par ceux dédiés aux droits sociaux. Si l'on compare les deux Pactes des Nations unies ou, à l'échelle européenne, la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après Convention EDH) avec la Charte sociale européenne (ci-après CSE), des prérogatives tels que le droit syndical, le droit de propriété, ou le droit à l'éducation, sont présentes dans les deux types d'instruments. Inversement, un même texte peut s'avérer regrouper les deux familles de libertés. Cette logique se trouve magistralement confirmée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après Charte DFUE). La spécificité des droits sociaux ne semble ainsi pas tenir d'une véritable unité de contenu, mais davantage de facteurs conjoncturels et d'une appellation doctrinale. Ces droits ne sont donc pas uniquement ceux de ladite « deuxième génération », et il s'agira dans cette étude de considérer les droits sociaux, si ce n'est dans toute leur spécificité, également dans toute leur

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ M.-E. BUTT, J. KÜBERT, C.-A. SCHULTZ, *Droits sociaux fondamentaux en Europe*, Parlement européen, document de travail, novembre 1999, p. 9.

¹⁸ C. MIGUEL HERRERA, *Les droits sociaux*, Paris, PUF, 2009, p. 6-7.

¹⁹ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Droits économiques, sociaux et culturels », p. 323 in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, S. RIALS, J.-P. MARGUENAUD (dir.), préc.

latitude.

Néanmoins, en tant que droits fondamentaux, les droits sociaux souffrent d'une reconnaissance – et donc d'une protection – moindre que les droits civils et politiques. À partir de la seconde moitié du xx^e siècle, le droit international et européen a cependant joué un rôle important dans leur consécration. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 atteste d'une prise en compte décisive des droits sociaux à l'échelle internationale. En Europe, la rédaction de la Charte sociale européenne – puis sa révision en 1996 – est venue conférer aux droits sociaux une visibilité, aux côtés des droits civils et politiques contenus dans la Convention EDH. Pour autant, la Charte n'a pas de portée contraignante et le Comité qui en assure la bonne exécution est composé d'experts indépendants qui ne sont pas des juges. Le système de la Convention pouvait donc apparaître plus à même de faire respecter les droits sociaux, mais tel n'est pas le contenu du texte, ni le rôle premier de la juridiction qui s'y affère. Toutefois, l'on observera que l'activisme de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH) et du Comité européen des droits sociaux (ci-après CEDS) a permis une réelle valorisation de ces droits. Quoi qu'il en soit, notre regard ne saurait se cantonner au système du Conseil de l'Europe. En effet, l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a donné un élan décisif à la consécration des droits sociaux en Europe. Son entrée en vigueur en 2000, puis son accession au rang de droit primaire en 2009, a marqué un tournant important pour les droits sociaux. Pour la première fois au sein de l'Union, les droits sociaux sont listés dans une source de droit primaire consacrant des droits fondamentaux. L'ordre juridique de l'Union dispose par ailleurs d'autres outils de protection des droits sociaux, comme les principes généraux du droit de l'Union (ci-après PGDUE) et les directives. Le territoire européen présente donc des sources multiples de protection des droits sociaux, qui ne disposent pas des mêmes qualités ni des mêmes faiblesses. Une telle diversité justifie que soit envisagée une étude articulée et comparée de ces instruments, à savoir la Convention EDH, la CSE ainsi que le droit primaire et le droit dérivé de l'Union européenne. Par ailleurs, tous les États membres de l'Union sont Parties au Conseil de l'Europe et doivent donc respecter le droit en émanant lorsqu'ils ratifient les Conventions de cette organisation. Particulièrement, l'ensemble de ces États a ratifié la Convention EDH et la majorité d'entre eux a ratifié la Charte sociale européenne²⁰. Cette interdépendance appuie la nécessité de combiner l'analyse entre l'ordre juridique de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe.

Mais, pour que les droits sociaux consacrés par ces instruments juridiques jouissent d'une effectivité, les États européens ne peuvent demeurer passifs. Ils doivent intervenir dans l'orbite de la liberté contractuelle pour doter les individus d'une protection sociale et pour les prémunir de la potentielle domination d'autres individus avec qui ces premiers interagissent. Autrement dit, les États doivent agir jusque dans la sphère privée car celle-ci est aussi une menace pour les droits de l'homme, et particulièrement pour les droits sociaux. Elle l'a d'ailleurs toujours été puisque la puissance publique est incarnée par des individus. De la sorte, nous comprenons que le développement des droits sociaux est consubstantiel à la nécessité d'horizontaliser les droits de l'homme.

Nous remarquons aussi que l'effet horizontal des droits sociaux conduit à remodeler

²⁰ Le Liechtenstein, Monaco, Saint-Marin et la Suisse n'ont ratifié aucune des deux versions de la Charte sociale européenne, tandis que la Croatie, la République tchèque, le Danemark, l'Islande, le Luxembourg, la Pologne, l'Espagne et le Royaume-Uni ont conservé la Charte de 1961. L'Allemagne a ratifié la Charte révisée le 29 mars 2021. La France et le Portugal ont accepté toutes les dispositions de la Charte révisée.

la signification des droits fondamentaux en tant que tels. Ce n'est plus la conception libérale défensive qui les caractérise (ou du moins plus uniquement), mais une conception « solidariste » (pour reprendre la pensée du français Léon Bourgeois). Les droits fondamentaux ont alors pour fonction première celle de « promouvoir l'égalité de tous face à l'inégale répartition des ressources au sein de la société²¹ ». Rejoignant Aristote, attribuer un sens aux droits fondamentaux relève de la capacité de l'homme à conceptualiser des valeurs. Rejoignant Hobbes et Rousseau, l'effet horizontal sert à atténuer voire supprimer les rapports de domination existants entre les individus. Dans la pensée moderne, il est possible d'emprunter à Philip Pettit la *théorie républicaine de la liberté* pour justifier au mieux l'effet horizontal des droits sociaux²². Sa thèse part d'une critique de la liberté dans son versant négatif, qui ne protégerait pas contre la volonté arbitraire d'autrui, ni contre l'inégale répartition des ressources économiques et culturelles. Ce dernier aspect rejoint la critique marxiste de la liberté négative ; c'est l'idée que les personnes privées ne pourront de toute façon pas exploiter la faculté de non-ingérence étatique à partir du moment où « leurs moyens matériels et culturels sont trop faibles²³ ». Ainsi, dans la perspective de l'effet horizontal, la liberté est repensée comme instrument de non-dominance.

Par-delà la sphère doctrinale, l'avènement des droits fondamentaux en tant que valeurs sociales et la remise en cause de la distinction entre le domaine privé et public ont été saisis et impulsés par le monde juridictionnel. C'est, en effet, à l'occasion de l'arrêt *Lüth*²⁴, rendu le 15 janvier 1958, que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a déployé un tel raisonnement. Dans cette célèbre décision portant sur la liberté d'expression, la Cour considéra que les droits fondamentaux, au-delà de leur rôle de protection contre les actions de l'État, déploient un effet à l'égard des tiers, entendus comme les personnes privées. C'est pour cela que l'on retrouve aujourd'hui la notion de *Drittwirkung*, qui signifie littéralement « effet vis-à-vis des tiers », au fondement juridique de l'effet horizontal. La théorie de la *Drittwirkung* impose donc au juge de prendre en compte les valeurs et principes fondamentaux reconnus par la Loi Fondamentale même lorsqu'il se prononce sur des cas strictement privés. Dans l'arrêt *Lüth*, la Cour constitutionnelle fédérale parle des droits fondamentaux comme d'un « ordre objectif de valeurs », et que « c'est précisément par l'établissement de cet ordre de valeurs que se manifeste le renforcement de principe de l'autorité des droits fondamentaux²⁵ ». Ainsi « le contenu normatif des droits fondamentaux en tant que normes objectives se déploie également dans le droit privé, à travers les dispositions directement applicables dans cette branche du droit²⁶ ».

Cette théorie trouve une résonance certaine à l'échelle internationale. Des instruments de protection des droits de l'homme ont en effet été interprétés comme sources d'obligations contraignantes à l'égard des États pour la protection effective et concrète des individus. En conséquence, même si l'atteinte ne provient pas de l'État directement, celui-ci demeure responsable pour n'avoir pas protégé de manière effective les droits de l'individu

²¹ J.-F. LAFAIX, « L'effet horizontal des droits fondamentaux et la théorie républicaine de la liberté », *op. cit.*, p. 23.

²² *Ibid.*, p. 23-42.

²³ *Ibid.*, p. 28.

²⁴ M. FROMON, Commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande BVerfGE, 7, 198, 15 janvier 1958, *Lüth*, in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, p. 115-117.

²⁵ *Ibid.*, p. 116.

²⁶ H. SCHULZE-FIELITZ, « L'arrêt Lüth – 50 ans après », *Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales, JURA*, 1/2008, p. 52-57.

relevant de sa juridiction. Tel est le cas de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁷.

Toutefois, dans le cadre des traités spécifiquement relatifs aux droits de l'homme, c'est certainement la Convention EDH qui fournit le modèle le plus achevé de protection juridictionnelle pour les individus. C'est notamment sur le fondement de la théorie des obligations positives que la Cour de Strasbourg a horizontalisé les droits conventionnels. Les libertés garanties doivent être vécues de manière effective par les individus, et cet impératif ne s'arrête pas aux limites de la sphère publique. Ainsi, alors que la Convention EDH ne régit que les rapports entre États et particuliers²⁸ (ou dans une moindre mesure, les rapports d'États à États²⁹), la Cour EDH – à la suite de la Commission³⁰ – a admis l'applicabilité de la Convention aux rapports interindividuels dès sa décision *Young, James et Webster*³¹ du 13 août 1981. Cela peut alors s'analyser comme une extension de sa compétence *ratione personae*. Le dynamisme du CEDS est lui aussi venu conférer une dimension horizontale aux droits consacrés dans la Charte sociale européenne.

En Europe, les instruments du Conseil de l'Europe ne sont pas les seuls à s'être vus consacrés au sein de litiges entre des personnes privées. Les dispositions du droit communautaire ont eux aussi connu un processus d'horizontalisation, initié par la Cour de justice des Communautés européennes. Mais, si le développement de l'effet horizontal par les organes du Conseil de l'Europe s'est justifié par la nécessité d'une protection effective des individus, un tel essor au sein des Communautés européennes fut davantage lié aux dérives de la liberté économique sur les garanties sociales. La Cour de Luxembourg ne pouvait ignorer le fait que la logique du marché affecte inévitablement la logique sociale.

En somme, c'est la place de l'individu que questionne l'effet horizontal au sein de ces deux ordres juridiques européens. Pour autant, la logique des traités empêche que ne soit directement retenue la responsabilité individuelle. La violation du droit supranational n'est constatée qu'à l'égard des États. Ce faisant, un État peut être tenu responsable, non seulement du fait de son action, mais également du fait de son omission à agir, ou de sa négligence, celle-ci ayant permis à des particuliers de porter atteinte aux droits fondamentaux d'autres particuliers. Le mécanisme de responsabilité de l'individu est indirect puisque ce dernier n'est pas tenu de l'obligation du respect des droits de l'homme. La doctrine parle en ce sens de l'effet horizontal indirect. L'effet horizontal direct, lui, implique que soit immédiatement reconnue la responsabilité des particuliers pour l'atteinte qu'ils auraient causée aux droits fondamentaux d'autres individus. La responsabilité de l'individu est directe, et ne peut en ce sens être observée qu'à l'échelle du droit national. L'effet horizontal direct des droits fondamentaux européens se réalisera donc au sein des ordres juridiques internes, sous réserve d'une certaine porosité entre l'ordre européen et l'ordre national.

Aujourd'hui, dans l'ordre juridique communautaire comme dans celui du Conseil de

²⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 15^e éd., Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2021, pp. 85 et 266.

²⁸ V. article 34 Convention EDH.

²⁹ V. article 22 Convention EDH.

³⁰ Com EDH, Rapp., 14 décembre 1979, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, § 168 : « Il est bien établi désormais que la Convention contient des articles qui non seulement protègent l'individu contre l'État, mais obligent l'État à protéger de droits de l'homme même contre les agissements d'autrui ».

³¹ Cour EDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, n° 7601/76 et n° 7806/77.

l'Europe, nous pouvons observer que l'effet horizontal est un mécanisme encouragé autant qu'il est contenu. En effet, la reconnaissance des effets horizontaux des droits de l'homme, *a fortiori* sociaux, contribue indubitablement à leur protection effective, et se positionne au service de la justice sociale. La privatisation de la sphère publique et le rôle grandissant de certaines entités privées la légitiment d'autant plus que ces phénomènes favorisent les relations interindividuelles, et donc les atteintes de cette nature. Toutefois, l'on ne saurait ignorer les craintes pesant sur le mécanisme de l'effet horizontal. D'une part, l'effet horizontal conduit à bousculer le rôle étatique et à repenser la place des droits fondamentaux eu égard à celle des droits sociaux, ce qui est loin de faire consensus. D'autre part, l'effet horizontal des droits sociaux peut amener à publiciser démesurément la sphère intime, jusqu'à détruire l'exercice de certaines libertés. Ces craintes semblent être également perçues par les Cours européennes. Peut-être en raison de cette ambivalence, l'effet horizontal souffre aujourd'hui d'une carence de systématisation. Ce mécanisme n'est pas théorisé ni pleinement consacré devant les prétoires en tant que technique juridictionnelle à part entière.

Rendre compte de l'effet horizontal, c'est donc rendre compte de son ambivalence. L'effet horizontal impose en ce sens d'associer une réflexion théorique sur la place de l'individu et des droits fondamentaux vis-à-vis de l'État à une réflexion pratique sur les modalités de son développement. Dès lors, il conviendra de traiter en premier lieu les fondements de l'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux (Première Partie), puis, en second lieu, la force pratique d'un tel mécanisme (Deuxième Partie).

PREMIÈRE PARTIE. – LES FONDEMENTS DE L’EFFET HORIZONTAL DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX : LA QUESTION D’UNE LÉGITIMITÉ IDÉOLOGIQUE ET TECHNIQUE

Les fondements de l’effet horizontal des droits sociaux fondamentaux relèvent de deux types. L’un est idéologique ; c’est celui de la fondamentalisation de ces libertés (Titre I). Comment en effet postuler qu’un droit est fondamental sans se questionner sur sa nature ? Le second fondement est d’ordre technique ; l’effet horizontal est construit par des éléments et raisonnements juridiques permettant de fonder la réalité de ce phénomène. Il conviendra alors d’observer l’horizontalisation des droits fondamentaux (Titre II).

TITRE I. – LA FONDAMENTALISATION DES DROITS SOCIAUX

La fondamentalisation des droits sociaux tient d’une part à concevoir les droits sociaux comme des droits de l’homme (Chapitre I), et d’autre part à les observer comme des droits justiciables (Chapitre II).

CHAPITRE I. – LES DROITS SOCIAUX COMME DROITS DE L’HOMME

Les droits sociaux ont longtemps été les parents pauvres des droits de l’homme. Et même si la tendance est à leur inclusion formelle dans les droits fondamentaux, des paradoxes théoriques demeurent. Ainsi la reconnaissance des droits sociaux fondamentaux se heurte-t-elle à un certain nombre d’arguments conceptuels (Section I). Toutefois, force est de constater qu’un abondant raisonnement est nourri en faveur de la fundamentalité des droits sociaux (Section II).

SECTION I. – LES OBSTACLES CONCEPTUELS À LA FONDAMENTALITÉ DES DROITS SOCIAUX

Le droit à la santé, à l’instruction, au loisir, aux congés payés, au logement... relèvent de considérations sociales. Mais leur reconnaissance en tant que droits de l’homme n’a pas été – et n’est toujours pas – une évidence. Il existe, en effet, une méfiance certaine à l’égard de la fondamentalisation des droits sociaux, qui s’étend logiquement à leur horizontalisation³². Il conviendra alors de retenir deux approches critiques. Premièrement, une approche constitutionnelle dénonce une remise en cause illégitime de l’organisation des institutions publiques et des principes de gouvernement. Cette critique repose donc sur la crainte d’une dénaturation du rôle de l’État (I). Deuxièmement, une approche philosophique invite à observer la fondamentalisation des droits sociaux comme une méconnaissance de la notion même de droit fondamental. La crainte est ici celle d’une dénaturation des droits fondamentaux (II).

³² L’analogie entre la méfiance des droits sociaux comme droits fondamentaux et celle de leur horizontalisation est notamment démontrée par E. Frantziou qui explique que, selon une partie de la doctrine, reconnaître l’horizontalité des droits sociaux reviendrait à reconnaître une inflation injustifiée des droits fondamentaux (« *fear of rights inflation* ») : E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 212-214.

I. – Une dénaturation du rôle de l'État comme obstacle constitutionnel

La principale crainte à la fundamentalité des droits sociaux est liée au rôle de l'État, et ce pour au moins deux raisons. Une troisième raison peut être soulevée à titre purement technique.

La première tient au rôle de l'État dans la protection des droits de l'homme. En effet, les droits fondamentaux dits « traditionnels », nés de l'oppression du pouvoir monarchique³³, portent en eux une vision éminemment libérale et soutiennent donc une abstention de l'État. Or, pour être effectives, la plupart des prérogatives sociales nécessitent une prestation positive de la part de la puissance publique³⁴. Ainsi, l'extension du statut de droit fondamental aux droits sociaux peut être perçue comme une attaque directe contre les principes d'autonomie et de liberté privée que les droits civils et politiques s'efforcent de garantir. Plus précisément, la fundamentalisation des droits sociaux constituerait une illusion dangereuse en ce qu'elle tendrait à faire croire que la société peut être débitrice d'obligations et supposerait l'avènement d'un État totalitaire, annihilant par l'intervention publique, les libertés individuelles durement acquises³⁵. Selon la doctrine des statuts de Jellinek³⁶, et en tant que les statuts « désignent des relations possibles entre l'État et l'individu³⁷ », les droits de l'homme seraient le *status negativus*, qui vise la sphère de liberté de l'individu et commande donc une abstention de l'État pour la garantir. Selon une typologie plus récente, celle de l'école aixoise de droit constitutionnel, le *status negativus* pensé par Jellinek correspondrait à la catégorie de droits-libertés, qui incluent les « droits de l'homme » tels que la dignité de la personne humaine et toutes les libertés purement individuelles (la liberté d'association, la liberté d'expression, etc.) ainsi que les « droits du travailleur » comme le droit de manifestation, le droit de grève, la liberté syndicale. Si les deux doctrines postulent une abstention de l'État pour de telles catégories, l'école aixoise y inclut certains droits sociaux, ce qui n'est pas sans remettre en question – déjà à ce stade de l'étude – l'affirmation selon laquelle les droits sociaux impliquent forcément une prestation positive de la part de l'État. En tout état de cause, pour les tenants libéraux des droits de l'homme, ces derniers ne peuvent intégrer en leur sein les droits sociaux. Ce serait admettre l'action étatique, ce qui ruinerait le fondement même des libertés individuelles. En ce sens, les droits de l'homme doivent restés limités à une liberté négative.

³³ Au XIX^e siècle, les monarchies européennes se voient menacées par l'éveil des consciences nationales, les hommes revendiquant leurs libertés individuelles. L'Europe voit éclore des insurrections nationales, incarnées par le Printemps des peuples. Ce mouvement révolutionnaire européen, qui se déroule pendant l'année 1848 (suite au Congrès de Vienne ayant restauré la monarchie dans tous les pays conquis par la France), est motivé par les aspirations d'émancipation sociale et la volonté d'unité nationale, nées de l'aliénation des pouvoirs monarchiques. Les révolutions du Printemps des peuples portent donc en elles les germes de la pensée libérale des droits de l'homme, selon laquelle celui-ci tient de lui-même des prérogatives inaliénables que la puissance publique ne saurait lui enlever. Au niveau national français, l'idéologie individualiste des droits de l'homme s'incarne notamment par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

³⁴ En gardant à l'esprit que tous les droits sociaux ne nécessitent pas une action positive de l'État. À titre d'exemple, la liberté syndicale commande une abstention de la part des pouvoirs publics.

³⁵ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, S. RIALS et J.-P. MARGUENAUD (dir.), *op. cit.*, p. 324.

³⁶ Cette doctrine fut développée par le théoricien allemand du droit et de l'État, professeur à l'Université de Heidelberg, Georg Jellinek (1851-1911) dans son ouvrage *L'État moderne et son droit*, t. I et II, Paris, Panthéon-Assas/LGDJ, 2005 (préface du professeur O. Jouanjan).

³⁷ J. CHEVALLIER (J. CHEVALLIER, *op. cit.*) cite O. Jouanjan (O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris, PUF, Leviathan, 2005, p. 335).

La seconde raison à la crainte des droits sociaux comme droits de l'homme tient au rôle de l'État dans la protection des besoins économiques et sociaux. Le refus de voir dans les droits sociaux de quelconques droits fondamentaux est alors lié à une considération démocratique : celle de la séparation des pouvoirs, telle qu'interprétée strictement. Comme nous l'avons vu, l'effectivité des droits sociaux se corrèle souvent à une prestation de l'État. Ainsi, c'est le budget public qui est en jeu. Or les choix budgétaires sont l'apanage du Parlement, non du juge. Le Parlement démocratiquement élu édicte la loi, le juge n'en est que l'interprète. Il n'a pas ainsi la légitimité pour statuer sur des problèmes d'ordre économique et social qui sont incarnés dans les lois. Le juge ne peut se faire « super législateur³⁸ ». Et, dans une large mesure, il se le refuse d'ailleurs³⁹. Toute décision relative à la dépense publique accordée pour l'éducation, aux travailleurs ou à la sécurité sociale, relève donc du domaine politique et non juridique. En tout état de cause, cette affirmation se voit renforcée par l'incapacité technique du juge pour trancher des questions sociales. Cette idée, présente notamment dans la doctrine anglo-saxonne⁴⁰, attribue au juge une incompétence de fait dans la promotion d'intérêts sociaux et économiques, du fait du caractère général et « polycentrique⁴¹ » de ces derniers. En d'autres termes, le pouvoir judiciaire ne serait pas à même de saisir des questions d'ordre social qui n'ont pas seulement des conséquences sur les parties, sinon sur la société dans son ensemble. L'argument technique vient donc soutenir l'argument démocratique. Ainsi le juge, dans son arbitraire comme dans son incapacité politique, ne saurait juger de questions sociales, qui sont tout sauf des droits fondamentaux que celui-ci est en mesure de protéger.

Enfin, il est possible de remarquer que la fundamentalité des droits sociaux constitue une difficulté eu égard à la valeur suprême qu'incarne la Constitution d'un État. Les droits fondamentaux se définissent en partie comme des règles garanties par une norme suprême, en ce qu'elles ne peuvent pas être écartées par une norme supérieure. Ce faisant, une norme suprême – comme la Constitution d'un État – nécessite un certain seuil de généralité et d'abstraction, voire d'absolu. En tant qu'elle est une norme souveraine, qui ne peut d'ailleurs être facilement modifiée, la Constitution se doit de régir avec suffisamment de recul les principes politiques du pays. Elle ne peut entrer ni dans la technicité ni dans la temporalité exacte des besoins de la société. Or cette technicité et cette temporalité semblent être le propre des droits sociaux. Comme nous l'avons vu, ceux-ci nécessitent des prestations positives de la part de l'État, ou en tout état de cause, un plan d'action publique. Les droits sociaux ne seraient ainsi tout simplement pas aptes à être garantis par une norme suprême

³⁸ D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, p. 31.

³⁹ La Cour constitutionnelle allemande considère notamment que, « puisque l'allocation des moyens de l'État dépend des contraintes autres que constitutionnelles, notamment financières ou d'opportunité, ces « droits ne se réalisent que dans la discrétionnalité du législateur ». La Cour suprême irlandaise voit dans son refus de statuer, non pas la preuve d'une volonté de minimiser la matière sociale, mais au contraire la tentative de valoriser la dimension politique de leur réalisation (D. ROMAN (dir.), *op. cit.*, p. 33.). À l'échelle européenne, la Cour européenne des droits de l'homme se réfère grandement à la marge nationale d'appréciation en matière sociale. V. en ce sens p. 39 de la présente étude.

⁴⁰ Ce raisonnement est né face au constat de l'émergence du juge dans le processus décisionnel politique aux États-Unis ; le « judicial policy-making », qui « traduit la métamorphose du jugement, non plus seulement adjudication d'un cas individuel mais instrument vers la réalisation d'objectifs socialement et collectivement utiles » (D. ROMAN (dir.), *op. cit.*, p. 35.). V. en ce sens, L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978, p. 353 ; A. NOLAN, B. PORTER et M. LANGFORD, *The justiciability of social and economic rights: an updated appraisal*, *CHRGJ Working Paper no. 15*, 2007, p. 14-18.

⁴¹ D. ROMAN (dir.), *op. cit.*, p. 35.

absolue. En ce sens, ils ne pourraient pas se voir considérés comme des droits fondamentaux. Cet argument porte sur les garanties techniques d'un droit fondamental, et nous amène donc à questionner cette notion. Nous nous trouvons dès lors à la limite entre l'argument constitutionnel et philosophique. Il conviendra maintenant d'observer plus en profondeur ce dernier.

II. – Une dénaturation des droits fondamentaux comme obstacle philosophique

En outre, la peur d'une telle « inflation des droits⁴² » tient à la substance même des droits fondamentaux. L'inclusion des droits sociaux dans les décisions relatives aux droits de l'homme constituerait une méconnaissance (A) ainsi qu'une banalisation (B) philosophiques de ces derniers.

A. – La méconnaissance des théories des droits fondamentaux

D'une part, si les droits de l'homme s'entendent des « droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles⁴³ », alors pouvons-nous raisonnablement affirmer qu'ils sont empreints tout à la fois de la philosophie justanuraliste et positiviste. Or, à première vue, les droits sociaux ne s'inscrivent pas dans ces courants de pensée. Ils ne relèveraient donc pas de la catégorie des droits de l'homme, de par les philosophies qui fondent ces derniers.

La doctrine du jusnaturalisme relie les droits de l'homme à la nature humaine. Les droits fondamentaux seraient alors « un ensemble de prérogatives considérées comme appartenant naturellement à tout être humain⁴⁴ ». Il s'agirait de libertés propres à l'homme, qu'il tient de sa seule condition humaine. De ce fait, selon cette théorie, les droits fondamentaux ne sont pas construits par la société, ils sont simplement découverts par elle puisque préexistants à l'état de nature. C'est en cela que les droits fondamentaux sont qualifiés de droits naturels par les tenants du jusnaturalisme. Les droits de l'homme sont donc également universels et absolus. Universels puisque l'homme en bénéficie nécessairement s'il est un homme. Ainsi tous les hommes en bénéficient. Absolus en ce qu'ils ne dépendent d'aucune circonstance extérieure car ils résident de façon ultime dans l'être humain. Ils sont en ce sens inaliénables ; on ne saurait les limiter ou les annihiler. Or, *a priori*, les droits sociaux ne sont en rien naturels, universels et absolus. Ils seraient tout au contraire artificiels, particuliers et contingents. En effet, leur existence semble dépendre intrinsèquement de la structure sociale. C'est elle qui fait naître ces besoins, et donc ces droits. Les droits sociaux ne seraient ainsi que le fruit d'un artifice culturel, économique et sociétal. Une partie de la doctrine a même pu estimer que les droits sociaux se situent en fait aux antipodes des droits naturels puisque « reposant sur la constatation que l'ordre naturel des choses est injuste, ils affirment la nécessité pour l'homme d'agir sur la nature pour la modifier⁴⁵ ». Aussi, en tant qu'ils s'adressent le plus souvent à des catégories particulières de bénéficiaires, il ne serait

⁴² L'expression « inflation des droits » est empruntée à K. Möller (K. MÖLLER, « Proportionality and Rights Inflation », p. 155 in G HUSCROFT, B. MILLER et G WEBBER, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014) par E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle*, *op. cit.*, p. 212.

⁴³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, 2020.

⁴⁵ P. LAROQUE, *La Charte sociale européenne*, *Dr. soc.*, 1979, p. 100-199.

pas permis d'affirmer que les droits sociaux sont universels, et donc fondamentaux. À titre d'exemple, le droit aux congés payés est une prérogative réservée aux travailleurs. Les personnes inactives ou au chômage ne peuvent pas y prétendre. Par ailleurs, il faut rappeler que les droits sociaux postulent souvent une intervention publique quand les droits dits civils et politiques commandent une abstention de l'État. En ce sens, au contraire des droits civils et politiques, les droits sociaux sont loin d'être absolus mais semblent au contraire entièrement relatifs à la puissance économique et à la volonté politique de l'État. Là encore, le droit aux congés payés est évocateur car il nécessite une économie prospère et n'a pas toujours existé en Europe⁴⁶. Également, le droit de grève ne jouit pas de la même consécration juridique dans tous les pays européens⁴⁷. Ainsi, selon la doctrine jusnaturaliste, les droits sociaux ne sauraient être rigoureusement qualifiés de droits de l'homme.

La pensée positiviste apporte elle aussi quelques renforts à l'encontre de la fondamentalité des droits sociaux. Selon cette approche, sont des droits de l'homme les droits consacrés juridiquement comme tels. D'un point de vue purement constitutionnel, le fondement de cette théorie se situe dans la pensée de Carré de Malberg : « Le droit au sens propre du terme n'est pas autre chose que l'ensemble des règles imposées aux hommes sur un territoire déterminé par une autorité supérieure, capable de commander avec une puissance effective de domination et de contrainte irrésistible. Or, précisément, cette autorité dominatrice n'existe que dans l'État ». Selon cette théorie, les droits sociaux n'existent donc que si l'État les reconnaît, leur livrant les moyens juridiques, et même juridictionnels, pour exister. Concernant notre étude, il faut entendre par État le terme de gouvernant⁴⁸, celui-ci pouvant être national comme européen. Ainsi une partie de la doctrine européeniste a-t-elle pu considérer que c'est précisément l'inclusion des droits sociaux au sein de la Convention européenne des droits de l'homme, et donc leur soumission au contrôle de la Cour, qui leur attribuerait le statut de droit fondamental⁴⁹. Il a alors été avancé que les carences de consécration textuelle et de justiciabilité dont souffrent les droits sociaux se dressent en obstacles à leur fondamentalité. Même si nous aurons l'occasion de revenir plus en

⁴⁶ Si la référence aux « régimes de congés payés » est présente dans les traités communautaires dès 1957 (ex-article 142 TCE, nouvel article 158 TFUE : « Les États membres s'attachent à maintenir l'équivalence existante des régimes de congés payés »), l'inscription d'un *droit* aux congés payés n'est présente dans la législation européenne que depuis l'adoption de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. L'article 7 de cette directive prévoit notamment que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales. » Non seulement l'adoption de cette directive fut tardive, mais l'article 7 fait référence à la marge nationale d'appréciation, qui laisse aux États toute latitude pour légiférer selon leur contexte socio-économique et leur volonté politique.

⁴⁷ À titre comparatif, en France et en Italie, le droit de grève jouit d'une reconnaissance constitutionnelle, c'est un droit individuel reconnu à tout travailleur, pouvant être de nature socio-économique comme politique. Les droits nationaux de la Finlande et la Suède reconnaissent eux aussi le droit de grève dans leur Constitution mais n'admettent l'exercice de ce droit que de manière centralisée, au niveau des syndicats. En Allemagne et en Pologne, la grève n'est pas autorisée pour des raisons non contractuelles, et le recours à l'action revendicative doit obéir au principe de *ultima ratio*, en vertu duquel une grève n'est légale que si elle constitue l'ultime recours pour résoudre un conflit du travail.

⁴⁸ M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 7 : « Les règles qui déterminent la justesse de nos comportements ne seraient que le fruit de la volonté des gouvernants de la cité ou de celle des gouvernés à travers la formation d'un consensus ».

⁴⁹ A. BERENSTEIN, *Economic and Social Rights: their inclusion in the European Convention on Human Rights Problems of Formulation and Interpretation*, *Human Rights Law Journal*, 1981, p. 261.

profondeur sur cette difficulté par la suite⁵⁰, quelques éléments peuvent d’ores et déjà être soulevés. Au sein du Conseil de l’Europe, déjà le décalage chronologique entre l’adoption de la Convention européenne des droits de l’homme et de la Charte sociale européenne est significatif. L’absence persistante des droits sociaux au sein du texte conventionnel témoigne aussi d’une faible reconnaissance juridique de ces libertés. Quant à l’ordre juridique communautaire, le compromis incarné par l’article 52, § 5, de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne achève de convaincre les plus positivistes. Cette disposition oppose une dichotomie entre la notion de « droits » et « principes » au sein du texte de la Charte. Quand les « droits » bénéficient d’une pleine justiciabilité, ce qui est considéré comme un « principe » ne peut être invoqué devant le juge « que pour l’interprétation et le contrôle de [s]a légalité⁵¹ ». Or, force est de constater que les articles constitutifs du titre « Solidarité », tels que les articles 27, 28, 30, 34, 35 (pour ne citer qu’eux), consacrant respectivement le droit à l’information et à la consultation des travailleurs au sein de l’entreprise, le droit de négociation et d’actions collectives, la protection en cas de licenciement injustifié, le droit à la sécurité sociale et à l’aide sociale, la protection de la santé, sont autant de droits sociaux que nous sommes amenés à considérer comme des « principes » au sens de la jurisprudence luxembourgeoise⁵². De ce fait, les droits sociaux ne seraient pas des droits de l’homme à cause de leur faible justiciabilité à l’échelle européenne. Toutefois, il conviendra de ne pas accorder un crédit démesuré à une telle conclusion, qui, nous le verrons, peut largement être combattue⁵³.

B. – La banalisation de la notion de droit fondamental

D’autre part, et en conséquence, l’on peut considérer que la fondamentalisation des droits sociaux, économiques et culturels constitue une banalisation de la notion de droits de l’homme au profit de considérations pratiques qui n’ont pas leur place dans le champ des libertés fondamentales. Ainsi, des questions de bien-être matériel telles que de meilleures conditions de travail, des congés annuels payés, ou, comme a pu le dire de manière provocante le professeur M. Letsas, « le droit de bien dormir⁵⁴ », ne doivent pas être observés comme relevant des droits de l’homme⁵⁵. Certains auteurs ont en effet longtemps perçu les droits sociaux comme les « droits du superflu⁵⁶ ». En 1967, au sortir de la Seconde Guerre mondiale, le professeur M. Cranston estime ainsi que les droits sociaux relèvent d’une

⁵⁰ La Section 2, Chapitre 2, Titre 1, Partie I de la présente étude, intitulée « La justiciabilité limitée des droits sociaux » aborde plus spécifiquement ces difficultés.

⁵¹ L’article 52, § 5, de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (telle que consolidée le 13 décembre 2007, lors du Traité de Lisbonne) dispose : « Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l’Union, et par des actes des États membres lorsqu’ils mettent en œuvre le droit de l’Union, dans l’exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n’est admise que pour l’interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

⁵² *Infra* : v. p. 37-38 et p. 58-62 de la présente étude.

⁵³ *Infra* : v. la Section intitulée « L’identification des droits sociaux comme droits subjectifs » (p. 30-37) de la présente étude.

⁵⁴ G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 129.

⁵⁵ E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle*, *op. cit.*, p. 214.

⁵⁶ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 59.

philosophie utilitaire et sont avant tout des libertés destinées au loisir et au plaisir⁵⁷. Les droits sociaux n'auraient donc pas « l'importance primordiale⁵⁸ » des droits de l'homme.

Nous pouvons alors remarquer que cette double critique relative à la considération des droits de l'homme et des droits sociaux porte en elle l'idée d'une inévitable hiérarchie entre les droits. L'ordre du social serait en tout état de cause de moindre importance que l'ordre du « civil et politique ». Par conséquent, de par une approche constitutionnaliste et philosophique, nombre d'obstacles semblent s'ériger face à la fundamentalité des droits sociaux. Toutefois, une large partie de la doctrine utilise ces mêmes perspectives pour justifier au contraire leur caractère de droits de l'homme.

SECTION II. – LES JUSTIFICATIONS À LA FONDAMENTALITÉ DES DROITS SOCIAUX

Malgré les critiques affublées à leur fundamentalité, les droits sociaux se voient considérés par beaucoup comme des droits de l'homme. La première justification aux droits sociaux fondamentaux est axiologique ; c'est le concept de dignité humaine qui fonde leur existence (I). La seconde tient à une approche politique : c'est le besoin d'un État social qui sous-tend leur réalité (II).

I. – La dignité de la personne humaine comme fondement axiologique

En premier lieu, il nous faut aborder une perspective axiologique, c'est-à-dire fondée sur les valeurs. En ce sens, les justifications axiologiques font reposer la fundamentalité des droits sociaux sur les valeurs essentielles à l'humanité. Il est ainsi permis de constater que le fondement des droits sociaux ne tient pas nécessairement au besoin d'une prestation positive de l'État, et encore moins au pur caprice du plaisir. Leur émergence trouve sa source à un stade bien plus embryonnaire : celui du besoin absolu de l'homme à sa dignité. Dès lors, les droits sociaux ne se justifient pas autrement que les droits civils et politiques. Cette vision s'inspire grandement de la philosophie essentialiste et part du présupposé qu'un droit est fondamental à partir du moment où il est indispensable pour assurer la dignité de l'individu. En ce sens, les droits sociaux, protégeant l'intégrité du travailleur, l'indépendance de la femme, la non-discrimination, sont tout aussi fondamentaux que les droits civils et politiques. Les droits sociaux ont d'ailleurs émergé avec le plus d'éclat aux lendemains les plus sombres du continent européen, chaque fois que l'humanité même des individus – et donc leur dignité – leur fut niée. Pour comprendre le raisonnement positionnant la dignité au cœur de l'existence des droits sociaux, il nous faut revenir sur le concept de dignité.

Historiquement, le premier sens donné à la dignité fut celui d'une fonction ou d'un titre qui confère à quelqu'un un haut rang dans la hiérarchie sociale. En ce sens, la dignité est toute relative à chaque individu, elle varie en fonction des hommes. Mais cette définition a été largement surplombée par une approche moderne, incarnée surtout par le philosophe Kant. Selon lui, la dignité est au contraire ce qui réside en tout être humain et lui confère son intégrité. La dignité est donc un principe intangible de l'humanité, « une valeur intérieure absolue⁵⁹ », qui force au respect de soi-même et d'autrui. Autrement dit, la personne

⁵⁷ M. CRANSTON, « Human Rights, Real and Supposed », *Political Theory and the Rights of Man*, Bloomington, Indiana University Press, 1967, p. 51.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ E. KANT, *Métaphysique des Mœurs. Doctrine de la Vertu*, trad. A. Philonenko, 2^e éd., 1980, p. 109.

humaine, parce qu'elle est une personne humaine, possède une dignité, et ce faisant doit toujours être considérée comme une fin en soi, jamais comme un moyen⁶⁰. Il est intéressant à ce stade d'observer que la doctrine jusnaturaliste des droits de l'homme aligne le concept de dignité aux droits fondamentaux ; en tant que la dignité est naturelle à l'homme, universelle et absolue, alors les droits fondamentaux le sont également. Ainsi la dignité semble être le fondement logique du droit des droits de l'homme, protégeant l'individu en tant qu'il est un individu. Mais, si l'émergence des droits de l'homme a évidemment été sous-tendue par l'idée plus ou moins consciente de dignité, celle-ci a d'abord pris le sens plus divergent de liberté. Au XVIII^e siècle, la priorité absolue était celle d'assurer l'autonomie et la liberté individuelle. Ce n'est qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale que « le monde moderne (...) a encensé plus fortement le respect de la dignité humaine face aux actes perpétrés ressentis comme plus avilissants que la privation de liberté⁶¹ ». De liberté, l'aspiration des hommes devient plus largement, et plus absolument, celle de la dignité. Cette nouvelle approche est magistralement incarnée en droit positif. Ainsi, dès sa première phrase, le préambule de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 reconnaît la dignité comme « inhérente à tous les membres de la famille humaine », et l'article 1^{er} du texte déclare que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». Au niveau communautaire, la Charte DFUE consacre en son article 1^{er} le droit à la dignité humaine et dispose en ce sens que « la dignité est inviolable [et qu'] elle doit être respectée et protégée de tous ». Les explications de cet article précisent que « la dignité humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux ». Quant au Conseil de l'Europe, la Convention européenne et la Charte sociale européenne n'emploient pas expressément le terme de dignité. Mais certains voient dans cette absence de mention l'idée d'une évidence telle que mentionner la dignité serait inutile⁶². D'autres peuvent voir une référence implicite à la dignité dans la formulation de « patrimoine commun d'idéal » présente dans le Préambule de la Convention⁶³, ou dans « les idéaux et principes qui sont [le] patrimoine commun [des États Parties] », termes employés dans le Préambule de la Charte sociale européenne. En tout état de cause, la Cour EDH a affirmé dans son arrêt *SW c/ Royaume-Uni* que « l'essence même » de la Convention est « le respect de la dignité et des libertés humaines⁶⁴ ».

Le passage de la liberté à la dignité comme fondement des droits de l'homme s'accompagne du passage de l'individualisme au personnalisme comme fondement de la

⁶⁰ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs* (1785), trad. V. Delbos, Paris, Les Échos du Maquis, 2013, p. 42. Selon la célèbre formule : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans celle de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen ».

⁶¹ C. NIVARD, *op. cit.*, p. 55.

⁶² *Ibid.*, p. 103. L'autrice fait notamment référence à M. de Salvia, qui affirme que la dignité est le sous-bassement de la Convention européenne (« L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne... », p. 556-557 in F. MATSCHER, H. PETZOLDS (dir.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns, 1988), ainsi qu'à B. MAURER, faisant elle-même référence aux termes de P.-H. TEITGEN, représentant français des questions juridiques et administratives devant l'Assemblée parlementaire : « Qui n'aperçoit pas que ces droits, dont, en effet, es droits fondamentaux, essentiels, et qu'il n'est pas un État qui puisse prétendre, s'il les méconnaît, respecter le droit naturel et le principe fondamental de la dignité humaine » (première session de l'Assemblée consultative, tenue à Strasbourg du 10 août au 8 septembre 1949, cité in B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 65).

⁶³ *Ibid.*, p. 103. L'autrice fait référence à B. MAURER, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁴ Cour EDH, 22 novembre 1995, *SW c/ Royaume-Uni*, n° 20166/92, § 44.

dignité. Cette évolution tient au constat selon lequel l'homme n'est plus – et n'a en fait jamais été – une entité abstraite qui s'assure sa propre liberté de façon complète et indépendante de tout cadre social. L'homme est un être situé dans le temps et l'espace, et est intimement lié à ses interactions sociales. Historiquement, la vision abstraite de l'homme et de ses droits a été remise en cause dès l'époque où elle est née. En effet, à l'époque des Lumières naissent les premières déclarations de droits, alors sous-tendues par une idéologie profondément libérale et isolée de la réalité sociétale. Mais, dès la Révolution Française, certains vont rejeter les « libertés formelles » au profit de ce qu'ils nomment les « libertés réelles⁶⁵ ». Progressivement, la philosophie individualiste va alors se nuancer au profit du personnalisme. Tous les courants personnalistes inscrivent la personne humaine au centre de leur philosophie, et dissocient les termes de « personne » et d'« individu ». Selon le professeur J. Rivero, l'individu correspond à l'être abstrait de 1789, tandis que la personne implique « l'impossibilité de penser l'homme en dehors des groupes sociaux auxquels il est intégré, les transcendant par sa fin propre, mais indissociable d'eux⁶⁶ ». La personne est alors un individu entendu dans « toute l'ampleur de [son] humanité concrète, de la plus humble condition matérielle à la plus haute possibilité spirituelle⁶⁷ ». Le sujet humain serait donc la combinaison d'une perspective abstraite et concrète, « le mixte de socialité et d'individualité⁶⁸ ». Ainsi le respect de la dignité de la personne ne dépend pas seulement de sa liberté et de sa simple perfection d'homme⁶⁹, mais également des conditions matérielles dans lesquelles se situe cette personne.

Partant, si la dignité est absolue et ne peut en tant que principe se perdre, le « sentiment de dignité⁷⁰ » peut, quant à lui, se dissoudre. Pour que l'homme concret soit digne, encore faut-il qu'il puisse vivre concrètement de manière digne, c'est-à-dire disposer d'un toit, de nourriture, de vêtements et de médicaments tout au moins. La dignité implique donc un droit à des conditions minimales d'existence⁷¹, et s'inscrit plus largement dans le prolongement du droit à la vie. Le droit à des conditions minimales, entendu de manière formelle⁷² ou simplement substantielle, sous-entend que l'homme doit pouvoir exiger de la

⁶⁵ C. NIVARD, *op. cit.*, p. 51. L'autrice fait référence à Jacques Roux, surnommé « le curé rouge ». Marx le considérera par la suite comme un précurseur du communisme et s'inspirera de sa critique (K. MARX, « À propos de la question juive », *Œuvres*, t. III, Paris, Gallimard, 1982, p. 363-365).

⁶⁶ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. I, 9^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis », 2003, p. 83.

⁶⁷ E. MOUNIER, *Le personnalisme*, 2^e éd., Paris, PUF, 2016.

⁶⁸ X. BIOY, *Le concept de la personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, p. 758.

⁶⁹ L'expression « perfection de l'homme » est notamment utilisé par Nietzsche et justifie, selon lui, que l'individu est souverain, que sa dignité réside donc avant tout dans sa liberté : « Et nous trouverons que le fruit le plus mûr de l'arbre est l'individu souverain, l'individu qui n'est semblable qu'à lui-même, l'individu affranchi de la moralité des mœurs, l'individu autonome et supramoral (car "autonome" et "moral" s'excluent), bref l'homme à la volonté propre, indépendante et persistante, l'homme qui peut promettre, — celui qui possède en lui-même la conscience fière et vibrante de ce qu'il a enfin atteint par-là, de ce qui s'est incorporé en lui, une véritable conscience de la liberté et de la puissance, enfin le sentiment d'être arrivé à la perfection de l'homme » (F. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, trad. H. Albert, Paris, Gallimard, coll. « Idées », 1966, p. 79).

⁷⁰ D. ROMAN (dir.), *op. cit.*, p. 60.

⁷¹ C. FERCOT, « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », p. 49-83 in D. ROMAN (dir.), préc.

⁷² Formellement, le droit à des conditions minimales d'existence n'est pas reconnu de la même manière dans tous les pays. Ainsi Céline Fercot relève qu'en Allemagne, « une obligation d'assistance (*Schutz-und Fursorgepflichtigkeit*), c'est-à-dire une obligation objective imposant à l'État de garantir à la population une "protection sociale minimale" (*soziale Mindestsicherung*) » a été reconnue. (...) La reconnaissance par le juge d'un droit au minimum vital ne signifie cependant pas que tout individu a la possibilité d'agir en justice pour

puissance publique la satisfaction de certains droits lui assurant le « minimum vital ». En d'autres termes, ce droit est relié au droit à la santé, à la sécurité sociale, au travail, etc. Plus largement, le droit à la vie a pu fonder la reconnaissance du droit au logement ou à l'alimentation⁷³. En ce sens, la dignité humaine, induite par le droit à des conditions minimales d'existence et par la liberté pivot qu'est le droit à la vie, apparaît être au fondement même des droits sociaux.

Dès lors, nous pouvons remarquer que la philosophie jusnaturaliste, qui sous-tend que les droits de l'homme le sont au nom de la dignité humaine⁷⁴, peut finalement venir s'aligner favorablement à la fundamentalité des droits sociaux. Comme nous avons vu que la dignité est naturelle à l'homme, universelle et absolue, et qu'elle fonde les droits sociaux, alors les droits sociaux sont eux aussi naturels, universels et absolus. En effet, les droits inhérents et donc naturels à l'homme ne s'arrêtent pas à l'interdiction du travail forcé, au droit à la vie privée et familiale ou à la liberté religieuse. Ces droits ne seraient d'ailleurs pas pleinement effectifs sans d'autres prérogatives que sont celles du droit à une rémunération équitable, du droit à l'instruction, du droit au logement, ou de l'interdiction du licenciement abusif. Par ailleurs, les droits sociaux sont universels. Certes, il a été affirmé que la création de catégories (travailleurs, personnes handicapées, etc.) faisant dépendre le droit d'accès à certains droits sociaux empêchait de considérer les droits sociaux comme des droits universels. Cependant, symboliquement, ce sont bien tous les hommes et leur dignité que l'on souhaite protéger en adaptant les libertés de manière spécifique. Comme l'écrit Carole Nivard, « protéger la liberté d'un être humain revient à protéger la dignité de tous les autres⁷⁵ ». Enfin, les droits sociaux peuvent être considérés comme absolus dans la même mesure que les droits civils et politiques. Ces derniers, aux yeux des jusnaturalistes, le sont car ils résident de façon ultime dans l'homme, ne peuvent donc souffrir des variations extérieures et seraient sans limite. Toutefois, force est de constater que même les droits civils et politiques ne résistent pas complètement à cette logique. L'article 17 de la CEDH est particulièrement révélateur des limites de l'exercice des droits dits civils et politiques que la Convention protège⁷⁶. L'exercice d'un droit doit nécessairement tenir compte de l'exercice d'un autre droit, et en cela, les droits civils et politiques, aussi absolus, soient-ils, dépendent des conditions environnantes. Il apparaît alors encore plus flagrant que le caractère absolu de ces droits réside plutôt dans le présumé de dignité (qui lui est absolu). En cela, les droits sociaux seraient donc tout aussi

obtenir réparation. Toutefois, certains ordres juridiques reconnaissent au droit à des conditions minimales d'existence une justiciabilité subjective. Tel est le cas du juge suisse, qui, « dans une décision du 27 octobre 1995, [a dégagé] un nouveau droit constitutionnel non écrit qui s'apparente à un droit à des conditions minimales d'existence [et a] souligné qu'il s'agissait là d'un droit subjectif, accordé à tous. Dans le prolongement de cette première étape jurisprudentielle, l'article 12 de la Constitution de 1999 garantit aujourd'hui un droit "d'obtenir de l'aide des situations de détresse" ». (C. FERCOT, « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », p. 57-58 in D. ROMAN (dir.), préc.).

⁷³ *Ibid.* C. Fercot expose notamment le cas de la Cour suprême indienne, qui a développé une interprétation extensive du droit à la vie, en reconnaissant sur ce fondement « un droit à la santé, au logement, à l'alimentation, ainsi qu'un droit de jouir de moyens de subsistance » (« Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », préc., p. 64).

⁷⁴ *Supra* : v. p. 20 de la présente étude.

⁷⁵ C. NIVARD, *op. cit.*, p. 65.

⁷⁶ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *op. cit.*, p. 91-92. L'article 17 CEDH dispose : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ».

absolus que les droits civils et politiques.

Aux yeux des défenseurs de leur fondamentalité, les droits sociaux trouvent ainsi leur source dans le principe absolu qu'est la dignité humaine, celle-ci se basant elle-même sur une vision située de l'homme. Le présupposé selon lequel la dignité est absolue est utile en ce que les droits sociaux se justifient alors de la même manière que les droits dits civils et politiques. Ce raisonnement s'aligne sur le principe d'indivisibilité des droits de l'homme et l'impossible hiérarchie qui en découle.

II. – L'État social comme fondement politique

La dignité est le fondement axiologique des droits sociaux. Mais, si les principes existent en philosophie, ceux-ci s'incarnent en politique. Ainsi, pour être effective, la dignité implique de repenser le rôle de l'État. Tous les changements de perception évoqués plus haut se sont en effet accompagnés d'une évolution de la fonction de l'État, « passant ainsi d'un État spectateur à un État meneur de jeu⁷⁷ ».

Plus précisément, c'est la substance de l'État de droit qu'il convient d'analyser, puisque c'est de cette notion, ou plutôt de la transformation de cette notion, qu'est né le concept d'État social, alors au fondement politique des droits sociaux fondamentaux. Théorie forgée à la fin du XIX^e siècle dans la doctrine allemande puis transposée en France⁷⁸, l'État de droit, dans sa conception la plus « pure », renvoie à la soumission de l'État par le droit. L'acception formelle de l'État de droit a été théorisée par l'école normativiste de Vienne, notamment par Adolf Merkl et Hans Kelsen. Selon eux, l'État de droit formel correspond au respect de la hiérarchie des normes. Autrement dit, le droit étatique se présente comme une structure constituée de niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres. Une norme n'est donc valide que dans la mesure où elle satisfait aux exigences d'autres normes de rang supérieur⁷⁹. Cette théorie est consubstantielle à la vision libérale de l'organisation politique selon laquelle les gouvernants ne disposent pas d'un pouvoir sans limite, mais sont au contraire soumis à des règles⁸⁰. Ainsi, du point de vue des libertés, la théorie de l'État de droit s'aligne sur les fondements de l'État libéral, né un siècle plus tôt. Celui-ci postule que l'ordre juridique hiérarchisé auquel est soumis le pouvoir public assure la protection des libertés de l'individu, empêchant une quelconque oppression étatique par le biais de l'arbitraire. Entendu formellement, le concept d'État de droit a ainsi pour principal but d'assurer l'autonomie des citoyens et la sécurité juridique. Toutefois, force est de constater que l'État de droit ne peut rester hermétique aux aléas de la société et des événements marquant l'histoire. Le XX^e siècle et la menace totalitaire qui l'accompagne ont conduit à dépasser cette conception purement formelle. Kelsen était d'ailleurs le premier à voir les limites de ses propres théories, puisqu'il affirmait que l'État de droit « remplit une fonction idéologique d'une importance extraordinaire » dans la mesure où il légitime l'État en tant que « sujet de volonté et d'action »⁸¹. Le régime nazi de la Seconde Guerre mondiale a conduit à l'impérieuse conclusion que l'État de droit ne doit pas être celui de n'importe quel droit⁸². Ainsi l'État de

⁷⁷ C. NIVARD, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁸ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2017, p. 9.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 41.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 9.

⁸¹ *Ibid.*, p. 40.

⁸² D. ROUSSEAU, « De l'État de droit à l'État politique ? », in D. COLAS (dir.), *L'État de droit*, Paris, PUF, coll.

droit doit aussi être appréhendé selon la substance du droit auquel il renvoie. C'est ainsi que l'État de droit s'est progressivement enrichi d'un contenu idéologique, incarnant une certaine conception du pouvoir et des libertés. Est alors apparue la formulation d'État social⁸³. Cette conception nouvelle du rôle de l'État dans la protection des droits de l'homme a significativement bousculé la pensée classique et libérale de l'État de droit. L'État social postule, en effet, un interventionnisme étatique fort, et transforme un État « protecteur des libertés » en un État « gestionnaire des libertés ».

Dès lors, quand l'État libéral est associé aux droits-libertés, l'État social s'entend des droits-créances. En effet, l'État social sous-entend que l'État libéral, par son abstention à agir au sein de la société, est incapable de faire régner un ordre de justice effectif. Comme l'explique Colette Bec, « l'anticipation, la maîtrise du destin appartiennent alors exclusivement aux groupes et individus en position de force dans une société livrée aux forces du marché. Les autres sont prisonniers de conditions d'existence marquées par l'incertitude, l'indétermination, l'impuissance. Tout se passe comme si la sécurité juridique se payait d'une insécurité profonde des rapports sociaux⁸⁴ ». Face aux besoins de solidarité et d'égalité réelle entre les hommes, la médiation étatique apparaît en 1945 comme essentielle pour assurer les droits les plus fondamentaux de chacun, à commencer par un niveau de vie digne. C'est ainsi que par l'intervention étatique, – qu'il s'agisse de politiques économiques de soutien à l'emploi, de la protection sociale, de politiques de logement, etc. – les droits sociaux peuvent se réaliser pleinement. Les droits sociaux fondamentaux n'apparaissent alors pas comme une extension des droits de l'homme, mais comme une redéfinition du rapport entre l'État et l'individu. Comme le développe le professeur M. Gauchet, « une société qui se pense produite par les individus est (...) tacitement en fait une société à laquelle il appartient de produire les individus, de par la nécessaire imposition de règles du tout aux parties⁸⁵ ». Léon Gambetta énonçait en ce sens que « ce qui constitue la vraie démocratie, ce n'est pas de reconnaître les égaux, c'est d'en faire ». Pour les défenseurs de l'État social, il ne s'agit pas là d'affirmer la bien-pensance illimitée de l'État, mais de réaliser la synthèse – délicate mais possible – entre le primat de l'individu et la revendication démocratique⁸⁶.

Toutefois, certains voient dans l'État social une menace pour l'État de droit. À travers l'action publique incessante, les libertés et l'autonomie des hommes sont en fait asservies par le politique. Alors que le droit est le seul à même de limiter cet asservissement, son contenu se transforme au profit d'un pouvoir politique venant étouffer les libertés des individus. Les

« Questions », 1987.

⁸³ Il faut entendre l'État social dans son acception la plus large. En effet, cette notion recouvre en fait l'avènement de plusieurs sous-catégories en Europe. Ainsi « l'État-providence » français apparaît suite à la Seconde Guerre mondiale, la formule de « *Welfare State* » naît en 1943 au Royaume-Uni, tandis que le *Wohlfahrtsstaat* en Allemagne, qui désigne un État bureaucratique social et paternaliste, surgit pour la première fois en 1850, dans les écrits de Lorenz von Stein (F.-X. MERRIEN, R. PARCHET et A. KERKEN, « L'État social dans une perspective historique et internationale », *L'État social. Une perspective internationale*, Paris, Armand Colin, 2005).

⁸⁴ C. BEC, *De l'État social à l'État des droits de l'homme ?*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « Res Publica », 2007, p. 204.

⁸⁵ M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989, p. XXIII.

⁸⁶ C'est ce que Serge Berstein nomme « synthèse démocrate-libérale » (S. BERSTEIN, *La démocratie libérale. Histoire générale des systèmes politiques*, Paris, PUF, 1998), et ce que Colette Bec désigne comme « le dilemme fondateur de toute société » : « Dans cette tension, l'autorité de l'État n'est pas entamée par le respect des libertés individuelles fondamentales. Bien au contraire, elle est reconnue comme facteur indispensable à l'institution de l'individu libre et à l'organisation de la société, car dans une démocratie, l'ordre social n'est donné ni par la tradition ni par la religion, il est à construire politiquement. » (C. BEC, *op. cit.*).

promoteurs de l'État social n'y voient cependant pas une altération de l'État de droit, mais bien une évolution substantielle et nécessaire de cette notion. Si l'ordre juridique libéral est évidemment repensé en un ordre juridique « politiquement construit⁸⁷ », ce n'est que par nécessité sociale ; le droit devient alors le terreau de la justice sociale et le garant de la solidarité.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La fundamentalité des droits sociaux est la première des étapes vers leur horizontalisation. Or, déjà à ce stade, il ne s'agit pas d'une évidence. Une partie de la doctrine observe cette fundamentalité comme un danger constitutionnel en ce que les droits sociaux conduiraient l'État à agir, et ainsi opprimer la liberté de l'individu, ce qui est contraire à la philosophie traditionnelle des droits de l'homme. Également, le caractère programmatique et technique des droits sociaux implique qu'ils n'auraient pas le niveau de généralité nécessaire pour justifier leur gestion par le juge et leur consécration par une norme suprême. L'on peut également voir dans ce phénomène une attaque contre les théories philosophiques des droits fondamentaux. Toutefois, une approche philosophique permet aussi de considérer que le fondement des droits sociaux se situe dans la dignité humaine, ce qui justifierait leur caractère de droit fondamental. Aussi, si ce n'est proprement constitutionnelle, une approche plus largement politique vient tout en même temps soutenir l'idée que les droits sociaux sont des droits de l'homme. En effet, les droits de l'homme se sont construits sur le modèle révolutionnaire de l'abstention étatique et sur son pendant juridique qu'est la théorie de l'État de droit. L'ordre européen – du moins celui de l'Union européenne – s'est construit par le marché. Les droits sociaux, quant à eux, sont nés des forces et des limites de ces deux approches. La société, de par ses évolutions, a eu besoin, en effet, que les pouvoirs publics intègrent une réglementation sociale dans le contexte libéral qu'ils avaient créé. Les droits sociaux comme droits de l'homme sont donc nécessaires pour certains, dangereux pour d'autres. Mais leur complète fundamentalisation ne tient pas seulement, comme nous venons de le faire, à les *concevoir* comme des droits de l'homme. Il s'agit aussi de les *observer* – au sens premier du terme – comme tels. Ainsi leur fundamentalité relève également de leur justiciabilité. Or force est de constater que celle-ci se heurte là encore à une binarité de positions.

⁸⁷ C. BEC, *op. cit.*, p. 205.

CHAPITRE II. – LES DROITS SOCIAUX COMME DROITS JUSTICIABLES

À ce stade de l'étude et dans le cadre de ce chapitre, nous arborons nécessairement une perspective positiviste, puisqu'il s'agira ici de jauger la fundamentalité des droits sociaux à leur degré de justiciabilité. Pour autant, il convient de préciser que nous ne nous positionnons pas en faveur de cette théorie juridique exposée plus haut⁸⁸ ; celle-ci vient simplement nous servir de cadre pour observer la réalité des droits sociaux dans l'ordre juridictionnel européen aujourd'hui. Dès lors pourra-t-on remarquer que les droits sociaux bénéficient d'une justiciabilité certaine (Section I), mais grandement limitée (Section II), ce qui conduira notre étude à observer l'horizontalisation de ces droits comme une voie nécessaire à leur effectivité.

SECTION I. – L'IDENTIFICATION DES DROITS SOCIAUX COMME DROITS SUBJECTIFS

La doctrine s'accorde à dire que le talon d'Achille des droits sociaux se situe dans leur protection juridictionnelle. Toutefois, la justiciabilité des droits sociaux reste largement identifiable en Europe. Ceux-ci sont consacrés en tant que droits subjectifs, issus du droit européen des droits de l'homme. En d'autres termes, les droits sociaux sont reconnus en tant que prérogatives personnelles dont peuvent se prévaloir en justice les individus. Cette caractéristique s'observe tant dans l'ordre juridique du Conseil de l'Europe (I), que dans celui de l'Union européenne (II).

I. – Une protection à tendance juridictionnelle des droits sociaux au sein du Conseil de l'Europe

La Convention européenne des droits de l'homme est l'instrument majeur de l'organisation du Conseil de l'Europe pour la protection des libertés individuelles, quand la Charte sociale européenne représente le texte plus spécifique dédié aux droits économiques et sociaux. Respectivement interprétés par la Cour EDH et le Comité européen des droits sociaux, ces deux traités se caractérisent par une protection juridictionnelle plus ou moins remarquable des droits sociaux. Initialement, leur justiciabilité n'allait pas de soi, en effet. D'un point de vue formel, le Comité souffre de l'absence de statut proprement juridictionnel. D'un point de vue substantiel, la Cour européenne n'est pas censée protéger les droits économiques et sociaux⁸⁹. Toutefois, force est de constater que les deux organes ont dépassé leurs carences originelles, par une forte juridictionnalisation de la Charte sociale européenne (A), ainsi qu'à travers une socialisation visible de la Convention européenne des droits de l'homme (B).

A. – La juridictionnalisation de la Charte sociale européenne

Dans le cadre du contentieux de la Charte sociale européenne, les droits sociaux tendent à être considérés comme des droits pleinement justiciables. Certes, le Comité n'est

⁸⁸ *Supra* : v. p. 21-22 de la présente étude.

⁸⁹ Cour EDH, 20 octobre 1999, *Pančenko c/Lettonie*, n° 40772/98 : « *The Convention does not guarantee, as such, socio-economic rights* ».

pas un juge, mais il faut observer que tant son statut (1) que la procédure (2) qu'il met en œuvre participent d'une véritable juridictionnalisation du traité et des droits sociaux qu'il protège.

1. – La juridictionnalisation statutaire du CEDS

Si une juridiction peut être désignée comme « l'institution investie du pouvoir de juger, c'est-à-dire de trancher des litiges entre États par décision obligatoire⁹⁰ », force est de constater que le Comité n'est en pas une. En effet, les conclusions du Comité ne sont pas constitutives de l'*imperium* caractérisant les décisions de justice ; elles ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, le Comité revêt des caractéristiques permettant de le qualifier raisonnablement de « quasi-juge ».

D'une part, l'indépendance du Comité est analogue à celle d'un juge. Il est indépendant tant collectivement, en tant qu'il « s'auto-administre et n'est sous la tutelle d'aucun autre organe⁹¹ », qu'à titre individuel, puisque les membres du Comité sont des experts du domaine social qui ne représentent aucun intérêt particulier⁹². Également, selon l'article 5 du Règlement, les membres ne peuvent assumer des fonctions incompatibles avec les exigences d'indépendance, d'impartialité et de disponibilité pendant la durée de leur mandat. Une déclaration solennelle d'indépendance doit aussi être prononcée par chaque membre du Comité avant d'entrer en fonction⁹³.

D'autre part, le statut du Comité se rapproche d'une juridiction par sa compétence. Le Comité peut exercer deux types de contrôle. Le premier est le contrôle sur rapport, que le Comité rend périodiquement dans le but d'analyser la situation globale des États et voir s'ils se conforment aux dispositions de la Charte. Le second a été introduit par le Protocole additionnel de 1995 et prévoit que le Comité entend des réclamations collectives alléguant une application non satisfaisante de la Charte. En tout état de cause, ces deux chefs de compétence relèvent d'un contrôle de conformité au droit de la Charte, de la même nature que celui exercé par la Cour EDH. Ainsi le CEDS exerce le type de contrôle le plus exigeant qui soit. Il ne peut d'ailleurs se refuser à statuer sur une réclamation collective dès lors que celle-ci est fondée ; de la même façon que le juge ne peut commettre un déni de justice, le Comité doit apporter une réponse juridique au litige. Par ailleurs, il semble aller au-delà d'un simple suivi des progrès réalisés par les États dans la mise en œuvre de la Charte, mais s'évertue à véritablement sanctionner les violations d'articles de la Convention⁹⁴. Depuis la réclamation

⁹⁰ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Universités francophones », 2001.

⁹¹ S. GUINCHARD (dir.) et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1054.

⁹² L'article 25, § 1, de la Charte sociale européenne de 1961 dispose en effet que « le Comité d'experts sera composé de sept membres au plus désignés par le Comité des Ministres sur une liste d'experts indépendants de la plus haute intégrité et d'une compétence reconnue dans les matières sociales internationales, qui seront proposés par les Parties contractantes ».

⁹³ V., en ce sens, l'article 4 du Règlement du Comité, qui dispose en ces termes : « Avant d'entrer en fonction, tout membre du Comité doit, lors de la première réunion du Comité auquel il assiste après son élection, faire la déclaration suivante : "Je déclare solennellement que j'exercerai mes fonctions de membre du Comité conformément aux exigences d'indépendance, d'impartialité et de disponibilité inhérentes à ce mandat et que j'observerai le secret des délibérations du Comité" ».

⁹⁴ V. en ce sens la première réclamation collective portée devant le Comité, à propos de l'interdiction du travail des enfants au Portugal : CEDS, 10 septembre 1999, *CIJ c/ Portugal*, récl. n° 1/1998 : à cette occasion, le

Autisme-Europe c/ France du 4 novembre 2003, le Comité utilise ainsi systématiquement la formulation de « violation » ou d'« absence de violation » de la Charte. Aussi doit-on remarquer que les conclusions du Comité, si elles n'ont pas l'autorité de la chose jugée, n'en n'ont pas moins « l'autorité de la chose interprétée⁹⁵ ». En effet, le Comité est aujourd'hui le seul organe à même d'interpréter juridiquement la conformité des situations nationales à la Charte⁹⁶, et comme l'affirme la Charte, « les Parties s'engagent à se considérer comme liées par les obligations résultant de [ses] articles ». Le principe *Pacta sunt servanda*, caractérisant les traités internationaux contraignants comme la Convention européenne, s'applique donc également à la Charte sociale européenne.

Ainsi, de par l'indépendance de cet organe comme de par la compétence qu'il dispose et qu'il s'attribue, le Comité européen des droits sociaux jouit d'un statut lui conférant une nature *quasi* juridictionnelle, permettant déjà aux droits sociaux de bénéficier d'une effectivité judiciaire.

2. – La juridictionnalisation procédurale du CEDS

Dans le système de la Charte sociale européenne, la justiciabilité des droits sociaux se voit également assurée par la présence de garanties essentielles à toute procédure contentieuse. C'est notamment la voie des réclamations collectives, introduite en 1995, qui se rapproche le plus d'une procédure proprement juridictionnelle. En effet, il ne s'agit plus là d'un contrôle « panoramique » et périodique, mais d'une véritable procédure contradictoire, dans laquelle un État se défend de la conduite qui lui est directement reprochée⁹⁷. Par ailleurs, les pièces de procédure sont rendues publiques avant même leur examen par le Comité des

Comité a refusé de lire la disposition interdisant le travail des enfants (art. 7 de la Charte révisée) comme impliquant seulement d'assurer un suivi des situations nationales, et a constaté que la situation du Portugal, temporellement déterminée par la requête, était contraire aux exigences de l'article 7 de la Charte. Également, le règlement adopté par le CEDS le 29 mars 2004 (révisé le 12 mai 2005) dispose, en son article 2, que « le Comité statue en droit sur la conformité des situations nationales avec la Charte sociale européenne, le Protocole additionnel de 1998 et la Charte sociale européenne révisée ».

⁹⁵ Cette notion « d'autorité de la chose interprétée » est issue dans la doctrine, notamment à propos des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vue par le Conseil d'État*, *RFDA*, 1998, p. 978).

⁹⁶ Le Protocole de 1995 prévoit, en effet, qu'au terme de l'examen de chaque réclamation collective, le CEDS arrête une conclusion consignée dans un rapport transmis au Comité des ministres. Il incombe alors à cet organe, composé des ministres des 47 États membres du Conseil de l'Europe, de recommander à l'État dont le manquement a été constaté les mesures juridiques ou pratiques nécessaires. Or cette répartition des compétences a été un temps mise en cause par l'instance ministérielle qui ne suivait pas, de manière récurrente, les conclusions émises par le CEDS. Toutefois, aujourd'hui, le CEDS a de nouveau en pratique l'exclusivité de la compétence, et le Comité des Ministres s'est cantonné à son rôle de suivi d'exécution, s'alignant sur les décisions rendues par le CEDS.

⁹⁷ Les articles 6 et 7 du Protocole de 1995 organisent la procédure dans le respect du contradictoire, et le rapport explicatif précise qu'une réclamation ne peut être déclarée recevable que si l'État mis en cause a eu la possibilité de faire ainsi part de ses vues à ce sujet. Depuis la révision du 20 février 2009, l'article 29, § 4, du Règlement du Comité prévoit désormais que celui-ci peut se prononcer sur la recevabilité sans avoir invité le Gouvernement à présenter ses observations au préalable « lorsqu'il estime que les conditions de recevabilité sont soit manifestement remplies soit manifestement non remplies ».

ministres⁹⁸, ce qui montre, malgré tout⁹⁹, le rôle prépondérant que joue l'organe juridique sur l'organe politique. Aussi le rapport explicatif du Protocole pose une exigence de célérité de procédure¹⁰⁰, ce qui est assurément une garantie juridictionnelle. Enfin, il faut souligner que le Comité s'est prononcé positivement à la question de savoir si une situation qui a déjà fait l'objet d'un contrôle sur rapport peut être soumise de nouveau au Comité dans le cadre d'une réclamation collective¹⁰¹. Le Comité peut et doit statuer, quand bien même son rapport aurait antérieurement conclu à la conformité du pays concerné au droit de la Charte.

De par les garanties de nature juridictionnelle qui l'entourent (contradictoire, publicité et célérité) et de par sa possibilité à intervenir alors même qu'un contrôle sur rapport a eu lieu, la procédure de réclamations collectives confère à l'interprétation de la Charte des caractéristiques contentieuses. Malgré toutes les limites intrinsèques au fonctionnement du CEDS – que nous ne tarderons pas d'aborder – ces particularités concèdent une autorité certaine aux droits sociaux dans le monde juridictionnel.

B. – La socialisation de la Convention européenne des droits de l'homme

Initialement, les droits sociaux se heurtent à l'incompétence *ratione materiae* de la Cour EDH. La Convention EDH ne consacre en effet que les droits dits civils et politiques, et le juge de Strasbourg a pris l'habitude de rappeler, selon les termes de sa décision *Pančenko c/ Lettonie*, que « la Convention ne garantit pas, en tant que tels, les droits économiques et sociaux¹⁰² ». Admettre la compétence de la Cour reviendrait à identifier dans la Convention « un droit qui n'y a pas été inséré au départ¹⁰³ », et cela serait logiquement contraire à la volonté souveraine des États Parties ayant ratifié la Convention. Toutefois, guidée par le principe d'effectivité des droits qu'elle protège¹⁰⁴, la Cour n'a pas pu rester hermétique aux considérations sociales. Le juge de Strasbourg a alors progressivement pris en compte les droits sociaux, leur conférant une justiciabilité certes indirecte, mais non moins réelle.

Dans ses décisions relatives aux droits individuels consacrés par la Convention, la Cour tient compte, en effet, des objectifs sociaux sous-tendus par ces libertés¹⁰⁵. Ainsi les droits sociaux agissent comme des « renforts » à la protection ou à la limitation de certains droits civils et politiques. Ils viennent parfois solidifier l'exercice d'un droit garanti, notamment à

⁹⁸ L'article 37 du Règlement du Comité dispose : « Le texte de toute réclamation enregistrée ainsi que des documents annexés, de même que tout mémoire, réplique ou observation soumis en application des articles 31, 32, 32A, 35 et 36 sont publics dès leur transmission au Comité, à moins que ce dernier n'en décide autrement au cas par cas ».

⁹⁹ V. en ce sens note n° 96.

¹⁰⁰ V. en ce sens le point 2 du Rapport explicatif au Protocole de 1995.

¹⁰¹ V. en ce sens CEDS, *CIJ c/ Portugal*, préc., recevabilité. Plus implicitement, v. CEDS, 5 décembre 2000, *FIDH c/ Grèce*, récl. n° 7/2000, fond.

¹⁰² Cour EDH, *Pančenko c/ Lettonie*, préc. : traduction de « *the Convention does not guarantee, as such, socio-economic rights* ».

¹⁰³ Cour EDH, 18 décembre 1986, *Johnston e.a. c/ Irlande*, n° 9697/82, § 53.

¹⁰⁴ Selon la célèbre formule de l'arrêt *Airey c/ Irlande*, « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » (Cour EDH, 9 octobre 1979, n° 6289/73, § 24). V. également la formule tirée de l'arrêt *Tyler c/ Royaume-Uni*, « la Convention est un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles » (Cour EDH, 25 avril 1978, n° 5856/72, § 31).

¹⁰⁵ « Si [la Convention] énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social ». (Cour EDH, *Airey c/ Irlande*, préc., § 26).

travers le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour. L'affaire *Vogt c/ Allemagne*¹⁰⁶, portant sur une mesure de licenciement attentatoire à la liberté d'expression, est éclairante en ce sens. Pour conforter le constat de violation de l'article 10, CEDH, la Cour vient observer que cette mesure a entraîné pour la requérante la perte de ses moyens de subsistance et l'impossibilité pour elle d'exercer la seule profession pour laquelle elle avait une formation et de l'expérience. Le contrôle de proportionnalité prend ainsi en compte tout intérêt social accessoire découlant du litige. Inversement, la considération d'un droit social peut agir comme un but légitime susceptible de justifier une atteinte à un droit civil garanti par la Convention. La protection des droits sociaux est sans doute davantage flagrante en ce sens, puisqu'il s'agit de limiter un droit civil garanti au nom d'un droit social implicite. À titre d'exemple, le droit social qu'est le droit au logement a permis de légitimer de nombreuses atteintes au droit à la protection de sa propriété, tel que consacré par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention¹⁰⁷.

Enfin, il faut souligner que la Cour EDH n'hésite pas à muscler son interprétation socialisante en s'inspirant de sources externes comme la Charte sociale européenne. L'arrêt *Demir et Baykara* est emblématique de cette dynamique. Le juge de Strasbourg s'est alors appuyé sur des rapports du CEDS pour relever « le lien organique » entre droit syndical et liberté de négociations collectives¹⁰⁸, consacrant ainsi le droit de mener des négociations collectives en tant que droit protégé par l'article 11, CEDH. Cet arrêt a fait craindre une interprétation trop extensive et arbitraire de la part des juges, qui ne doivent pas se faire les rédacteurs de la Convention quand ils n'en sont que les interprètes. Toutefois, cette jurisprudence a le mérite de faire évoluer l'instrument conventionnel de manière à prendre en compte les nécessités sociales actuelles.

L'approche positiviste permet ainsi d'observer que le Conseil de l'Europe, à travers l'activisme jurisprudentiel de ses organes, confère aux droits sociaux une certaine forme de justiciabilité. Au sein de l'Union européenne, si ce constat reste le même, la dynamique est différente.

II. – La justiciabilité émergée des droits sociaux dans l'Union européenne

La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne n'est pas une évidence. Les Communautés européennes se sont construites sur une logique économique visant à assurer la paix à travers une coopération de fait. Pourtant, on ne peut que constater que les droits de l'homme, et plus précisément les droits sociaux, ont trouvé leur place dans le contentieux de la Cour de justice, essentiellement de manière indirecte (A), mais aussi plus directement (B).

¹⁰⁶ Cour EDH, 26 septembre 1995, *Vogt c/ Allemagne*, n° 17851/91.

¹⁰⁷ V. Cour EDH, 21 février 1986, *James e.a. c/ Royaume-Uni*, n° 8793/79. Il était question d'une législation forçant les propriétaires à vendre des immeubles aux locataires de baux emphytéotiques. La norme était justifiée par l'injustice ressentie par nombre de locataires, pour qui il était impossible d'obtenir le prolongement du bail ou d'accéder à la propriété, étant donné les prix élevés proposés par les bailleurs. Or ces locataires occupaient les lieux depuis de nombreuses années et y avaient souvent assuré la rénovation et l'entretien. La Cour estime alors que le logement est « un besoin social primordial » dans la société contemporaine, et que le législateur est donc légitime à intervenir pour assurer la justice sociale dans ce domaine (§ 47 de l'arrêt). V. également Cour EDH, 7 août 1996, *Zubani c/ Italie*, n° 14025/88, à propos d'expropriations et d'occupations illégales de terrains par les autorités publiques en vue de construire des immeubles destinés aux personnes défavorisées.

¹⁰⁸ Cour EDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, n° 34503/97, § 129.

A. – Une protection indirecte des droits sociaux

La justiciabilité des droits sociaux dans l'ordre communautaire est née de la menace de résistances nationales. Plus généralement, cette consécration découle de l'action de la Cour de justice pour protéger les droits fondamentaux. Pour ne pas interférer avec les standards élevés de protection des droits fondamentaux de certains ordres juridiques internes¹⁰⁹, et afin de ne pas vider de sa légitimité le principe de primauté, affirmé magistralement dès 1964 par la Cour de justice¹¹⁰, cette dernière a dû faire évoluer la législation européenne de façon à prendre en compte les droits fondamentaux. Ceux-ci ont alors d'abord été dégagés en tant que principes généraux du droit communautaire¹¹¹. Les PGDUE ont la même valeur que les traités, ce qui donne une importance non négligeable à la création jurisprudentielle, et ce faisant, aux droits fondamentaux. Il faut dès lors observer que ce mouvement s'est développé à la faveur des droits sociaux. Pour autant, les principes généraux du droit communautaire ne se singularisent pas ainsi. Ceux-ci ne consacrent pas uniquement des droits sociaux, mais y ont contribué dans une large mesure. En cela, il faut parler d'une protection indirecte des droits sociaux. À titre d'exemple, la Cour de Luxembourg a dégagé dès 1975, dans son arrêt *Rutili*¹¹², le principe général de l'exercice des droits syndicaux. Également, l'arrêt *Defrenne II*¹¹³ de 1976 est notoire pour avoir consacré le principe d'égalité salariale entre hommes et femmes en tant que PGDUE.

Mais la justiciabilité des droits sociaux peut aussi être perçue comme un phénomène médiat en ce qu'ils découlent d'une logique de marché, et non d'une démarche purement sociale. En effet, l'établissement d'un marché commun, et avec lui l'instauration des libertés de circulation¹¹⁴, concernent en première ligne les travailleurs et leurs droits. Ainsi les traités successifs vont introduire davantage de droits aux travailleurs¹¹⁵, et progressivement élargir ce bénéfice aux citoyens européens. De même, si en 2011 les arrêts *Viking* et *Laval*¹¹⁶ consacrent le PGD du droit de grève et de l'action collective, ce n'est qu'en tant qu'exception aux libertés économiques que sont la liberté d'établissement et la liberté d'entreprise. Dans

¹⁰⁹ V. notamment la décision *Solange I* du 29 mai 1974 rendue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans laquelle « la Cour a jugé que la primauté du droit de l'UE était conditionnée par l'article de la loi fondamentale prévoyant la participation de l'Allemagne à la construction européenne, et que cet article n'autorisait pas les Communautés européennes à porter atteinte aux bases constitutionnelles de la République fédérale d'Allemagne, et notamment à la garantie des droits fondamentaux. Il fallait donc que l'ordre juridique communautaire garantisse une protection des droits fondamentaux équivalente à celle assurée par la Constitution allemande pour que la saisine de la Cour de Karlsruhe n'ait plus lieu d'être. Aussi longtemps que cette condition ne serait pas remplie, des recours contre une disposition de droit communautaire en invoquant la violation d'un droit fondamental reconnu par la Constitution allemande resteraient recevables » (Explications issues du site Internet du Sénat, *Rapport sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (Cour de Karlsruhe) au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne*).

¹¹⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64.

¹¹¹ V., en ce sens, CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69 ; 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 ; 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73.

¹¹² CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36-75.

¹¹³ CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c/ SA Sabena*, aff. 43-75.

¹¹⁴ Le Traité de Paris du 18 avril 1951, instaurant la CECA, met en place une libre circulation des marchandises, quand le Traité de Rome du 25 mars 1957, met en place la libre circulation des personnes au sein de l'espace communautaire.

¹¹⁵ L'Acte unique européen, en 1986, introduit une harmonisation concernant la santé et la sécurité au travail. En 1997, le Traité d'Amsterdam va doter l'Union d'une compétence d'appui en matière de politique de l'emploi.

¹¹⁶ CJUE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05 ; CJUE 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05.

l'ordre juridique communautaire, la liberté économique semble donc demeurer la norme¹¹⁷. Mais justement pour cette raison, la prise en compte des droits sociaux apparaît comme une conséquence inévitable du processus d'intégration communautaire.

La protection juridictionnelle des droits sociaux est en grande partie indirecte en ce qu'elle est médiatisée par les PGD et semble incarner une dérogation à la logique de marché caractérisant l'Union européenne. Mais cette protection indirecte n'en demeure pas moins une protection effective pour les droits sociaux. Et, par-delà, certes de manière plus discrète, ceux-ci ont même fini par s'autonomiser dans l'ordre communautaire.

B. – Une protection directe des droits sociaux

Une jurisprudence riche et assumée en faveur des droits sociaux a pu se dessiner dans l'Union européenne.

D'une part, la Cour de justice a interprété de manière extensive le droit à la non-discrimination, déjà reconnu comme droit social fondamental par l'article 157, TFUE, et les articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Des discriminations fondées sur le sexe, l'âge ou le handicap ont été sanctionnées de manière audacieuse, en ce que le juge européen, à de multiples reprises, a exigé que les mesures de redressement soient étendues à toutes les personnes relevant de la catégorie lésée¹¹⁸. La protection de la non-discrimination comme un droit social est d'autant plus flagrante que la Cour estime le préjudice comme étant potentiellement celui de toute une partie de la société.

Par ailleurs, la Cour semble être explicite dans le vocabulaire qu'elle emploie. Elle désigne notamment certains droits comme relevant de « principes de droit social de l'Union revêtant une importance particulière ». Tel a été le cas s'agissant du droit à des congés annuels payés¹¹⁹, du droit à la limitation du temps de travail¹²⁰, de l'égalité de traitement entre travailleurs à durée déterminée et travailleurs à durée indéterminée¹²¹, ou encore du droit au repos hebdomadaire¹²². Même si le juge n'a jamais précisé la valeur juridique et la substance recouverte par cette formulation¹²³, elle a le mérite d'assumer pleinement l'idée que les droits sociaux sont protégés par l'Union européenne.

Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne sont loin de garder les yeux fermés sur la réalité des droits sociaux. Par l'activisme du CEDS, de la Cour EDH et de la CJUE, les droits sociaux ont aujourd'hui une justiciabilité tangible en Europe. Si le Conseil de l'Europe semble davantage enclin que l'Union européenne à protéger les droits sociaux, puisque sa mission première est celle de protéger et promouvoir les droits fondamentaux dans leur globalité, ces

¹¹⁷ V. en ce sens É. DURAND, « L'exception en droit du marché intérieur », p. 117-141 in É. CARPANO et G. MARTI (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « Droits européens », 2019.

¹¹⁸ V. en ce sens les affaires C-52/79 et C-442/00 de la Cour de justice.

¹¹⁹ V. CJUE, aff. C-214/16.

¹²⁰ V. CJUE, aff. C-177/14.

¹²¹ V. CJCE, aff. C-408/98.

¹²² V. CJCE, aff. C-428/09.

¹²³ Il semble toutefois ressortir de la jurisprudence se référant aux « principes de droit social revêtant une importance particulière » que ces derniers renvoient en substance à un ensemble de garanties intangibles compris dans des directives protégeant notamment les droits des travailleurs. En ce sens, les droits relevant de cette appellation auraient une valeur juridique de droit dérivé.

derniers n'ont pas pour autant été délaissés par l'Union européenne. Face à l'impact évident de l'entreprise d'intégration économique sur les acquis sociaux, la Cour de justice s'est engagée à protéger les droits sociaux en tant que droits fondamentaux. Toutefois, malgré ces biais visibles de justiciabilité, force est de constater que les droits sociaux fondamentaux ne bénéficient pas d'une reconnaissance complète au sein de ces ordres juridiques.

SECTION II. – LA JUSTICIABILITÉ LIMITÉE DES DROITS SOCIAUX

Le défi que posent les droits sociaux aux droits de l'homme est certainement celui de leur régime contentieux. La présomption d'un caractère non juridictionnel persiste ; les droits sociaux ne seraient pas dignes du prétoire. Les modes d'invocabilité variables (I) et la compétence limitée des juges (II) semblent fortement contribuer à leur faible justiciabilité.

I. – Des modes d'invocabilité variables des droits sociaux

Le caractère justiciable d'un droit se mesure en premier lieu à son invocabilité. Si les individus peuvent invoquer personnellement un droit social devant une juridiction, alors celui-ci est réputé justiciable. Mais l'invocabilité prend plusieurs formes, et le mode d'invocabilité fait ainsi varier le degré de justiciabilité. Or il ressort de la doctrine comme de la jurisprudence européenne que l'invocabilité des droits sociaux est loin d'être maximale.

Déjà au sein du Conseil de l'Europe, le système de la Charte sociale européenne n'offre pas une forte assise juridictionnelle. La procédure de réclamations collectives ne permet par nature aucune requête portée à titre individuel. L'idée du caractère programmatique et général des droits sociaux¹²⁴ n'est que renforcée par ce constat. Quant à la Convention européenne, il semble que les droits sociaux soient le plus souvent consacrés en conjonction avec l'article 14, CEDH¹²⁵. Leur existence n'est donc pas autonome puisque leur reconnaissance est subordonnée à un traitement discriminatoire. Il s'agit moins de protéger un droit social en tant que tel que de simplement s'assurer qu'il ne s'opère pas de façon discriminatoire.

Mais c'est surtout dans le cadre de l'Union européenne que l'invocabilité des droits sociaux est visiblement réduite. La justiciabilité restreinte des « principes » de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – évoquée plus haut¹²⁶ – n'est plus à démontrer. Plus précisément, et au-delà de leur impossibilité à être invoqués directement en tant que droits subjectifs (contrairement aux dispositions de l'ordre communautaire bénéficiant de l'effet direct), les principes de la Charte constituent une difficulté majeure relativement aux litiges privés. Or – et l'enjeu de l'effet horizontal tend à apparaître – les « principes » consacrant des droits sociaux sont le plus souvent requis dans le cadre de rapports entre personnes privées. Ainsi d'un litige portant sur un licenciement injustifié, pour lequel l'article 30 de la Charte impose qu'une protection soit assurée au niveau national.

¹²⁴ V. *supra* la Section intitulée « Les obstacles conceptuels à la fundamentalité des droits sociaux » (p. 17-23) de la présente étude.

¹²⁵ V., en ce sens, Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, n° 17371/90 ; Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, n° 20451/92 ; Cour EDH, 11 juin 2000, *Willis c/ Royaume-Uni*, n° 36042/97 ; Cour EDH, 4 juin 2002, *Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas*, n° 34462/97 ; Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c/ France*, n° 40892/98.

¹²⁶ *Supra* : v. p. 22 de la présente étude.

L'employeur peut être une personne privée, le travailleur le sera nécessairement. Pourtant, force est de constater que la jurisprudence de la Cour conduit à dénier aux principes de la Charte une quelconque invocabilité horizontale. La Cour de justice se refuse, en effet, à accorder un effet direct horizontal lorsque l'article de la Charte « doit être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national ». En d'autres termes, lorsque la disposition ne se suffit pas à elle-même, qu'elle nécessite un acte de concrétisation, elle est considérée comme un principe ne pouvant être invoqué directement par un particulier dans un litige l'opposant à un autre particulier. Ainsi de l'arrêt *AMS*¹²⁷, à l'occasion duquel la Cour a refusé l'applicabilité horizontale de l'article 27 en ce que celui-ci dispose que les travailleurs ont droit à être informés et consultés « dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales ». Cet arrêt, au-delà de généraliser l'inapplicabilité horizontale des principes de la Charte, dévoile toute l'étendue de la limite que semble imposer la Cour de justice à la justiciabilité des droits sociaux. Le sort des directives est dans une certaine mesure analogue à celui des principes de la Charte. En effet, normalement, ces premières ne sont invocables que de manière verticale. Il ressort ainsi de la jurisprudence de principe *Marshall*¹²⁸ de la Cour de justice que les directives ne jouissent pas d'un effet direct horizontal. Or nombre de directives viennent planifier la satisfaction de besoins économiques, sociaux et culturels. En outre, il faut noter que, si le juge de Luxembourg a pu reconnaître une certaine forme d'effet horizontal aux directives, ce n'est jusqu'à ce jour que par l'intermédiaire des principes généraux du droit de l'Union, et uniquement à travers un effet d'exclusion du droit national contraire¹²⁹.

Sans s'étendre à ce stade sur les modalités d'applicabilité horizontale des dispositions de la Charte ainsi que des directives européennes¹³⁰, il est permis d'affirmer que les droits sociaux souffrent d'une invocabilité limitée. L'horizontalisation des droits sociaux apparaît déjà comme une porte d'entrée nécessaire à leur justiciabilité. Pour autant, cette dernière dépend aussi de la compétence des organes de contrôle, et il conviendra d'observer que celle-ci est frileuse en la matière.

II. – Une justiciabilité circonscrite à la compétence organique

Les droits sociaux se situent à la limite entre le juridique et le politique. Ils ne sont pas l'apanage originel de la compétence de la Cour EDH, et les politiques sociales relèvent d'une compétence théoriquement partagée¹³¹ entre l'Union européenne et les États membres, mais en pratique largement réservée à ces derniers. En ce sens, tant la Cour de Strasbourg que celle de Luxembourg déclinent leur compétence ou accordent une forte marge d'appréciation aux États dans la mise en œuvre de leurs obligations sociales. Ainsi, dans son arrêt *Botta c/ Italie*¹³² du 22 octobre 1996, la Cour EDH a considéré que l'obligation d'assurer l'accès aux stations balnéaires pour les personnes handicapées était trop éloignée de la substance du droit au

¹²⁷ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT e.a.*, aff. C-176/12.

¹²⁸ CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. C-152/84. V. également CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92.

¹²⁹ V., en ce sens, CJUE, 22 novembre 2005, *Mangold c/ Helm*, aff. C-144-04 ; CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci c/ Swedex*, aff. C-555/07.

¹³⁰ Nous serons amenés à observer l'applicabilité horizontale de la Charte DFUE et des directives dans le cadre du chapitre intitulé « L'application horizontale des droits sociaux en fonction des sources » (p. 57-66) de la présente étude.

¹³¹ V. en ce sens l'article 153, TFUE.

¹³² Cour EDH, 22 octobre 1996, *Botta c/ Italie*, n° 30108/96.

respect de la vie privée tel que consacré à l'article 8 de la Convention. Elle s'est aussi déclarée incompétente à l'occasion de l'arrêt *Chapman*¹³³ du 18 janvier 2001, dans lequel elle a refusé de déduire de l'article 8 l'existence d'un droit au logement en expliquant que l'existence d'un tel droit « relève du domaine politique et non pas du domaine judiciaire¹³⁴ ». Si le respect du domicile est aujourd'hui protégé par l'article 1^{er} du Protocole n° 1, CEDH, consacré au respect de la propriété¹³⁵, en tout état de cause, la Cour n'a pas manqué d'affirmer que les États bénéficient d'une « ample marge d'appréciation » en matière sociale¹³⁶. Concernant l'Union européenne, le constat est le même. Le droit de grève est alors un exemple évocateur. En effet, si le Traité d'Amsterdam établit la compétence de l'Union dans le domaine de la politique sociale, l'article consacrant cette nouveauté soustrait de son champ d'application « le droit d'association, le droit de grève et le droit de *lock-out* »¹³⁷.

Par ailleurs, la justiciabilité limitée des droits sociaux tient tout simplement à la compétence *ratione personae* de la Cour EDH et de la CJUE. Ces juridictions, suivant une logique de droit international classique, n'ont compétence que pour connaître de l'action étatique. Le débiteur des obligations n'est personne d'autre que l'État. Or, comme nous l'avons vu, les obligations sociales tendent à surgir de l'action des particuliers. Là encore, l'horizontalité du litige semble donc constituer l'obstacle comme la solution à l'efficacité des droits sociaux en Europe.

La large marge nationale d'appréciation ou la simple impossibilité de statuer sur un litige révèlent ainsi que la question de la compétence des juridictions européennes constitue un autre accroc à la justiciabilité des droits sociaux.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Pour la pensée positiviste, la justiciabilité des droits sociaux incarnent le défi de leur fondamentalité, car c'est là le contrepoin de leur légitimité en tant que droits de l'homme. Pour les plus favorables à cette deuxième génération de droits, il s'agit avant tout d'observer la force de leur effectivité, leur caractère fondamental n'étant pas remis en cause. Quoiqu'il en soit, à la question de savoir si les droits sociaux sont justiciables, une réponse tranchée n'est pas envisageable. D'une part, les droits sociaux sont largement consacrés par les instruments européens. Les textes du Conseil de l'Europe que sont la Convention EDH et la Charte sociale européenne ont bénéficié de l'effort de leurs organes de contrôle pour respectivement socialiser le contenu du texte, ou le juridictionnaliser. Quant à l'Union européenne, elle a progressivement construit une protection destinée aux droits fondamentaux, accordant alors une place essentielle aux droits sociaux, de manière plus ou moins directe. Mais, d'autre part, ces mêmes libertés peinent à se faire une place complète dans l'espace juridictionnel européen. Les dispositions de la Charte et les directives consacrant les droits sociaux souffrent de limites précoces d'invocabilité, notamment dans les litiges interindividuels où les droits sociaux s'incarnent avec le plus d'éclat. Et, en tout état de cause,

¹³³ Cour EDH, 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, n° 27238/95.

¹³⁴ *Ibid.*, § 99.

¹³⁵ V. en ce sens Cour EDH, 18 juin 2002, *Öneryildiz c/ Turquie*, n° 48939/99.

¹³⁶ Cour EDH, 12 avril 2006, *Stec e.a. c/ Royaume-Uni*, n° 65731/1 et n° 65900/1, § 66.

¹³⁷ L'article 153, TFUE (ex-article 137, TCE), affirme en son premier paragraphe que « l'Union soutient et complète l'action des États membres » en matière sociale. Cependant, son ultime paragraphe dispose que « les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de *lock-out* ».

la compétence des juridictions est un frein majeur à leur justiciabilité, notamment en ce que les juges ne peuvent sanctionner des comportements privés. C'est alors l'enjeu de l'horizontalité de ces droits qui se dessine. L'horizontalité indirecte permettrait au juge européen d'engager la responsabilité étatique pour des faits commis par des particuliers, tandis que l'horizontalité directe impliquerait que le juge interne puisse sanctionner directement un comportement privé contraire à une Convention européenne.

CONCLUSION DU TITRE I

La première racine à l'horizontalité des droits sociaux se situe dans leur fondamentalité. Celle-ci tient à au moins deux aspects. D'une part, les droits sociaux doivent pouvoir être considérés pleinement comme des droits de l'homme. Or des oppositions théoriques fortes demeurent, les uns plaçant le caractère politique et superflu des droits sociaux, les empêchant d'accéder au titre de droits de l'homme, les autres arguant que les droits sociaux sont en fait directement sous-tendus par le principe intangible de dignité humaine et par l'impérieuse nécessité d'un État social, leur permettant dès lors de prétendre à la catégorie de droits fondamentaux. Face aux insuffisances du modèle de la concurrence pure et parfaite et suite à la misère sociale soulevée par le cours de l'Histoire, le débat semble aujourd'hui davantage en faveur d'une fondamentalité des droits sociaux. Cependant, les réticences sont réelles et légitimes, puisque cela conduit à un nécessaire déséquilibre des prérogatives institutionnelles. En tout état de cause, cet aspect ne couvre pas entièrement la question de la fondamentalité des droits sociaux. Les droits sociaux peuvent être conceptualisés comme des droits de l'homme, mais ils ne seront jamais véritablement fondamentalisés si on leur refuse l'enceinte juridictionnelle. Et, là encore, le constat n'est pas univoque. D'une part, les droits sociaux jouissent d'une justiciabilité certaine ; le Conseil de l'Europe, à travers sa Charte sociale notamment et de par l'activisme de sa Cour, est à l'avant-garde de cette consécration. L'Union européenne a sans doute un rôle moins évident en la matière, mais l'avènement d'une véritable protection des droits fondamentaux dans le cadre communautaire a conduit les droits sociaux jusqu'au juge. Toutefois, force est de constater qu'ils n'ont pas pour autant tout le rayonnement juridictionnel que beaucoup souhaiteraient. Leur invocabilité est largement restreinte et la compétence des organes de contrôle semble participer de cette faiblesse. La voie « horizontalisante » semble donc inéluctable pour que les droits sociaux, en tant que droits de l'homme, puissent être effectifs et participer à la justice sociale.

TITRE II. – L’HORIZONTALISATION DES DROITS FONDAMENTAUX

Par-delà la fondamentalisation des droits sociaux, c’est l’horizontalisation même des droits fondamentaux qu’il convient d’analyser pour comprendre de manière exhaustive les fondements de l’effet rayonnant des droits sociaux. L’objet d’analyse se déplace : de l’étude de la nature du droit en cause, l’on passe désormais à l’observation de la structure d’un mécanisme. L’enjeu est nécessairement plus technique, mais pas moins crucial pour l’effectivité des droits sociaux. L’horizontalisation correspond, en effet, au mouvement jurisprudentiel qui est lui-même désigné par la mise en place d’un « effet horizontal » permettant d’engager une responsabilité – étatique (elle est alors indirecte) ou individuelle (elle est alors directe) – sur le fondement des droits de l’homme, alors même que l’acteur à l’origine de l’atteinte est une personne privée et n’est pas, en théorie, soumis à l’obligation de respect des droits de l’homme. Il conviendra alors de décomposer l’ossature de l’effet horizontal en ces deux sous branches : l’horizontalisation indirecte (Chapitre I), et l’horizontalisation directe (Chapitre II).

CHAPITRE I. – L’HORIZONTALISATION INDIRECTE DES DROITS FONDAMENTAUX

L’horizontalisation indirecte, en tant que mouvement jurisprudentiel, renvoie à l’effet horizontal indirect en tant que mécanisme juridique. L’effet horizontal indirect correspond à l’engagement de la responsabilité internationale d’un État pour des violations commises, non directement par ses organes, mais par le chef de personnes privées ou d’entités non étatiques dont elle assure la juridiction. En ce sens, l’horizontalisation indirecte ne joue qu’à l’échelle internationale et européenne¹³⁸, et est corrélée à la compétence *ratione personae* de la Cour EDH, du CEDS, ainsi que de la CJUE, qui ne connaissent que de requêtes dirigées contre des États ou des institutions. Le mouvement est indirect puisqu’il s’agit d’attribuer à l’État une responsabilité pour des faits commis par un particulier, et non directement par lui. Mais il convient surtout de remarquer que la relation est triangulaire ; un particulier lèse un autre particulier, et un État endosse la responsabilité à titre individuel, pour avoir permis ou facilité l’action du premier particulier. Les acteurs restent au nombre de trois, car l’État n’absorbe pas complètement l’action de la personne ou entité privée à l’origine de l’atteinte, il devient simplement responsable des conséquences de ses actes. Ainsi cette personne ou entité privée est toujours responsable à titre individuel (pénalement ou civilement) à l’intérieur de son propre pays. Cette situation diffère des litiges dans lesquels il est possible d’imputer directement l’action d’un particulier à l’État, ce dernier assimilant le comportement privé comme étant le sien. Ainsi des personnes privées exerçant des prérogatives de puissance

¹³⁸ Même si une certaine forme d’horizontalité indirecte peut être décelée dans des systèmes nationaux, comme en France, où il est possible d’engager la responsabilité d’une personne publique lorsque celle-ci a, par sa passivité, permis ou facilité l’apparition d’un préjudice d’origine privée. V., en ce sens, Cons. État, 28 novembre 2003, *Commune de Moissy Cramayel*, n° 238349 : dans cette affaire, la responsabilité de la commune a été engagée suite à l’abstention du maire de faire usage de ses pouvoirs de police afin d’édicter une réglementation relative à l’accès à un terrain de sport et destinée à réduire les nuisances sonores provenant de sa fréquentation.

publique¹³⁹ ou agissant sous le contrôle total ou partiel de l'État¹⁴⁰. Dans ces cas, la relation demeure duale et verticale, puisque la personne privée est en fait complètement assimilée à la puissance publique. Il n'existe que deux acteurs : l'État et la personne lésée. L'imputation de l'acte à l'État, condition indispensable à l'engagement de sa responsabilité, est dans ce cas évidente puisqu'il devient le seul et unique acteur de l'atteinte. Dans le cadre d'un litige horizontal et triangulaire, l'imputation est largement moins flagrante. En effet, un comportement privé n'engage pas, en tant que tel, la responsabilité de l'État. Il faut que l'État ait joué un rôle, actif ou passif, dans la commission de cet acte privé. Ainsi ce sera la médiation de l'État qui permettra de rétablir l'imputation. Il ne s'agira alors pas d'imputer à l'État l'action du particulier, comme dans un litige vertical, mais de lui attribuer, « du fait de son action » ou « du chef de son abstention »¹⁴¹, la conséquence du comportement privé. L'effet horizontal indirect s'est donc développé d'une part sur le régime classique des ingérences actives (Section I), et d'autre part – et surtout – à travers la théorie des obligations positives, telle qu'issue de la jurisprudence de la Cour EDH (Section II).

SECTION I. – LE RÉGIME CLASSIQUE DES INGÉRENCES ACTIVES

L'effet horizontal indirect s'est d'abord construit selon les règles classiques caractérisant le droit international et européen des droits de l'homme, c'est-à-dire dans le prolongement du contrôle classique de l'ingérence étatique dans les libertés individuelles. La responsabilité de l'État est dans ce cas engagée lorsque celui-ci a participé, par son action positive, à l'acte privé ayant causé l'atteinte. Généralement, la participation active de l'État est associée à une loi potentiellement liberticide, en vigueur dans l'État défendeur.

C'est dans le système du Conseil de l'Europe que ce phénomène est le plus visible. En 1981, la première décision de la Cour EDH relative à l'effet horizontal indirect a, en effet, été examinée sur le terrain classique des obligations négatives¹⁴². L'affaire concernait des accords de *closed shops*, obligeant les travailleurs à s'affilier à un syndicat avec lequel leur employeur avait une alliance contractuelle. Les requérants, renvoyés du fait de leur refus d'adhérer à ces syndicats, se plaignaient d'une atteinte à leur liberté d'association. L'article 11, CEDH, protège, en effet, le versant positif comme négatif de ce droit. La Cour a estimé qu'en vertu de l'article 1^{er}, CEDH, l'État demeure responsable de toute violation de l'un

¹³⁹ V., en ce sens, l'arrêt *Unedic* dans laquelle la Cour explique « qu'entrent dans la catégorie des "organisations gouvernementales", les personnes morales qui participent à l'exercice de la puissance publique ou qui gèrent un service public sous le contrôle des autorités » (Cour EDH, 18 décembre 2008, *Unedic c/ France*, n° 20153/04, § 54). À titre d'exemple, v. l'arrêt *Barthold c/ Allemagne*, par lequel la Cour EDH a estimé qu'un règlement adopté par le « Conseil des chirurgiens vétérinaires » devait être entendue comme une loi au sens de la Convention, car « la compétence de l'Ordre dans le domaine de la déontologie découle du pouvoir normatif autonome dont la profession vétérinaire (...) jouit traditionnellement en République fédérale d'Allemagne, par délégation du législateur (...). L'Ordre l'exerce du reste sous le contrôle de l'État » (Cour EDH, 25 mars 1985, *Barthold c/ Allemagne*, n° 8734/79, § 46).

¹⁴⁰ V., en ce sens, l'arrêt *A c/ France*, dans lequel la Cour estime qu'une personne privée ayant enregistré, en accord avec un commissaire de police, représentant de l'autorité publique, une conversation téléphonique, avait agi sous le contrôle de l'État. La responsabilité de ce dernier était donc engagée. (Cour EDH, 23 novembre 1993, *A c/ France*, n° 14838/89).

¹⁴¹ D. SPIELMANN, « "Obligations positives" et "effet horizontal" des dispositions de la Convention », p. 153 in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998.

¹⁴² Cour EDH, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, préc.

des droits conventionnels qui dériverait « d'un manquement du législateur national ». Elle précise alors que, « si la cause immédiate des événements d'où a surgi l'affaire réside dans l'accord de 1975 entre *British Rail* et les syndicats de cheminots, c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'État défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base ; il n'y a pas lieu de déterminer si elle l'est aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'État ou du contrôle exercé par lui sur *British Rail*¹⁴³ ». Ainsi la Cour refuse de verticaliser et binariser le litige, comme les requérants le formulaient, certainement par prudence. Mais la Cour ne décline pas pour autant sa compétence du fait du litige horizontal : elle responsabilise l'État britannique à cause de sa législation. Celui-ci apparaît dès lors en tant que troisième acteur ayant violé positivement, à travers sa loi, l'article 11, CEDH. Le raisonnement est celui d'une relation de cause à effet ; si l'acte de violation en tant que tel provient de l'entreprise, il n'aurait jamais pu être commis si l'État n'avait pas adopté une législation autorisant les accords de *closed shops*. Cette position, et il est intéressant de le remarquer dès lors, la Cour la justifie par l'article 1^{er}, CEDH, qui dispose que « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés au I de la présente Convention ». C'est donc le souci d'effectivité qui semble guider la Cour dans sa reconnaissance d'un effet horizontal de la Convention. Nous ne tarderons pas de le remarquer, cet article vient presque systématiquement fonder le raisonnement du juge de Strasbourg s'agissant de l'effet horizontal, que celui-ci émerge d'obligations négatives ou positives¹⁴⁴.

En droit de l'Union européenne, un tel effet horizontal est relié à la dichotomie qu'opère l'effet direct entre les différentes sources. Les directives notamment ne jouissent pas d'un effet direct puisqu'elles ne s'adressent pas, en principe, aux individus mais aux États membres. Toutefois, les États demeurent liés par le principe de l'interprétation conforme. Autrement dit, lorsqu'un effet direct ne peut pas être reconnu, au nom de la primauté du droit communautaire, il incombe aux juridictions internes d'interpréter le droit national de manière conforme au droit de l'Union, y compris en modifiant leur jurisprudence. Si une telle interprétation demeure impossible vis-à-vis de la législation nationale en cause¹⁴⁵, l'État engagera sa responsabilité pour violation du droit de l'Union, n'ayant pas ou mal transposé une directive. Partant, la Cour de justice a étendu cette jurisprudence de principe¹⁴⁶ aux relations privées, et a accordé une horizontalité indirecte aux droits fondamentaux contenus dans les directives, par le biais de principes d'interprétation judiciaire, de sorte qu'une loi applicable aux parties privées soit observée de la manière la plus conforme aux règles de l'Union protégeant ou concrétisant des droits fondamentaux. Afin de poursuivre avec le vocable conventionnel, nous pouvons raisonnablement affirmer que l'État est responsable « sur le terrain des ingérences actives », du fait d'une législation affectant une relation horizontale.

Cependant, du point de vue des droits fondamentaux, une telle différence de

¹⁴³ *Ibid.*, § 49.

¹⁴⁴ V. *infra* : « 1 – L'effectivité comme fondement des obligations positives » (p. 44-46) de la présente étude.

¹⁴⁵ Dans la mesure où une interprétation *contra legem* est prohibée.

¹⁴⁶ C'est l'arrêt *Francovich* qui pose le principe de la responsabilité de l'État vis-à-vis des particuliers pour les dommages découlant de l'absence ou de la mauvaise transposition d'une directive (CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. jtes. C-6/90 et C-9/90).

traitement entre les droits issus de traités et ceux issus de directives semble difficilement justifiable¹⁴⁷. Et, quoi qu'il en soit, dans l'arrêt de la Cour EDH *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni* susmentionné, la Cour n'affirme pas explicitement l'applicabilité horizontale de la Convention. Par ailleurs, les arrêts imposant des obligations négatives aux États dans les relations individuelles ne sont pas légion¹⁴⁸. Tant au niveau du Conseil de l'Europe que de l'Union européenne, l'applicabilité horizontale indirecte semble davantage découler de la théorie des obligations positives.

SECTION II. - LA THÉORIE DES OBLIGATIONS POSITIVES

En 1950, dans son ouvrage *L'inertie des pouvoirs publics*, P. Montané de Laroque affirmait que « pendant longtemps, les "excès de la puissance publique" furent surtout redoutés ; de nos jours "l'impuissance publique" est devenue la forme la plus répandue de l'arbitraire des Pouvoirs Publics¹⁴⁹ ». La théorie des obligations positives peut se justifier selon ces mots. Les obligations positives s'inscrivent dans la volonté d'une justice effective, ou dans le refus de libertés abstraites. Dans une optique contentieuse, les obligations positives impliquent l'engagement de la responsabilité d'un État du fait que ce dernier n'aurait pas agi pour protéger effectivement les droits fondamentaux, alors que son action était pourtant nécessaire à cette fin. À l'échelle européenne, elles sont essentiellement le fruit de la jurisprudence strasbourgeoise, et se sont par la suite largement diffusées devant le prétoire de la CJCE puis de la CJUE. Dans l'un comme dans l'autre de ces ordres juridiques, nous pouvons alors dresser le syllogisme suivant : si l'effet horizontal indirect est né en grande partie des obligations positives, elles-mêmes issues de l'impératif d'effectivité des droits, alors l'effet horizontal indirect est fondé par ce même besoin d'effectivité. Pour comprendre cette relation triangulaire, il conviendra premièrement d'observer en quoi le besoin d'effectivité des droits est au fondement de la théorie des obligations positives (1), puis de voir dans quelle mesure cette théorie est elle-même au fondement de l'effet horizontal indirect (2). Enfin, la réflexion nous conduit à remarquer que les obligations positives constituent un outil primordial pour l'effectivité des droits sociaux (3).

1. – L'effectivité comme fondement des obligations positives

Les obligations positives apparaissent comme une conséquence directe du principe d'effectivité. En 1979, dans son arrêt *Airey c/ Irlande*, la Cour EDH donne le ton : « La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs¹⁵⁰ ». Le souci de garantir les droits de l'homme de manière tangible est ainsi situé

¹⁴⁷ Comme l'explique E. FRANTZIOU, « *It is hard to explain why the right to equal pay between men and women (a Treaty-based right) should generate direct horizontal effect against a private employer, but the, rather similar in nature, right to non-discrimination on grounds of gender concerning access to employment (until recently a directive-based right) should only result in indirect horizontal effect, if similarly invoked against a private employer. Substantively, both of these provisions are manifestations of the right to equal treatment* » (The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality, *European Law Journal*, vol. 21, issue 5, septembre 2015, p. 664).

¹⁴⁸ Pour davantage d'arrêts de la Cour EDH dégageant un effet horizontal indirect sur le fondement d'une ingérence active de l'État : gr. ch., 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*, n° 25781/94, § 81 ; 8 avril 2003, *MM c/ Pays-Bas*, n° 39339/98, § 37.

¹⁴⁹ P. MONTANÉ DE LAROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Paris, Dalloz, 1950, p. 8.

¹⁵⁰ Cour EDH, *Airey c/ Irlande*, préc., § 24.

au cœur du système conventionnel. Au sein de l'Union européenne, l'effectivité des droits trouve également une place centrale. En témoigne la multiplication des sources protégeant les droits fondamentaux¹⁵¹, traduisant une approche pragmatique de la production législative européenne. Par ailleurs, par l'affirmation de la primauté du droit communautaire sur les ordres juridiques internes¹⁵², la Cour de justice pose un jalon capital pour l'effectivité du droit communautaire en général, et des droits fondamentaux que celui-ci consacre plus spécifiquement. De l'interprétation dynamique de la Convention européenne¹⁵³, et de la considération pragmatique du droit de l'Union européenne, les obligations positives apparaissent alors comme une voie utile, même nécessaire. En effet, pour que les libertés soient vécues, l'État doit parfois agir positivement. C'est le constat selon lequel l'exercice de certains droits a besoin d'une action de la puissance publique pour voir le jour. Ainsi, si la Cour EDH affirme que, dans plusieurs cas, l'État « ne saurait se borner à demeurer passif¹⁵⁴ », il va sans dire que les obligations positives constituent un bouleversement considérable de la définition traditionnelle des droits de l'homme. Selon cette dernière, les droits fondamentaux imposent que l'État s'abstienne d'agir, au risque d'étouffer les libertés individuelles par son arbitraire. Pour justifier un tel renversement, le besoin d'effectivité des droits est ainsi apparu comme l'*alpha et l'omega* de la théorie des obligations positives. En droit international classique, ce besoin d'effectivité rejoint l'obligation générale de protection des droits de l'homme¹⁵⁵. Il ne s'agit donc plus seulement de les garantir, il s'agit de les protéger. Dans le cadre du contentieux conventionnel, le recours à l'article 1^{er}, CEDH, notamment dans sa version anglaise¹⁵⁶, ainsi que l'article 13 consacrant le droit à un recours effectif¹⁵⁷, ou l'article 17 prohibant l'abus de droit, sont autant de dispositions pertinentes pour recourir aux obligations positives. Concernant le droit de l'Union européenne, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, protégeant le droit à un recours effectif, est lui aussi fortement utilisé

¹⁵¹ Les droits fondamentaux sont initialement consacrés, quoique timidement, dans le droit primaire. Puis, au fur et à mesure, les supports se multiplient et des sources spécifiquement créées pour la protection des droits fondamentaux apparaissent. Tel est le cas de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, signée en 1989, puis de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, entrée en vigueur en 2000.

¹⁵² C'est l'arrêt *Costa c/ ENEL*, précité, rendu le 15 juillet 1964 par la CJCE, qui affirme magistralement le principe de primauté du droit communautaire sur les législations nationales.

¹⁵³ Selon les termes devenus célèbres de la Cour EDH, la Convention est un « instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelle » (*Tyrer c/ Royaume-Uni*, préc., § 31).

¹⁵⁴ Cour EDH, *Airey c/ Irlande*, préc., § 25.

¹⁵⁵ E. DUYMAZ, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme*, th. dactyl., Lyon, université Jean Moulin Lyon 3, 2011, p. 86-104.

¹⁵⁶ L'article 1^{er} CEDH dispose, dans sa version anglaise : « *The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention* ». Le professeur G. Sperduti, membre de la Commission EDH, notait en 1976 que les États Parties ont « non seulement le devoir de s'abstenir de toute action entraînant une violation » des droits de la Convention mais qu'« ils sont également obligés – et c'est un devoir résultant notamment, dans le texte anglais de l'article 1^{er} de la Convention, de l'emploi des mots "*shall secure*" – d'assurer la jouissance de ces droits et libertés dans leurs ordres juridiques internes de telle manière que ceux-ci interdisent toute action, qu'elle provienne des organes et agents de l'État ou d'individus ou organisations d'individus, qui porteraient atteinte à ces mêmes droits et libertés » (Comm. EDH, 25 janvier 1976, *Irlande c/ Royaume-Uni*, n° 5310/71).

¹⁵⁷ Selon les mots de J.-P. Costa, « l'article 13 de notre Convention (...) consacre le droit à un recours effectif, donc une obligation pour les États d'instituer chez eux des voies de recours » (Discours de J.-P. COSTA, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, 28 janvier 2011, *Rapport annuel 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, p. 43).

en ce sens¹⁵⁸.

2. – Les obligations positives comme fondement de l'effet horizontal indirect

Si l'effectivité en tant qu'objectif vient fonder la technique des obligations positives, les obligations positives, quant à elles, viennent fonder en grande partie l'application horizontale des droits fondamentaux. L'action étatique est en effet bien souvent nécessaire jusque dans la sphère individuelle. Logiquement, nous pouvons donc affirmer que l'effectivité est au fondement « indirect » de l'effet horizontal. J. Rivero relevait à cet égard que si « l'on passe de la formulation abstraite à l'analyse concrète, on s'aperçoit qu'il est impossible de dissocier les relations États-particuliers et les relations privées. Poser le principe d'une liberté, c'est nécessairement envisager sa réalisation dans ces deux domaines¹⁵⁹ ». Dans l'Union européenne, l'arrêt *van Gend en Loos* est évocateur à ce sujet. La Cour de justice y affirme que le droit communautaire engendre des droits directement invocables au profit des ressortissants¹⁶⁰. Cette jurisprudence opère ainsi deux mouvements. Premièrement, elle place l'individu au centre du système communautaire¹⁶¹, ce qui tend à faire apparaître l'effet horizontal en filigrane. Deuxièmement, elle positionne l'effectivité du droit de l'Union en tant qu'objectif ultime de celui-ci, justifiant le recours aux obligations positives. Nous comprenons donc aisément que les obligations positives sont le plus souvent à l'œuvre dans le cadre de relations privées. Dans le système de la Convention EDH, déjà, en 1963, dans une décision non publiée, la Commission EDH mentionnait une possible « obligation de veiller au respect [des droits] dans les rapports entre particuliers¹⁶² ». En 1974, dans le rapport *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, les termes de l'ancienne juridiction sont plus explicites encore puisqu'ils relatent une « obligation de protéger » les droits dans les rapports privés¹⁶³. B. Moutel traduit parfaitement ce lien indéfectible entre les obligations positives et l'effet horizontal, affirmant que « la Commission envisage l'effet horizontal de la Convention sous l'angle d'une obligation de l'État de veiller au respect des droits dans les relations privées¹⁶⁴ ».

¹⁵⁸ E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle*, *op. cit.*, p. 224-226.

¹⁵⁹ J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », p. 315 *in Mélanges René Cassin, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971.

¹⁶⁰ CJCE, 5 février 1963, *van Gend en Loos*, aff. 26/62 : « La Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ; que partant, 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 ».

¹⁶¹ V., en ce sens, É. CARPANO, « Les personnes physiques en droit européen. Analyse comparée du droit européen des droits de l'homme et du droit communautaire », *Ann. dr. eur.*, vol. 3, Bruylant 2005, p. 7-31.

¹⁶² M.-A. EISSEN cite la décision Comm. EDH (18 décembre 1963, n° 1906/63, non publiée) : « La question pourrait se poser de savoir si le droit de réponse ou de rectification s'analyse, au moins en Belgique, en un "droit de caractère civil", au sens de l'article 6, § 1, de la Convention et (ou) s'il constitue un corollaire de la liberté d'expression, telle que la consacre l'article 10 (...) ; que, dans l'affirmative, il faudrait se demander si les autorités des États contractants n'ont pas l'obligation de veiller au respect de ce droit dans les rapports entre particuliers » (M.-A. EISSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », *Mélanges René Cassin, t. III, La protection de l'homme dans les rapports entre personnes privées, op. cit.*, p. 158).

¹⁶³ Comm. EDH, rapport, *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, n° 4464/70, § 59.

¹⁶⁴ B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français*.

Le terme d'obligation sous-entend celui d'obligation positive. Quant à la Cour EDH, c'est en 1985, dans son arrêt *X et Y c/ Pays-Bas*, qu'elle a pour la première fois engagé la responsabilité d'un État dans des relations interindividuelles pour manquement à ses obligations positives¹⁶⁵. Dans l'ordre juridique communautaire, le processus est similaire. Dans son arrêt *Angonese*, la Cour de justice des Communautés a estimé que la tolérance étatique à l'égard de restrictions à la libre circulation des personnes, déclenchées par des pratiques d'employeurs privés, pouvait constituer une violation du droit de l'Union européenne¹⁶⁶. Ainsi la passivité des organes étatiques face à des actes commis par des personnes privées¹⁶⁷ peut mettre en jeu la responsabilité internationale de l'État pour manquement à ses obligations positives.

3. – Les obligations positives comme outil pour les droits sociaux

Il est indispensable de noter que les obligations positives viennent essentiellement servir les droits économiques et sociaux. Comme nous l'avons vu¹⁶⁸, les libertés relevant de cette catégorie semblent, en effet, pour la plupart, exiger une prestation positive de la puissance publique pour exister. Encore une fois, l'arrêt *Airey* précité est pour le moins révélateur d'une telle corrélation. Dans l'affaire en cause, la requérante se plaignait de ne pas avoir bénéficié de son droit à un procès équitable au sens de l'article 6, CEDH, car les frais du procès l'auraient empêchée de saisir la juridiction de son pays. Elle se fondait notamment sur l'arrêt *Golder*, lequel avait dégagé de cette disposition l'obligation positive d'assurer un accès effectif à un tribunal¹⁶⁹. Selon la Cour, le droit d'accès à un tribunal est en effet inhérent au droit au procès équitable¹⁷⁰. Dans l'arrêt *Airey*, le gouvernement considérait que la requérante avait bien eu accès à la *High Court* puisqu'il lui était loisible de s'adresser à elle sans l'assistance d'un homme de loi, et qu'en tout état de cause, nul droit à une assistance financière gratuite n'était garanti par l'article 6, CEDH, car il ne fallait pas « interpréter la Convention de manière à réaliser dans un État contractant des progrès économiques et sociaux ». Mais la Cour n'a pas souscrit à cette thèse. S'appuyant sur le besoin d'effectivité des droits qu'elle protège, la juridiction de Strasbourg a affirmé que la situation de la requérante et du droit en vigueur en Irlande¹⁷¹ ne lui permettaient pas d'accéder de manière effective à un tribunal, et partant, violait le droit qu'elle tire de l'article 6 de bénéficier d'un procès équitable. La Cour a donc relevé que si la Convention « énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou

Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées, th. dactyl., université de Limoges, 2006, p. 41.

¹⁶⁵ Cour EDH, 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays-Bas*, n° 8978/80, § 23.

¹⁶⁶ CJCE, 6 juin 2000, *Roman Angonese c/ Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98, §§ 30 et suiv.

¹⁶⁷ S'agissant des entraves privées à la libre circulation des marchandises, v. CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ France*, aff. C-265/95. S'agissant des restrictions privées à la libre circulation des travailleurs, v. CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais c/ Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08.

¹⁶⁸ V. *supra* l'introduction de la présente étude.

¹⁶⁹ Cour EDH, plén., 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n° 4451/70, § 35 : « Aux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6, § 1, (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge ».

¹⁷⁰ *Ibid.*, § 36.

¹⁷¹ V., en ce sens, les §§ 8 et 24 de l'arrêt, décrivant respectivement la situation économique modeste de Mme Airey, et la difficulté d'accès à la *High Court* en Irlande « en raison non seulement du niveau fort élevé des honoraires à verser pour s'y faire représenter, mais aussi de la complexité de la procédure à suivre pour introduire une action, en particulier sur requête (pétition) comme ici ».

social¹⁷² », et qu'en ce sens, l'État irlandais se trouvait responsable d'une violation de l'article 6, CEDH, pour manquement à son obligation positive d'assurer une assistance judiciaire gratuite à la requérante.

Si ce litige n'était pas, en l'espèce, caractérisé par un effet horizontal, il n'en demeure pas moins que les obligations positives en matière de droits économiques et sociaux sont très souvent à l'œuvre dans le cadre de rapports horizontaux. La jurisprudence du Comité européen des droits sociaux est à ce sujet intéressante, puisque cet organe a lui aussi recours à la technique des obligations positives vis-à-vis des droits sociaux qu'il protège, et particulièrement dans le cadre de relations horizontales. Ainsi des conclusions rendues par lui en 2006, à propos des violences commises par des personnes privées envers les femmes. Le Comité a en effet déclaré que l'article 16, CSE (consacrant le droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique), de la même façon que l'article 8, CEDH (consacrant le droit au respect à la vie privée et familiale), « n'implique[nt] pas seulement un devoir d'abstention de la part de l'État mais aussi des obligations positives visant à assurer le respect effectif des droits garantis par l'article 8¹⁷³ ». Se référant explicitement à l'arrêt de la Cour *X et Y c/ Pays-Bas*, le Comité poursuit en affirmant que « ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux ». Partant, il déduit de l'article 16 une obligation positive de protection des femmes contre des actes de violence perpétrés par des particuliers.

L'interdépendance entre les obligations positives et l'effet horizontal indirect de la Convention ou du droit de l'Union européenne est ainsi largement compréhensible. Le recours aux obligations positives est essentiel car les libertés ne doivent pas être vides de substance, elles doivent s'incarner dans la vie concrète des individus. Or, le plus souvent, le recours aux obligations positives est requis dans le cadre de relations privées, où les enjeux sociaux sont généralement forts.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

L'horizontalisation indirecte des droits fondamentaux est le fruit des organes européens et internationaux de protection des droits de l'homme. Ce n'est pas la responsabilité pénale ou civile de l'individu ayant violé les droits d'un autre individu qui est mise en cause. C'est la responsabilité internationale de l'État, ayant permis une telle violation, qui est engagée. Leur culpabilité peut, d'une part, être reconnue sur le terrain classique des ingérences de la puissance publique. Dans ce cas, c'est l'action positive de l'État qui est constitutive d'une violation d'un droit fondamental. Mais force est de constater que l'effet horizontal se trouve rapidement limité sur ce terrain. En effet, la plupart des litiges entre personnes privées apparaissent suite à une passivité de l'État. L'inaction publique est alors perçue comme injustifiée face à la nécessité de garantir de manière effective les droits fondamentaux. C'est ainsi que s'est développée, à l'initiative de la Cour européenne des droits de l'homme, la théorie des obligations positives. Celle-ci a joué un rôle primordial dans la protection des libertés individuelles entre particuliers, permettant de responsabiliser les États jusque dans leurs propres politiques publiques. Les enjeux sociaux sont donc particulièrement

¹⁷² *Ibid.*, § 26.

¹⁷³ CEDS, conclusions XVIII-1, observation interprétative, art. 16, p. 13-14.

perceptibles dans le cadre de ces litiges horizontaux imposant aux États d’agir pour protéger effectivement les libertés. En effet, pour que l’employé jouisse effectivement de son droit à la santé, encore faut-il que l’État dispose d’une législation imposant aux entreprises de fournir aux travailleurs le temps de repos adéquat. Pour que les minorités aient un niveau de vie digne, encore faut-il que les pouvoirs publics exercent une discrimination positive en leur faveur. Ce type d’effet horizontal demeure majoritaire. Il est relié au principe selon lequel l’individu n’est pas débiteur, à l’échelle internationale, d’obligations découlant des textes de protection des droits de l’homme. Toutefois, cette vision tend à être dépassée. Le développement de l’effet horizontal direct permet d’engager la responsabilité de l’individu lui-même en vertu d’engagements internationaux et européens. Celui-ci devient débiteur, dans son ordre juridique national, des droits de l’homme consacrés à l’échelle internationale.

CHAPITRE II. – L’HORIZONTALISATION DIRECTE DES DROITS FONDAMENTAUX

L’horizontalisation directe se rattache au développement de l’effet horizontal direct. Celui-ci correspond à l’engagement de la responsabilité d’un individu, au sein de son État, pour violation du droit européen. En tant que notre étude concerne les droits fondamentaux, il conviendra de se concentrer sur l’effet horizontal direct des normes européennes protégeant spécifiquement les droits de l’homme. La Convention EDH, la CSE, ainsi que des dispositions éparses du droit communautaire seront donc de nouveau mobilisées en ce sens. Mais les premières réflexions portant sur l’idée d’appliquer les normes relatives aux droits de l’homme dans les relations privées sont nées avant et en dehors du prétoire européen. La problématique s’est en effet d’abord développée relativement à l’application horizontale des droits fondamentaux constitutionnels. La théorie de la *Drittwirkung*, consacrée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne¹⁷⁴, a ainsi impulsé la protection des droits de l’homme dans les litiges intersubjectifs. Or – et comme nous l’avons vu précédemment¹⁷⁵ – la majorité des droits fondamentaux constitutionnels coïncident aujourd’hui avec les droits consacrés à l’échelle européenne. Ainsi le déplacement de l’effet horizontal direct des droits fondamentaux constitutionnels vers l’effet horizontal direct des droits fondamentaux conventionnels était-il un processus logique, mais pas des plus aisés. L’étude de l’effet horizontal direct implique en effet de s’intéresser aux rapports complexes entre l’ordre interne et l’ordre européen. Il conviendra donc d’observer que la réalisation de l’effet horizontal direct des droits fondamentaux européens impose au moins deux conditions : lesdits droits doivent jouir d’une applicabilité directe en droit interne (Section I), et ils doivent être contenus dans des normes primant le droit national (Section II).

SECTION I. – L’APPLICABILITÉ DIRECTE DU DROIT EUROPÉEN DANS L’ORDRE INTERNE

L’entrée en vigueur d’un traité ne suffit pas à ce qu’il s’applique directement dans l’ordre interne. Il faut que l’État qui s’est souverainement lié à ce traité en ait l’intention. Cela dépend donc de la relation que les États souhaitent entretenir entre leur droit national souverain et le droit européen. Une telle relation est généralement présentée selon la dichotomie des systèmes moniste et dualiste. L’État moniste considèrera que les deux ordres

¹⁷⁴ V. *supra*, introduction.

¹⁷⁵ V. *supra*, p. 35 de la présente étude.

juridiques sont poreux et forment de fait un ordre juridique unitaire. Dès lors, au sein d'un État ayant choisi une structure moniste, les traités qu'il a ratifiés font partie intégrante de son ordre juridique. Au contraire, dans un État dualiste, les deux ordres juridiques demeurent distincts. Ainsi le recours à un traité par les juridictions nationales ne sera possible qu'après l'adoption d'un acte visant à transposer le contenu du traité dans le droit interne. Nous comprenons aisément que l'organisation adoptée par l'État fera dépendre l'effectivité des dispositions européennes protégeant les droits de l'homme, et qu'ainsi, l'horizontalité directe des conventions sera plus naturelle dans le cadre d'un système moniste. Il faut alors rappeler qu'en droit international, ce choix de système relève de la pure discrétion de l'État souverain¹⁷⁶.

En ce sens, il convient de différencier nettement le droit issu de la Convention – et dans une moindre mesure de la Charte sociale européenne – du droit communautaire. La Convention et la Charte sociale sont considérées comme des traités européens au sens du droit international classique, et ne sauraient donc imposer aux États Parties l'incorporation de leurs dispositions dans leur droit interne. Du fait du caractère non contraignant de son contenu, la Charte sociale y est encore moins disposée. Quant à la Convention, la Cour a affirmé que « ni l'article 13 ni la Convention en général ne prescrivent aux États contractants une manière déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application effective de toutes les dispositions de cet instrument¹⁷⁷ ». Les États Parties à la Convention EDH et la CSE adoptent donc, en théorie, l'attitude qu'ils souhaitent vis-à-vis de ces textes. La situation dans l'ordre juridique communautaire est tout autre. Le droit de l'Union européenne ne s'inscrit pas dans la parfaite continuité des règles du droit international classique, et sa spécificité a été solennellement affirmée en 1964, par l'arrêt *Costa c/ ENEL*, lorsque la Cour de justice a déclaré qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres (...) et qui s'impose à leur juridiction¹⁷⁸ ». Ainsi, quand les États demeurent libres de déterminer leur relation avec la Convention EDH et la CSE, ils doivent nécessairement adopter un système moniste eu égard au droit communautaire. Toutefois, et pour le moins concernant la Convention, force est de constater que le juge de Strasbourg se montre en pratique très incitatif à l'incorporation du droit conventionnel dans les ordres internes¹⁷⁹. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni*, la Cour affirme explicitement que « la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne¹⁸⁰ ». Par ailleurs, il faut noter que les États eux-mêmes sont favorables à une telle incorporation. En effet, la Convention fait à ce jour partie intégrante de l'ordre juridique interne de tous les États Parties¹⁸¹. Ainsi pouvons-nous considérer que l'ordre conventionnel,

¹⁷⁶ Ainsi la doctrine dualiste est-elle préférée par des États comme le Royaume-Uni, le Canada ou l'Allemagne, quand la France, les Pays-Bas, le Luxembourg et la Suisse ont adopté une position moniste eu égard aux traités qu'ils ratifient.

¹⁷⁷ Cour EDH, 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c/ Suède*, n° 5614/72, § 50 ; Cour EDH, plén., 21 février 1986, *James e.a. c/ Royaume-Uni*, n° 8793/79, § 84.

¹⁷⁸ CJCE, *Costa c/ ENEL*, préc.

¹⁷⁹ V., en ce sens, Cour EDH, 24 juin 1982, *van Droogenbroeck c/ Belgique*, n° 7906/77, § 55.

¹⁸⁰ Cour EDH, *Irlande c/ Royaume-Uni*, préc., § 239.

¹⁸¹ F. SUDRE *et al.*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 176 : « La Convention est aujourd'hui incorporée dans l'ordre juridique interne des autres États membres soit directement par l'effet des dispositions constitutionnelles nationales (Belgique, Pays-Bas, Portugal, Espagne, France, Bulgarie...), soit indirectement après transposition dans l'ordre interne par une loi spéciale (Malte, Finlande, Danemark, Irlande, Islande, Suède, Norvège, Royaume-Uni). En conséquence, la CEDH, comme telle dans le premier cas de figure, et ses normes substantielles, dans le second cas de figure, y sont d'applicabilité directe ».

tout comme l'ordre communautaire, sont pleinement intégrés aux ordres juridiques internes des États ayant souscrit aux obligations que ces premiers édictent.

Mais, pour que la Convention EDH, la CSE et le droit communautaire des droits de l'homme bénéficient réellement d'une applicabilité directe, et puissent à terme jouir d'une horizontalité directe, il est nécessaire qu'à l'incorporation dans l'ordre interne s'ajoute la possibilité d'une exécution immédiate des normes européennes. Ainsi les dispositions du traité doivent pouvoir être directement invocables par les particuliers et contre ceux-ci, devant les juridictions de leur pays. Pour cela, les traités ne doivent donc pas seulement régir les relations interétatiques, mais doivent aussi avoir pour objet de créer des droits ou des obligations au bénéfice ou à la charge des particuliers. En droit de l'Union, cette question est celle de l'effet direct. Dans l'arrêt *van Gend en Loos*, la Cour de justice affirme que les ressortissants peuvent invoquer directement le droit communautaire au niveau national. Une sorte de présomption d'effet direct est ainsi établie. La jurisprudence ultérieure a toutefois démontré que la norme communautaire devait remplir certaines conditions pour jouir d'un effet direct. Afin d'être invoquée directement par un justiciable dans son État, la norme doit alors être « suffisamment précise et inconditionnelle¹⁸² ». Sur le fondement de cette condition de fond, on a pu constater que l'intensité de l'effet direct s'avère variable ; quand des normes ne produisent aucun effet direct, d'autres produisent uniquement des droits et des obligations entre les États membres et les particuliers, et d'autres encore produisent, en plus de cela, des droits et des obligations entre les particuliers eux-mêmes. La doctrine parle d'« effet direct partiel » et d'« effet direct complet » pour désigner ces deux derniers cas de figure. Partant de cet « effet direct complet », le juge luxembourgeois a ainsi pu consacrer l'effet horizontal direct de certaines normes communautaires protégeant les droits fondamentaux. Si l'arrêt *Walrave et Koch* fut la première affaire relative à l'applicabilité horizontale d'un article du traité CE¹⁸³, c'est l'arrêt *Defrenne II*, rendu en 1976, qui constitue l'amorce la plus célèbre de l'effet horizontal direct. La Cour y a estimé que l'article 119 du Traité CE, consacrant l'interdiction de la discrimination, s'applique non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend à tous les « contrats entre particuliers¹⁸⁴ ». Quant à la Convention, si la condition de l'inconditionnalité de la norme demeure, celle-ci est moins souvent remplie qu'en droit de l'Union européenne¹⁸⁵. Pour autant, à l'occasion de l'arrêt *Vermeire*, la Cour européenne n'a

¹⁸² À titre d'exemple d'application, v. CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel c/ Ville de Schwäbisch Gmünd*, aff. 12/86, § 23.

¹⁸³ CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c/ Association Union cycliste internationale*, aff. 36-74 : le litige portait sur une décision de l'Union cycliste internationale (UCI) modifiant ses règles relatives aux courses automobiles lors des championnats du monde, de façon à ce qu'un coureur devra désormais être de la même nationalité que son concurrent dans toutes les courses. Pourtant, les entraîneurs néerlandais souhaitaient travailler avec des équipes non néerlandaises, et arguaient donc que cette décision constituait une discrimination fondée sur la nationalité, limitant de manière injustifiée leur liberté économique (libre circulation des travailleurs et des services). La Cour de justice des Communautés leur a donné gain de cause, estimant que cette réglementation des fédérations sportives était contraire à la législation communautaire.

¹⁸⁴ CJCE, *Gabrielle Defrenne c/ SA Sabena*, préc., §§ 31-39 : « Le fait que certaines dispositions (...) soient 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 (...) ; en effet, l'article 119 ayant un caractère impératif, la prohibition des discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes les conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particulier ».

¹⁸⁵ En effet, à l'exception du droit communautaire, la question de l'effet direct relève traditionnellement de la discrétion des États signataires du traité concerné. Les organes chargés d'appliquer les conventions ne se prononcent généralement pas, ou peu, sur leur effet direct au sein des ordres internes. Ainsi, concernant la

pas manqué d'affirmer clairement le devoir qu'a le juge interne à appliquer directement les dispositions conventionnelles à partir du moment où celles-ci sont précises et complètes¹⁸⁶. Il est intéressant de remarquer qu'il était ici question de la combinaison entre l'article 8 et l'article 14 de la Convention, ce dernier consacrant l'interdiction de la discrimination. Comme en droit de l'Union européenne, la voie empruntée pour avancer l'invocabilité immédiate du droit conventionnel est celle de la non-discrimination, un droit à forte connotation sociale¹⁸⁷. L'on pourrait alors penser que la Charte sociale européenne, en tant qu'elle consacre des droits sociaux, trouverait une application privilégiée au sein des ordres internes. Pourtant, force est de constater que les juges nationaux¹⁸⁸, parfois soutenus par le CEDS lui-même¹⁸⁹, ont longtemps refusé tout effet direct à la Charte sociale, notamment car ses dispositions seraient trop imprécises pour satisfaire au critère de l'inconditionnalité. Il faut toutefois souligner que, depuis quelques années, la jurisprudence interne s'avère davantage favorable à l'admissibilité des normes sociales européennes devant le juge national¹⁹⁰. La Charte sociale acquiert donc timidement une invocabilité immédiate devant les juridictions internes.

Si les instruments européens de protection des droits sont en pratique incorporés à tous les ordres juridiques internes, que l'effet direct bénéficie à une grande partie du droit de l'Union et que le caractère « *self-executing*¹⁹¹ » de la Convention et de la Charte sociale est respectivement reconnu dans tous les États Parties ou tend à l'être, cette applicabilité directe ne saurait toutefois suffire à fonder l'effet horizontal direct. Celui-ci existe aussi du fait de la primauté caractérisant le droit de la Convention et de la Charte ainsi que le droit

Convention EDH, la Cour de Strasbourg a pu reconnaître de façon exceptionnelle et relativement discrète l'effet direct des articles 8 et 10. V. respectivement Cour EDH, 6 novembre 1980, *van Oosterwijck c/ Belgique*, n° 7654/76, § 33 ; Cour EDH, 15 novembre 1996, *Sadik c/ Grèce*, n° 18877/91, § 31.

¹⁸⁶ Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, n° 12849/87, § 25 : « N'était ni imprécise ni incomplète la règle qui interdisait d'opérer (...) une discrimination fondée sur le caractère "naturel" du lien de parenté l'unissant au *de cuius* ».

¹⁸⁷ Nous aurons l'occasion de revenir sur l'interdiction de la discrimination ultérieurement. V. p. 76-82 de la présente étude.

¹⁸⁸ En France, tant le juge administratif que le juge judiciaire semblaient, au moins jusqu'en 2010, renoncer à l'application directe de la Charte sociale. Concernant le juge administratif, v. Cons. État, 20 avril 1984, *Valton et Crépeaux*, n° 37772 et n° 27774. Quant au juge judiciaire, v. Cass. soc., 17 décembre 1996, n° 92-44.203 ; Cass. crim., 12 novembre 2009, n° 09-82.017.

¹⁸⁹ V. Réclam. n° 57/2009, 1^{er} décembre 2010, *Conseil européen des syndicats de police (CESP) c/ France*, § 23 : « Lorsque le gouvernement français arguait de la possibilité pour le juge administratif d'assurer le contrôle de conventionalité de la norme réglementaire contestée par rapport à la Charte, le Comité a rejeté le moyen en se référant à la jurisprudence du Conseil d'État rejetant toute invocabilité de ce traité » (C. NIVARD, L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises, *RDLF*, 2012, chr. n° 28).

¹⁹⁰ En France, le Conseil d'État a reconnu pour la première fois l'effet direct d'une disposition de la Charte (l'article 24 garantissant le droit à la protection en cas de licenciement) dans son arrêt *Fischer*, du 10 février 2014, n° 358992. La Chambre sociale a, quant à elle, reconnu un effet direct aux articles 5 (droit syndical) et 6 (droit à la négociation collective) de la Charte sociale européenne. V. en ce sens Cass. soc., 14 avril 2010, n° 09-60426 et 09-60429 ; 10 novembre 2010, n° 09-72856 ; 28 septembre 2011, n° 10-19113. En Espagne, depuis 2016, l'effet direct de la Charte été admis pour les domaines suivants : l'abrogation de la revalorisation des pensions (art. 12), la reconnaissance de la période d'astreinte dans la journée de travail (art. 2), la garantie d'un niveau minimum suffisant des allocations (art. 13), la protection juridique de la famille concernant l'aménagement de la journée de travail (art. 16), le droit de la mère et de l'enfant à une protection sociale et économique (art. 17) et le droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail face à un licenciement pour les absences répétées ou prolongées au travail suite à une maladie (art. 3). V., en ce sens, TSJ Îles Canaries, 28 janvier 2016, n° 581/2015 ; 1^{er} janvier 2017, n° 1300/2016 ; 27 août 2019, n° 533/2019 ; 14 février 2020, n° 1429/2019 ; 17 janvier 2020, n° 5532/2019.

¹⁹¹ E. DUYZMAZ, *op. cit.*, p. 311.

communautaire.

SECTION II. – LA PRIMAUTÉ DE L’ORDRE EUROPÉEN SUR L’ORDRE INTERNE

La primauté de l’instrument supranational est essentielle à la réalisation de l’effet horizontal direct puisqu’elle permet au juge interne de contrôler la conventionnalité des lois nationales, et offre ainsi la possibilité de condamner des personnes ou entités privées pour violation de droits fondamentaux consacrés à l’échelle européenne. En effet, si le droit européen, en plus d’être intégré au droit interne, prime sur ce dernier, alors le juge national devenu juge de droit commun du droit de la Convention et du droit communautaire, devra assurer le respect effectif des droits fondamentaux européens par tous les citoyens de son État, et ce nonobstant le droit interne en vigueur. Les particuliers seront donc assurément soumis à l’obligation internationale du respect des droits de l’homme. L’effet horizontal direct sera en ce sens entièrement réalisé.

En droit international des droits de l’homme et en droit communautaire, la norme internationale prime sur la norme nationale. Eu égard au droit interne, la situation varie quelque peu, au moins en ce qui concerne les conventions du Conseil de l’Europe. En effet, ni la Convention ni la Charte sociale européenne n’exigent que les États Parties les considèrent au sommet de leur hiérarchie normative. Les États souverains situent ces traités au niveau hiérarchique qu’ils souhaitent. À titre d’exemple, en Allemagne et en Italie, les accords internationaux n’occupent qu’un rang législatif. En France, l’article 55 de la Constitution dispose que les traités ont une autorité supérieure à celle des lois. En pratique, cette supériorité n’atteint pas la norme constitutionnelle¹⁹². Les conventions, telles que la Convention européenne et la Charte sociale européenne, occupent donc une place supra-législative, mais infra-constitutionnelle. L’on comprend donc que l’impact juridique de ces conventions sera plus fort dans les États ayant conféré un rang d’ordre constitutionnel, ou au moins supra-législatif aux traités.

Toutefois, en pratique, la Convention EDH bénéficie toujours d’une primauté largement assumée. En effet, en Italie¹⁹³ comme en Allemagne¹⁹⁴, alors même que les traités ont un rang législatif, la Cour constitutionnelle, lors de son contrôle de constitutionnalité, vérifie tout de même la conformité de la loi à la Convention européenne. Quant à la Charte sociale européenne, sa faible visibilité et sa justiciabilité incomplète¹⁹⁵ n’empêchent pas que

¹⁹² V. en ce sens Cons. État, ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher e.a.*, n° 200286 et n° 200287.

¹⁹³ F. Lafaille explique que dans le prétoire de la Cour constitutionnelle de la République italienne, si une règle de droit national est contraire à la Constitution, elle est estimée contraire à la Constitution sur le fondement de l’article 117-1 de celle-ci, en vertu duquel « le pouvoir législatif est exercé (...) dans le respect (...) des obligations internationales » (Convention européenne des droits de l’homme et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie normative, *RDP*, 2009, p. 1142).

¹⁹⁴ C. Fercot fait notamment référence au principe de « fidélité et d’ouverture du droit allemand au droit international public », dégagé par la Cour constitutionnelle (*BVerfGE* 6, 309 (362 et suiv.)) : « En cas de conflit entre une norme internationale et une règle de droit interne, cette dernière doit soit s’effacer soit être interprétée dans un sens qui soit compatible avec les obligations de droit international souscrites par l’Allemagne, et ce même lorsque la règle de droit interne a été adoptée ultérieurement à l’entrée en vigueur de ces obligations. (...) Ce principe vaut tout particulièrement pour la CEDH, à l’égard de laquelle la Loi fondamentale manifeste une « ouverture particulière » (Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français, *RFDC*, 2007, p. 644).

¹⁹⁵ V. la Section intitulée « La justiciabilité limitée des droits sociaux » (p. 37-39) de la présente étude.

sa primauté soit reconnue à l'échelle nationale. En Espagne, le jugement de l'ordre social n° 2 de Barcelone, rendu le 19 novembre 2013, est devenu notoire notamment en ce qu'il a affirmé que la Charte « est un traité international qui fait partie du droit interne (...) avec la même valeur contraignante que les traités de l'Union européenne ; ceci dit, et compte tenu du principe de la hiérarchie des normes, il a une valeur supérieure à la Loi nationale¹⁹⁶ ». Par ailleurs, C. Nivard invite à admettre l'invocabilité en justice de l'ensemble des dispositions de la Charte en dehors de leur effet direct, du fait justement de la primauté de cette dernière. En effet, selon ses mots, « en tant que dispositions conventionnelles internationales engageant la France, elles priment sur le droit interne contraire et il revient avant tout au juge de faire respecter le principe de légalité. (...). Il [ne serait] ainsi pas nécessaire qu'un traité international soit d'effet direct pour être utilement invoqué dans certains contentieux au titre d'une interprétation conforme du droit interne par exemple ou afin d'engager la responsabilité de l'État du fait de sa violation¹⁹⁷ ». Vis-à-vis de la Charte, une telle considération est utile puisque cet instrument ne bénéficie pas en totalité d'une applicabilité directe.

En droit de l'Union, la théorie rejoint la pratique, puisque, en tout état de cause, la primauté du droit de l'Union vaut pour tout le droit communautaire sur tout le droit interne¹⁹⁸. Ainsi les États membres n'ont le choix que de reconnaître et appliquer la supériorité du droit primaire et dérivé issu du Parlement européen. Cette suprématie a largement servi au développement de l'effet horizontal direct des droits fondamentaux européens. L'arrêt *Mangold* est en ce sens éclairant. L'affaire portait sur une législation allemande permettant aux employeurs d'embaucher des personnes de plus de 52 ans sur contrat à durée déterminée, sans fournir de justification. Monsieur Mangold, embauché en CDD, a estimé que le droit national était contraire au droit communautaire, en particulier à la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Le délai de transposition de cette directive n'étant pas écoulé pour l'Allemagne et l'affaire concernant une relation horizontale, les chances de réussite pour le requérant étaient minces. Toutefois, la Cour a estimé que la directive ne faisait que mettre en œuvre un principe général du droit de l'Union, étant donc d'application directe, et qu'il appartient au juge national de garantir la pleine effectivité du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, en écartant toute disposition de droit national qui serait contraire au droit communautaire, même lorsque le délai de transposition de cette directive n'a pas encore expiré. C'est donc en s'appuyant sur le principe de primauté du droit communautaire que la Cour a conféré un effet horizontal direct à un principe général du droit de l'Union¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone, sentence n° 412, 19 novembre 2013, n° 426/2013.

¹⁹⁷ C. NIVARD, Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en France, *Europe des Droits & Libertés*, mars 2020/1, p. 96.

¹⁹⁸ V., en ce sens, CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, § 21 ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70.

¹⁹⁹ Il convient de préciser à ce stade que le développement de l'effet horizontal des différentes sources de l'Union européenne permettant de consacrer des droits fondamentaux, tels que les PGD, les directives, la Charte, sera abordé plus en profondeur dans le chapitre intitulé « L'application horizontale des droits sociaux en fonction des sources » (p. 57-66) de la présente étude.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'horizontalisation directe constitue le deuxième versant de l'horizontalisation des droits de l'homme en Europe. Puisqu'il trouve sa réalisation en droit interne, l'effet horizontal direct ne relève *a priori* que des règles de droit national. Mais ce serait occulter le lien intrinsèque qu'il entretient avec l'ordre européen. L'infrastructure même de l'effet horizontal direct relève de principes proprement européens tels que l'effet direct et la primauté. Ainsi, pour que la responsabilité d'une personne ou entité privées puisse être engagée sur le fondement de droits de l'homme consacrés par des traités européens, encore faut-il que ces derniers soient incorporés au droit interne duquel relève ce particulier. À cet égard, s'il est établi de longue date que le droit de l'Union européenne intègre pleinement les ordres juridiques de tous les États membres, la logique internationaliste de la Convention et de la Charte sociale européenne n'est pas aussi exigeante. Toutefois, en pratique, les États souverains ont joué le jeu des traités, puisque le droit de la Convention et de la Charte sociale est incorporé dans l'ordre interne de tous les États parties. Mais cela ne suffit pas à ce que la norme jouisse d'une applicabilité directe au sein des ordres nationaux ; le traité en question doit pouvoir être directement invoqué par les particuliers. Cela constitue en effet la première étape vers l'effet horizontal, puisqu'une norme ne pourrait jamais être invoquée à l'encontre d'un particulier, si elle ne peut pas l'être au bénéfice de celui-ci. Là encore, le droit de l'Union se distingue du droit international classique par la « présomption » d'effet direct que celui-ci établit concernant ses dispositions. Quant à la Convention, force est de constater que le constat reste analogue à celui caractérisant l'intégration du droit européen dans l'ordre interne. En effet, si la Convention n'a nullement l'obligation d'imposer un effet direct de ses dispositions dans les ordres nationaux, sa jurisprudence tend à le faire. S'agissant de la Charte sociale européenne, celle-ci étant dans une large mesure fort méconnue, et son contenu normatif relativement décrié, l'effet direct de ses dispositions a connu plus de difficultés à être accepté par les États. Mais, en tout état de cause, l'applicabilité directe resterait lettre morte si l'instrument international ne primait pas l'instrument national. Même si certains États demeurent réticents à conférer un haut rang hiérarchique à leurs engagements européens, une forte valeur demeure accordée à ces derniers. Pour le dire en peu de mots, l'effet horizontal direct des droits fondamentaux européens voit le jour à partir du moment où leur perméabilité et leur supériorité dans les ordres internes sont pleinement accueillies par ces derniers. Eu égard aux droits sociaux, les forces et les limites de leur application horizontale seront mises en lumière par la deuxième partie de la présente étude.

CONCLUSION DU TITRE II

L'horizontalisation des droits fondamentaux est un préalable essentiel à l'effet horizontal des droits sociaux. Comment ceux-ci pourraient-ils s'appliquer horizontalement si les droits fondamentaux dans leur ensemble ne le peuvent pas ? Une approche centrée sur l'effet horizontal en tant que tel était donc nécessaire à la compréhension du phénomène de l'effet horizontal des droits sociaux. Ainsi l'horizontalité en tant que principe repose sur un fondement conceptuel clair : les droits protégés au titre de droits « fondamentaux » sont juridiquement pertinents dans les litiges intersubjectifs. Cependant, le principe varie sur le plan opérationnel. L'horizontalisation des droits fondamentaux peut, en effet, relever d'un

processus indirect ou d'un processus direct. Ce qui est désigné comme l'effet horizontal indirect implique que l'individu est responsable indirectement des violations des droits fondamentaux qu'il a commises. C'est donc l'État relevant de sa juridiction qui engagera de manière effective sa responsabilité devant les organes européens. En effet, de par sa législation ainsi que par les décisions rendues par le corps judiciaire, la puissance publique permet la réalisation de la violation. L'effet horizontal direct, quant à lui, engage la responsabilité directe de la personne privée pour violation des droits fondamentaux, tels que protégés par son État en vertu du traité européen auquel celui-ci s'est lié. Le particulier endosse la responsabilité de ses propres actes devant les tribunaux de son pays, qui sont alors tenus de faire appliquer le droit européen. Par-là, le débiteur des droits de l'homme se déplace de l'autorité étatique à l'individu lui-même.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Les fondements de l'effet horizontal des droits sociaux sont complexes et ne peuvent être étudiés qu'en plusieurs temps. Tout d'abord, afin que les droits sociaux trouvent à s'appliquer de manière horizontale, la première étape – et non la plus évidente – réside dans la fondamentalisation de ces dits droits. En effet, la matière sociale demeure largement discréditée dans le domaine des droits de l'homme. L'apparence superficielle et la teinture politique des droits sociaux sont fortement décriées, autant que le bouleversement du rôle de l'État et du juge sont craints. Pourtant, il s'avère que nombre des défenseurs des droits sociaux les perçoivent comme essentiels à la dignité même de l'homme. Les droits sociaux incarneraient l'État social comme transformation nécessaire de la notion d'État de droit. Leur justiciabilité traduit cette ambivalence de pensée : les droits sociaux bénéficient d'instruments européens consacrant leur existence en tant que droits fondamentaux, mais leur accès au juge est semé d'embûches. Leur fondamentalisation n'a donc rien d'acquis. Mais elle n'en demeure pas moins engagée. Avec toutes les difficultés que nous connaissons, nous pouvons raisonnablement poursuivre notre étude en abordant les droits sociaux comme des droits fondamentaux. Mais la question technique ne demeure pas éclaircie. Ainsi le second fondement à l'effet horizontal des droits sociaux est nécessairement celui de l'horizontalisation des droits fondamentaux. Celle-ci, nous venons de le voir, se décompose en une horizontalisation indirecte et directe. La première se situe au niveau supranational et engage l'État comme principal acteur d'une violation commise par un particulier, quand la seconde responsabilise le particulier lui-même, au sein de son propre ordre juridique. Dans cette mécanique, les droits sociaux trouvent particulièrement leur raison d'être. Eu égard à la nature le plus souvent privée des acteurs sociaux, c'est même logiquement par l'effet horizontal que les droits de ce genre se réalisent le plus efficacement. Il s'agira alors d'observer la force pratique de l'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux.

DEUXIÈME PARTIE. – LA FORCE PRATIQUE DE L’EFFET HORIZONTAL DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX : UNE REALITÉ MODÉRÉE

Les organes européens se refusent à dégager une théorie claire et assumée de l’effet horizontal des droits fondamentaux²⁰⁰. Pourtant, force est de constater qu’ils admettent leur applicabilité horizontale, notamment dans un cadre social. Mais dans quelle mesure les droits sociaux arrivent-ils à s’imposer de manière horizontale ? Pour analyser la force pratique de cet effet horizontal, il conviendra, d’un point de vue sémantique, de traiter de l’*application* horizontale plutôt que du simple effet horizontal. Dès lors, et afin d’y voir plus clair, nous pouvons raisonnablement affirmer que l’application horizontale des droits sociaux est à la fois déterminée par des critères formels, ce qui nous incite à l’observer d’un point de vue formel (Titre I), comme par des critères davantage substantiels, ce qui conduira notre étude à analyser cette application horizontale d’un point de vue substantiel (Titre II).

TITRE I. – L’APPLICABILITÉ HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX D’UN POINT DE VUE FORMEL

La perspective formelle part de deux observations. Au sein de l’Union européenne particulièrement, l’application horizontale des droits sociaux fondamentaux varie surtout en fonction des sources utilisées pour protéger les droits en cause (Chapitre I). Dans le cadre du Conseil de l’Europe, c’est essentiellement le type de contrôle opéré par le juge qui semble jouer un rôle majeur sur la force de l’effet horizontal des droits sociaux (Chapitre II).

CHAPITRE I. – L’APPLICATION HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX EN FONCTION DES SOURCES

L’application horizontale des droits sociaux est un levier efficace pour contrebalancer les déséquilibres sociaux et économiques. Dans une Union européenne construite sur la liberté économique d’agents privés que sont les entreprises, un tel effet apparaissait d’autant plus nécessaire. En effet, la relation horizontale entre l’employeur privé et le travailleur a été pensée en faveur des libertés du premier, ce qui s’avère être souvent au détriment des droits du second²⁰¹. La protection sociale au sein de l’Union n’était donc pas une évidence, mais était une conséquence inévitable de l’intégration communautaire²⁰². Certaines dispositions protégeant les droits des travailleurs et encourageant l’harmonie sociale existaient tout de même à l’origine et ont été élargies dans les traités successifs²⁰³. L’adoption ultérieure de

²⁰⁰ Concernant la Convention EDH, v., en ce sens : Cour EDH, 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte für das Leben »*, n° 44306/82, § 31 : « La Cour n’a pas à élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention ». Concernant l’Union européenne, v., en ce sens, J. RONDU, « L’effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne », p. 272 in A. ILIOPOULOU-PENOT et L. XENOU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen ?*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

²⁰¹ V., en ce sens, les arrêts précités *Viking* et *Laval*.

²⁰² L’intégration communautaire s’est en effet construite sur une approche fonctionnaliste, produisant un effet d’engrenage conduisant lui-même, « mécaniquement », à l’harmonisation des systèmes sociaux.

²⁰³ V. art. 2, TCE : « La Communauté a pour mission, par l’établissement d’un marché commun et par le

divers instruments au service des droits sociaux²⁰⁴ est venue enrichir autant que fragmenter la protection de ces droits. Ainsi la pluralité de supports consacrés à la garantie des droits sociaux explique que l'effet horizontal de ces derniers soit en grande partie déterminé par leurs sources. Celles-ci étant diverses, les voies d'accès à l'application horizontale des droits sociaux sont donc logiquement multiples. Cet éclatement des sources en droit de l'Union justifie aussi que ce chapitre soit davantage orienté sur l'étude du droit communautaire. Les sources du Conseil de l'Europe seront analysées dans une moindre mesure. Il conviendra d'aborder les sources dans un ordre relativement décroissant de justiciabilité eu égard à l'effet horizontal qu'elles produisent. Sera donc d'abord observée l'application horizontale au sein du droit « originel » des traités européens, ce qui inclut les Conventions du Conseil de l'Europe et le droit primaire de l'Union (Section I). Puis, nous constaterons que l'effet horizontal des droits sociaux est également variable au sein même du droit dérivé de l'Union européenne (Section II).

SECTION I. – UNE APPLICATION HORIZONTALE VARIABLE AU SEIN DU DROIT ORIGINEL DES TRAITÉS

L'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux trouve logiquement son ancrage le plus solide au sein du droit originel des traités. Il convient d'emblée de préciser que nous choisissons la dénomination de droit « originel » des traités, et non pas simplement droit primaire, dans le but d'inclure les Conventions du Conseil de l'Europe jusque-là étudiées. Mais il faut constater que les droits sociaux ne bénéficient pas de la même force d'application horizontale selon les différentes sources qui constituent le droit originel des traités. Au sein de l'Union, cette variabilité est essentiellement due à l'éclatement des sources de protection des droits sociaux (I), tandis que dans le cadre du Conseil de l'Europe, la fluctuation de l'effet horizontal s'explique par le fait que les deux sources majeures pour les droits sociaux fondamentaux que sont la Convention et la Charte sociale européenne occupent chacune une fonction bien distincte (II).

I. – L'éclatement des sources au sein de l'Union européenne

Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, nous l'avons vu, c'est sur le fondement de l'effet direct que l'effet horizontal a pu être consacré. Et comme l'effet direct fluctue au

rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit » ; art. 3, i), TUE : « L'action de la Communauté comporte (...) la création d'un Fonds social européen, en vue d'améliorer les possibilités d'emploi des travailleurs et de contribuer au relèvement de leur niveau de vie ». Par la suite, le Traité d'Amsterdam est venu doter l'Union d'une compétence partagée en matière sociale, puis les traités de Maastricht et Lisbonne ont encore approfondi la protection sociale de l'Union. V., en ce sens, l'article 2, TUE, introduit par le Traité de Lisbonne : « 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 ».

²⁰⁴ V., en ce sens, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée en 1989, ou le socle européen des droits sociaux, proclamé en 2017 par le Parlement européen, le Conseil et la Commission.

sein même du droit primaire, l'effet horizontal variera tout autant. Ainsi, si certaines normes de droit primaire, purement institutionnelles ou uniquement à destination des États, se sont vues logiquement privées de tout effet direct horizontal, d'autres dispositions des traités, intéressant davantage les acteurs privés, bénéficient aujourd'hui d'un effet direct horizontal. Une telle application a tout d'abord été affirmée s'agissant des libertés de circulation, par la voie de la non-discrimination²⁰⁵. Ainsi des libertés fondamentales du Traité CE ont pu être opposées par des individus à des associations sportives²⁰⁶ ou à des entreprises privées²⁰⁷. Comme l'écrit J. Rondu, « la libre circulation serait en effet compromise, si aux entraves d'origine étatique pouvaient se substituer des obstacles découlant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes de droit privé ». Il faut alors opérer deux constats. Le premier réside dans le fait que l'effet horizontal des libertés de circulation n'a pas toujours joué en faveur des droits sociaux. Les arrêts *Viking* et *Laval* le confirment²⁰⁸. Mais aussi, et peut-être surtout, il faut observer que l'effet horizontal des droits fondamentaux issus des traités s'est avéré limité en pratique. En effet, le projet communautaire n'étant pas destiné à la protection des droits fondamentaux, ceux-ci sont logiquement peu présents dans les traités originels. Pour autant, il faut noter que les quelques dispositions des traités protégeant les droits fondamentaux sont aujourd'hui exploitées de façon à leur reconnaître un effet horizontal. En témoigne l'arrêt récent *K e.a. c/ Tesco Stores*, par lequel la Cour de justice reconnaît un effet direct complet à l'article 157, TFUE, garantissant l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins²⁰⁹. Ce n'est donc pas tant son impossibilité théorique, que son impuissance pratique qui caractérise l'effet horizontal des traités communautaires originels.

De la même manière que les droits fondamentaux sont nés dans l'ordre communautaire, l'effet horizontal des droits sociaux fut véritablement introduit par les PGD, ceux-ci relevant aussi du droit primaire²¹⁰. Dans l'arrêt *Defrenne II*, la Cour de justice dégage ainsi un effet horizontal s'agissant du principe d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins. Nous remarquons alors que les PGD ont une autorité d'autant plus grande que la Cour vient les utiliser comme support à d'autres sources pour permettre à ces dernières de s'appliquer horizontalement²¹¹. Au moins en ce qui concerne l'effet horizontal du droit primaire, le droit écrit semble s'incliner face au droit non écrit.

Au sein du *corpus* de droit primaire, une source paraît s'être toutefois émancipée des PGD afin de consacrer de manière autonome un effet horizontal aux droits sociaux fondamentaux ; il s'agit de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais cela n'allait initialement pas de soi. Son article 51 a en effet pu prêter le flanc aux adversaires

²⁰⁵ Nous aurons l'occasion de revenir sur l'interdiction de la discrimination comme porte d'entrée à l'effet horizontal des droits sociaux dans la section intitulée « L'interdiction de la discrimination comme voie privilégiée à l'application horizontale des droits sociaux » (p. 76-82) de la présente étude.

²⁰⁶ CJCE, *Walrave et Koch*, préc.

²⁰⁷ CJCE, *Roman Angonese*, préc.

²⁰⁸ Bien que les relations horizontales en cause dans ces affaires concernent davantage des groupements ou organisations que des individus, ce qui conduit certains auteurs à émettre des doutes quant à leur qualification de litiges entre « particuliers » : P. RODIERE, « Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives », p. 750 in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020.

²⁰⁹ CJUE, 3 juin 2021, *K e.a. c/ Tesco Stores*, aff. C-624/19, §§ 21-23.

²¹⁰ V. art. 6, § 3, TUE.

²¹¹ V., entre autres, les arrêts CJCE, *Mangold*, préc. ; CJCE, *Kücükdeveci c/ Swedex*, préc. ; CJCE, 7 août 2018, *David Smith c/ Patrick Mead e.a.*, aff. C-122/17, abordés ultérieurement dans ce chapitre.

de l'effet horizontal d'un tel instrument²¹², dans la mesure où cette disposition définit le champ d'application de la Charte en indiquant qu'elle s'adresse aux institutions de l'Union et aux États membres, sans mentionner la possibilité de s'appliquer aux particuliers. Mais rien n'énonce pour autant que ces derniers sont exclus de l'application de la Charte, et comme le révèle l'avocat général Cruz Villalón dans ses conclusions sur l'affaire *AMS*, il semble que la question des particuliers n'a simplement pas été pensée par les rédacteurs de la Charte²¹³. Ainsi il apparaît « logique de permettre à un individu de se prévaloir d'une violation d'un droit affirmé dans la Charte qui découlerait d'une réglementation nationale mise en œuvre par une personne de droit privé²¹⁴ ». Cela est d'autant plus vrai que nombre de dispositions de la Charte s'étendent, implicitement mais inévitablement, à la conduite privée. Ainsi des articles protégeant les droits individuels minimaux, tel que le droit à la dignité humaine et à la non-discrimination, qui ne précisent pas que leur application se borne aux seules autorités publiques. Il en est de même des dispositions intéressant la sphère de l'emploi, et plus généralement, de toutes les dispositions à caractère économique et social. La Cour a alors dépassé les incertitudes et les réticences afin de consacrer l'effet direct horizontal de certaines dispositions de la Charte. Mais, dans cette reconnaissance, force est de constater un paradoxe majeur induit par la Charte. Si bien relevé par S. Platon, ce paradoxe réside dans le fait que les droits sociaux sont « les plus de nature à être invoqués dans les litiges horizontaux (...), [mais] en même temps les plus inaptes à l'être²¹⁵ ». Nombre de droits sociaux doivent en effet être concrétisés par des actes de droit de l'Union ou de droit national, or nous savons que l'application horizontale des droits fondamentaux de la Charte est tributaire de leur caractère inconditionnel²¹⁶. L'arrêt *AMS*²¹⁷ est éloquent à cet égard car il illustre à la fois le dynamisme prétorien en faveur de l'effet horizontal de la Charte, tout comme ce type de limites que connaît un tel effet quand il est question des droits sociaux. La Cour de justice y a d'une part « reconnu sans ambiguïté la possibilité d'un effet horizontal des garanties de la Charte dans le cadre de litiges horizontaux²¹⁸ ». Si l'on s'en tient à cette lecture formelle, l'arrêt *AMS* constitue donc un « apport majeur²¹⁹ ». Toutefois, dans le cas de l'espèce, la Cour a refusé de conférer un effet horizontal au droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, puisque l'article n'était pas inconditionnel²²⁰ et relevait d'un « principe » au

²¹² V. les conclusions de l'avocat général Trstenjak sur l'arrêt *Dominguez* (24 janvier 2012, aff. C-282/10), pt 80 : Trstenjak argue que l'article 51, lu en combinaison avec l'article 52, § 2, implique « une limitation intentionnelle du cercle des destinataires des droits fondamentaux, laquelle montre à son tour le type de protection des droits fondamentaux souhaité par le législateur de l'Union ».

²¹³ Conclusions de l'avocat général Cruz Villalón sur CJUE, *Association de médiation sociale* (préc.), pt 31.

²¹⁴ F. PICOD, « Article 51. Champ d'application », p. 1231 in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *op. cit.*

²¹⁵ S. PLATON, L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière, *Rev. Union eur.*, 2015.

²¹⁶ V. *supra*, la section intitulée « L'applicabilité directe du droit européen dans l'ordre interne » (p. 49-53) de la présente étude.

²¹⁷ CJCE, *Association de médiation sociale.*, préc.

²¹⁸ La formule est empruntée à N. Cariat (*La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 453) et par J. Rondu (L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 263).

²¹⁹ Conclusions de l'avocat général Bot sur l'arrêt *Bauer* (gr. ch., 6 novembre 2018, aff. jtes C-569/16 et C-570/16), pt 77.

²²⁰ Il s'agit de l'article 27 de la Charte : « 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 ». La réserve d'application se situe ici dans l'expression « aux niveaux appropriés » qui suppose que la mise en œuvre de ce droit nécessite un acte de transposition et

sens de l'article 51, § 1, de la Charte. Cet arrêt a donc fortement déçu une partie de la doctrine pour avoir offert l'occasion d'œuvrer pour l'effectivité des droits sociaux – d'autant plus que la Cour l'avait déjà fait pour les directives²²¹ – sans la saisir pour autant. Par la suite, l'arrêt *Glatzel*²²² est venu confirmer la philosophie adoptée par la Cour dans l'arrêt *AMS*, refusant de reconnaître l'effet direct de l'article 26 de la Charte, lequel protège l'intégration des personnes handicapées. La Cour y a en effet jugé que cet article, en tant qu'il doit être concrétisé par des dispositions de droit de l'Union ou de droit national, devait s'entendre d'un principe non invocable directement par un particulier.

La jurisprudence ultérieure a toutefois reconnu un effet horizontal à des dispositions sociales de la Charte, et les arrêts *Egenberger*²²³ et *Bauer*²²⁴ sont exemplaires en ce sens. D'une part, ces arrêts reconnaissent respectivement la possibilité d'effet horizontal pour les articles 21 et 47, ainsi que pour l'article 31 de la Charte, dépassant l'obstacle technique de l'impossible horizontalité des directives et rejetant définitivement l'argumentation tenant à l'exclusion sous-jacente des particuliers par l'article 51. D'autre part, ces arrêts semblent émanciper la Charte des PGD, jusque-là nécessaires à son application horizontale. La comparaison entre *Egenberger* et l'arrêt *Smith*²²⁵ est éclairante, puisque ce dernier arrêt associe expressément l'article 21 de la Charte à un PGD. Ainsi la Cour applique avant tout l'effet horizontal d'un principe général du droit, et la Charte n'est qu'accessoire dans la consécration du droit à la non-discrimination. Dans l'arrêt *Egenberger*, l'effet horizontal de cet article est ici reconnu indépendamment d'un principe général du droit de l'Union²²⁶. Cela est d'autant plus intéressant que la Charte trouve à s'appliquer uniquement lorsque les États mettent en œuvre le droit de l'Union²²⁷. Il est en effet nécessaire qu'une disposition de droit primaire ou de droit dérivé ait été jugée applicable, et cela explique que les directives, bien qu'elles ne disposent pas d'un effet direct horizontal, soient présentes à l'appui de la Charte dans les litiges horizontaux tels que ceux en jeu dans les affaires *Bauer* et *Egenberger*. Ainsi pouvons-nous affirmer que la Charte s'émancipe des PGD en tant que source connexe et s'associe à une directive pour s'appliquer horizontalement. Ce faisant, la Cour attribue une force considérable à l'effet horizontal de la Charte et aux droits sociaux qu'elle garantit.

Mais là encore, il ne faut pas croire à une consécration irréversible en faveur des droits sociaux. Si l'arrêt *Cresco*²²⁸ est venu confirmer la jurisprudence *Egenberger*, estimant que dans le cas où il est impossible d'interpréter le droit national conformément à la directive, « le plein effet » de l'article 21 de la Charte vient s'y substituer, l'arrêt *TSN*²²⁹ du 19 novembre 2019 vient quant à lui relativiser la portée de l'arrêt *Bauer*. En effet, la Cour y relève tacitement qu'un effet direct horizontal ne saurait être reconnu de manière systématique dès lors que la

n'est donc pas inconditionnelle. V., en ce sens, les points 45 à 48 de l'arrêt *AMS*.

²²¹ V. *infra* la section suivante « Une application horizontale variable au sein du droit dérivé des traités ».

²²² CJUE, 22 mai 2014, *Wolfgang Glatzel c/ Freistaat Bayern*, aff. C-356/12.

²²³ CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger c/ Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, aff. C-414/16.

²²⁴ CJUE, *Bauer*, préc.

²²⁵ CJUE, *Smith*, préc.

²²⁶ CJUE, *Egenberger*, préc., § 76 : « Cette interdiction se suffit à elle-même pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel dans un litige qui les oppose dans un domaine couvert par le droit de l'Union ». La Cour semble donc « dissocier, et ne plus faire dépendre, la reconnaissance d'un tel effet de l'existence ou non d'un acte de droit dérivé concrétisant ladite disposition ».

²²⁷ Art. 51, § 1, de la Charte : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent (...) ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

²²⁸ CJUE, 22 janvier 2019, *Cresco Investigation*, aff. C-193/17.

²²⁹ CJUE, 19 novembre 2019, *TSN*, aff. C-609/17.

disposition en cause est soulevée, même si celle-ci s'est déjà vu reconnaître un tel effet par le passé. En statuant de la sorte, la Cour nuance en vérité l'autorité de tous les arrêts antérieurs ayant reconnu un effet horizontal à une disposition de la Charte, et démontre par-là que la théorisation de l'effet horizontal de la Charte est encore embryonnaire, pour ne pas dire anarchique.

II. – Les fonctions distinctes des sources au sein du Conseil de l'Europe

Au sein du Conseil de l'Europe, l'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux nécessite une interdépendance moins complexe entre les sources. Le contentieux relatif à la Convention est en effet bien distinct du contentieux issu de la Charte sociale européenne²³⁰.

S'agissant de cette dernière, son effet horizontal indirect a été admis aisément, étant donné que la Charte régit en grande partie les relations de travail et que celles-ci relèvent souvent de conventions collectives, soit une législation d'origine privée. Le Comité a ainsi précisé que « si les États Parties peuvent choisir de laisser les conventions collectives assurer la mise en œuvre de la Charte, il faut que "l'État" – qu'il s'agisse du pouvoir législatif, réglementaire ou judiciaire – garantisse l'effectivité des droits²³¹ ». De la même manière que l'État est responsable d'une législation produite par la puissance publique, il demeure responsable quand la législation provient de conventions collectives instituées sous sa juridiction²³². Nous pourrions alors être tentés de conclure que l'effet horizontal de la Charte sociale européenne ne comporte pas de difficulté justement grâce à la nature sociale des droits qu'elle protège. Mais la Charte DFUE consacre elle aussi des droits sociaux et, nous l'avons vu, leur justiciabilité n'en est pas plus aisée pour autant, bien au contraire. Il semblerait donc que ce soit davantage le moindre degré de juridictionnalisation et le caractère non contraignant de la Charte sociale qui incitent à admettre plus facilement l'effet horizontal. En tout état de cause, l'effet horizontal est admis dans la mesure où il est une voie inévitable pour l'effectivité des dispositions de la Charte sociale. À défaut, la quasi-totalité de son contenu resterait lettre morte.

Quant à la Convention européenne, celle-ci ne représente *a priori* pas une source favorable à l'effet horizontal des droits sociaux. Elle protège des droits civils et politiques, et force est de constater qu'elle n'a pas souvent eu à connaître d'affaires relatives à une relation entre un salarié et son employeur privé. L'effet horizontal de la Convention a logiquement été amené par une « socialisation » des droits civils. Ainsi, dans un arrêt *Fuentes Bobo c/ Espagne*, afin de rendre applicable l'article 10, CEDH, dans le cadre de relations entre employeur et employé, « lorsque ces relations relèvent du droit privé²³³ », la Cour a estimé que « l'État a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre les atteintes provenant même de personnes privées²³⁴ ». En 2002, par l'arrêt *Wilson c/ Royaume-Uni*²³⁵, la Cour engage pour la première fois la responsabilité d'un État dans ce contexte, sur le fondement de l'article 11 CEDH, estimant que l'Angleterre a failli à son obligation de protéger

²³⁰ Bien que des emprunts et influences intrasystémiques aient lieu entre ces deux sources.

²³¹ CEDS, 15 mai 2003, *Confédération des entreprises suédoises c/ Suède*, récl. n° 12/2002, § 27.

²³² V., en ce sens, CEDS, 7 décembre 2005, *Centre européen des droits des Roms (CEDR) c/ Italie*, récl. n° 27/2004, § 26.

²³³ Cour EDH, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, n°39293/98, § 38.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Cour EDH, 2 juillet 2002, *Wilson, National Union of Journalists e.a. c/ Royaume-Uni*, n° 30668/96.

les requérants à l'encontre de leur employeur, ce dernier les incitant à renoncer à leurs droits syndicaux contre des avantages financiers. Il est intéressant d'observer que dans son arrêt *Botta*²³⁶, la Cour a toutefois refusé de reconnaître des obligations positives à la charge de l'État dans des rapports interindividuels, ce qui reflète la volonté de contenir « l'extension tentaculaire du concept européen du droit au respect de la vie privée²³⁷ » et de délimiter « la frontière qui sépare les droits garantis par la Convention d'une part et les droits sociaux garantis par la Charte sociale européenne d'autre part²³⁸ ». Même si sa visibilité est plus grande que celle de la Charte, la Convention n'est donc pas la source la plus favorisée afin de consacrer l'effet horizontal des droits sociaux tels que garantis au sein du Conseil de l'Europe. Elle tend toutefois, au prix de nombreuses critiques, à se voir interprétée de manière à prendre en compte l'homme dans sa dimension sociale, et donc dans ses relations interindividuelles.

Ainsi, qu'elles relèvent de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe, les sources de droit primaire des traités protégeant les droits fondamentaux constituent un support réel et visible pour l'effectivité horizontale des droits sociaux. Ceux-ci se voient en effet appliqués à des litiges entre personnes privées, particulièrement entre employeurs privés et employés. Mais l'utilisation de ces sources n'est pas exempte de limites. D'une part, l'éclatement des sources communautaires participe d'une irrégularité dans la jurisprudence de la Cour de justice. D'autre part, la nature civile et politique de la Convention européenne n'est pas une évidence pour la justiciabilité des droits sociaux au sein du Conseil de l'Europe. L'application horizontale est donc fortement variable au sein même du *corpus* de droit originel, et le contentieux relatif aux sources de droit dérivé, particulièrement au sein de l'Union européenne, poursuit ce constat.

SECTION II. – UNE APPLICATION HORIZONTALE VARIABLE AU SEIN DU DROIT DÉRIVÉ DES TRAITÉS

Au sein de l'Union européenne, le droit dérivé représente également un appui pour l'effet horizontal des droits sociaux. Toutefois, il faut observer qu'un tel effet est variable et davantage limité que pour le droit primaire. Déjà pouvons-nous remarquer que les règlements et les directives ne jouissent pas de la même justiciabilité. Le règlement bénéficie d'un effet direct complet, c'est-à-dire vertical comme horizontal. La directive, elle, ne produit qu'un effet direct vertical. L'arrêt *Max Planck* est clair à ce sujet puisque la Cour y indique que, même dans le cas où elle remplit les conditions de l'effet direct, la directive n'a pas vocation à s'appliquer dans les litiges entre particuliers²³⁹. Cette différence de traitement a du mal à se justifier politiquement, d'autant plus que la directive, bien plus que toute autre source de droit communautaire, régit de nombreuses situations sociales mettant en œuvre des relations

²³⁶ Cour EDH, *Botta c/ Italie*, préc.

²³⁷ J.-P. MARGUENAUD, La délimitation par la Cour de Strasbourg du domaine de « l'effet horizontal » de la CEDH, *RTD Civ.*, 1999, p. 498.

²³⁸ Cour EDH, 14 mai 2002, *Jitka Zehnalová et Otto Zehnal c/ République tchèque*, n° 38681/97.

²³⁹ CJUE, gr. ch., 6 novembre 2018, *Max Planck*, aff. C-684/16, § 67 : « Ainsi, même claire, précise et inconditionnelle, une disposition d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers ». Cette formulation, récemment réaffirmée dans l'arrêt *Max Planck*, est utilisée depuis longtemps et de façon récurrente. V., en ce sens, les jurisprudences de principe précitées : CJCE, *Marshall*, § 48, et *Faccini Dori*, § 20.

privées²⁴⁰. La Cour de justice n'a pas fermé les yeux sur ce paradoxe et a audacieusement dépassé les obstacles initiaux à l'horizontalité des directives (I). Mais il faut se garder de conclure hâtivement que la directive bénéficie d'un effet horizontal, et encore moins en la pleine faveur des droits sociaux fondamentaux ; il s'agit là d'un activisme prudent (II).

I. – Le dépassement prétorien des obstacles initiaux

La Cour de justice semble avoir saisi l'incohérence entre l'impossibilité technique et la nécessité politique d'invoquer horizontalement les directives. Sa jurisprudence démontre qu'elle a su trouver des palliatifs à l'absence d'effet horizontal des directives, et les arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci*, rendus respectivement le 22 novembre 2005 et le 19 janvier 2010, furent inédits en ce sens²⁴¹. Pour ne pas revenir sur les faits de l'arrêt *Mangold*, précédemment exposés²⁴², il conviendra de s'attarder sur l'arrêt *Kücükdeveci*, qui représente une confirmation de la jurisprudence de 2005. Dans cette affaire relative à un licenciement discriminatoire par un employeur privé, la Cour de Luxembourg constate dans un premier temps qu'il est impossible pour le juge interne d'interpréter la législation nationale conformément à la directive invoquée²⁴³. Mais, au lieu de se cantonner à cette situation insatisfaisante, la Cour de justice en tire les conséquences et vient dépasser l'interdiction de principe. Ainsi, selon ses mots, « la directive 2000/78 ne fait que concrétiser, sans le consacrer, le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et (...) le principe de non-discrimination en fonction de l'âge est un principe général du droit de l'Union en ce qu'il constitue une application spécifique du principe général de l'égalité de traitement²⁴⁴ ». Dès lors, « il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée toute disposition de la réglementation nationale contraire à ce principe ». À l'instar de l'arrêt *Mangold*, le recours au PGD permet ainsi de contourner l'absence d'effet horizontal de la directive, puisque celle-ci met en œuvre le principe de non-discrimination qui est lui d'effet direct horizontal. Il faut préciser que la Cour, au soutien de son raisonnement, vient également s'appuyer sur l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, interdisant entre autres les discriminations fondées sur l'âge. Par effet de « ricochet », il semblerait donc que cet arrêt ait conféré un effet direct horizontal à la directive 2000/78. La doctrine parle d'« effet direct osmotique » ou d'« effet direct démembré »²⁴⁵.

II. – Un activisme prudent

²⁴⁰ E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, préc., p. 663 : « *As the fundamental rights based on the Treaty were generally limited and directives were the EU's main regulatory mechanism for the harmonisation of the free movement of workers, including several aspects of employment law and equality, the source-based application of horizontality became a particularly problematic rule* ».

²⁴¹ CJCE, *Mangold, et Küçükdeveci c/ Swedex*, préc.

²⁴² V. *supra*, p. 54 de la présente étude.

²⁴³ Il s'agit de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. V. les points 49 et 53 de l'arrêt *Kücükdeveci*.

²⁴⁴ CJCE, *Kücükdeveci c/ Swedex*, préc., § 50.

²⁴⁵ A. ILIOPOULOU-PENOT et L. XENOU, (dir.), *op. cit.*, p. 265.

Dans le cadre de l'arrêt *Kücükdeveci*, l'avocat général préconisait que soit permis d'invoquer en tant que telle la directive dans un litige entre particuliers. Force est de constater que la Cour n'a pas été aussi téméraire. En effet, l'affaire *Kücükdeveci* entraîne uniquement un effet d'exclusion du droit national contraire à la directive. L'article litigieux de la loi nationale²⁴⁶ est écarté au profit de l'application du PGD, alors concrétisé par la directive, mais le reste de la législation peut être librement mis en œuvre²⁴⁷. Il ne s'agit donc pas d'appliquer directement la directive à un « comportement privé autonome²⁴⁸ », indépendant de toute réglementation nationale. Or seule cette hypothèse aurait véritablement conféré un effet direct horizontal à la directive.

Par ailleurs, il convient de noter que cette jurisprudence est circonscrite au cas de l'espèce. La formulation choisie par la Cour ne se veut pas générale mais au contraire contingente au principe de la non-discrimination en raison de l'âge. Une telle extension semble donc concerner uniquement la directive 2000/78 en tant qu'elle protège la non-discrimination en fonction de l'âge. En effet, si ce principe n'avait pas été élevé au rang de PGD par la jurisprudence *Mangold*, sans doute n'aurait-il pas fait bénéficier la directive d'une telle applicabilité horizontale.

Enfin, et comme le révèle à cet égard J. Rondu²⁴⁹, l'effet horizontal des directives ne paraît pas s'opérer à la véritable faveur des droits sociaux fondamentaux. En effet, il ressort de cette jurisprudence que ceux-ci sont essentiellement invoqués dans les litiges privés dans le but de contrer l'absence d'effet horizontal des directives. Le droit social fondamental serait simplement un moyen, instrumentalisé pour garantir l'effet utile des directives, plutôt qu'une fin en soi. Certains ont alors pu parler d'une « utilisation fonctionnelle²⁵⁰ » des droits fondamentaux. Cela est d'autant plus remarquable que dans les litiges opposant des personnes privées, et pour lesquels la directive concernée a été reconnue comme précisant un droit fondamental, c'est *in fine* uniquement la directive qui trouve à s'appliquer. Par ailleurs, nombreuses sont les affaires dans lesquelles un droit a été conféré à un particulier par une directive, sans qu'aucun droit fondamental sous-jacent n'ait eu besoin d'être explicitement invoqué²⁵¹. Cette observation participe inéluctablement de la critique des droits sociaux comme droits fondamentaux ; les droits sociaux seraient avant tout de simples considérations pratiques, n'ayant pas de valeur suprême en soi, sinon une fonction utilitaire pour la mise en œuvre d'une source pragmatique du droit de l'Union qu'est la directive.

Quoi qu'il en soit, le droit dérivé représente une source non négligeable de l'effet horizontal des droits sociaux, de manière médiate mais tout de même effective. Cela est d'autant plus nécessaire que les directives constituent aujourd'hui un outil majeur pour la protection des droits sociaux.

²⁴⁶ En l'espèce, il s'agissait de l'article 622, § 2, dernière phrase du *BGB* (Code civil allemand).

²⁴⁷ V., en ce sens, les conclusions de l'avocat général Bot sur l'arrêt *Kücükdeveci*, § 88. En l'espèce, le reste de la législation concernait le calcul des délais de préavis calculés en fonction de la durée de la relation de travail, qui peut donc être maintenu.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ J. RONDU, « L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », p. 265 *in* A. ILIOPOULOU-PENOT et L. XENOU (dir.), *op. cit.*

²⁵⁰ S. ROBIN-OLIVIER, Sur quelques usages récents des droits et libertés fondamentaux, *Dr. soc.*, 2019, p. 509-511.

²⁵¹ À titre d'exemple, v. l'affaire CJUE, gr. ch., 24 septembre 2019, *GC e.a. c/ CNIL*, aff. C-136/17, dans laquelle le particulier a pu invoquer un droit tiré d'une directive (celui au déréférencement), sans avoir eu besoin de mobiliser le droit fondamental à la protection de la vie privée.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Les sources de protection des droits sociaux ne leur offrent pas toutes la même applicabilité horizontale. Au sein de l'Union, les droits sociaux reposent sur différentes sources de droit primaire. Cette diversité suscite une interdépendance, elle-même conduisant à une forte complexité. Le droit primaire incarne, en effet, un support efficace pour invoquer des droits jusque dans les relations entre particuliers, mais il semble aussi, particulièrement lorsque l'on s'intéresse à la Charte des droits fondamentaux, qu'il présente une justiciabilité compliquée, nécessitant d'autres sources à son soutien dès lors qu'il est question d'appliquer certaines dispositions aux relations interindividuelles. Quant au droit produit par le Conseil de l'Europe, la diversité des solutions apportées dépend moins de la multiplicité des sources sinon de la spécificité des droits que les sources sont censées protéger. La Convention est, en effet, un instrument destiné aux droits civils et politiques, non aux droits sociaux. La Charte sociale est ainsi un instrument davantage favorisé pour consacrer l'effet horizontal des droits sociaux. Pour autant, et ce constat est commun aux deux ordres juridiques, au fur et à mesure que la justiciabilité est de moins en moins évidente, l'activisme des organes de protection des droits est de plus en plus grand. En témoigne la jurisprudence relative au droit dérivé de l'Union européenne, notamment les directives. Celles-ci ne peuvent en effet pas s'appliquer horizontalement, mais nécessité faisant loi, la Cour de justice a contourné cette interdiction. Qu'il s'agisse de la Cour de Luxembourg comme de celle de Strasbourg, cet activisme se paie au prix d'une jurisprudence contestée, peu lisible et pas toujours constante. Mais, compte tenu du chamboulement normatif qu'impose l'application horizontale des droits, *a fortiori* des droits sociaux, l'on ne saurait leur reprocher. Sans doute peut-on au moins souhaiter que cette jurisprudence se clarifie et surtout qu'elle se développe à l'avenir. En effet, comme l'écrivait J. Masing, « la question de l'effet horizontal détermine en grande partie le degré de constitutionnalisation d'un ordre juridique²⁵² ». Voir se développer l'effet horizontal des sources de protection des droits reviendrait ainsi à admettre une plus grande intégration des systèmes européens dans les ordres juridiques nationaux. L'effectivité des droits sociaux se verrait ainsi fortement renforcée. En ce sens, les sources du droit et leur force de justiciabilité sont essentielles à l'effet horizontal des droits sociaux. Mais, au-delà des sources, un tel effet est également tributaire des modalités du contrôle opéré par le juge et propres à celui-ci.

CHAPITRE II. – L'APPLICATION HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX EN FONCTION DU CONTRÔLE OPÉRÉ PAR LE JUGE

L'application horizontale des droits sociaux fondamentaux européens est en grande partie le résultat du contrôle opéré par les juges européens et nationaux. En effet, à partir du moment où sont recevables les litiges entre personnes privées, autant que ceux concernant une relation purement verticale, une analyse concrète doit être établie afin de déterminer la responsabilité de la personne privée ou de l'État ayant permis la violation du droit d'autrui. Mais force est de constater que ce contrôle s'avère, si ce n'est délicat du fait de l'intrusion du droit supranational dans le droit privé, controversé du fait d'un équilibre parfois précaire obtenu entre les différents droits en cause. Au sein de l'Union européenne, le contrôle de

²⁵² J. MASING, « Avant-propos », p. 5, in T. HOCHMANN et J. REINHARDT (dir.), *op. cit.*

l'effet horizontal repose essentiellement sur la capacité d'effet direct des sources, comme nous venons de le voir. Il conviendra donc logiquement d'axer l'étude de ce chapitre sur le droit du Conseil de l'Europe, et notamment sur le contrôle proprement juridictionnel qu'exerce la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi faudra-t-il observer que le contrôle de l'effet horizontal est, d'une part, largement corrélé au comportement de l'État, celui-ci étant tout à la fois responsable international et gestionnaire national du respect des droits fondamentaux par les personnes privées (Section I). D'autre part, et plus précisément, le contrôle de l'effet horizontal est nécessairement tributaire des intérêts privés à concilier, ce qui ne s'avère pas tâche facile (Section II).

SECTION I. – UN CONTRÔLE DÉPENDANT DU COMPORTEMENT DES ÉTATS

Le contrôle de l'effet horizontal – indirect comme direct – des droits sociaux fondamentaux se rallie en grande partie à l'attitude étatique. Au niveau européen, le contrôle des juges se confronte à une forte marge nationale d'appréciation dès lors qu'il s'agit d'intérêts privés, *a fortiori* concernant les droits sociaux (I). À l'échelle nationale, le contrôle de l'effet horizontal implique que le juge interne interprète le droit privé conformément aux droits fondamentaux européens (II).

I. – Une forte marge nationale d'appréciation

Dans le cadre du prétoire européen, l'application horizontale des droits sociaux fondamentaux relève d'un contrôle se caractérisant par une large marge d'appréciation laissée aux États dans la mise en œuvre de leurs obligations, essentiellement positives.

La doctrine de la marge nationale d'appréciation se rattache directement au principe de subsidiarité, principe constitutif des systèmes internationaux et européens. Au sein de l'Union, l'article 5, § 3, TUE, ainsi que le Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité permettent de protéger la capacité d'action et de décision des États membres ; ce n'est que dans la mesure où les objectifs de l'Union ne peuvent être réalisés efficacement à l'échelle nationale que l'intervention de l'Union est nécessaire et légitime. En ce sens, le principe de subsidiarité est connexe au principe de proximité²⁵³. Nous comprenons donc que la prise de décision supranationale, éloignée des problématiques concrètes au sein des États, n'est pas prioritaire. Dans son arrêt *Philipp Morris*²⁵⁴, la Cour de justice a alors réaffirmé²⁵⁵ qu'elle était en charge de veiller au respect d'un tel principe. Il en est de même s'agissant du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Le premier paragraphe de l'article 35 de la Convention affirme en effet que « la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes ». Plus généralement, les dispositions de cet article tendent à conférer à la Cour EDH un rôle de « second plan », face aux juridictions nationales.

Expression d'une « nécessité fonctionnelle²⁵⁶ », le principe de subsidiarité a pour

²⁵³ Le principe de proximité est énoncé à l'article 10, § 3, TUE : « Tout citoyen a le droit de participer à la vie démocratique de l'Union. Les décisions sont prises aussi ouvertement et aussi près que possible des citoyens ».

²⁵⁴ CJUE, 4 mai 2016, *Philipp Morris c/ Secretary of State for Health*, aff. C-547/14, § 218.

²⁵⁵ Le Protocole n° 2 énonce déjà que la Cour peut être saisie *a posteriori* pour contrôler le respect de ce principe.

²⁵⁶ F. SUDRE, commentaire de l'arrêt *Handyside*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 9^e éd., Paris, PUF, 2019, p. 82.

conséquence évidente l'attribution par les juges européens d'une large marge nationale d'appréciation. Or force est de constater que celle-ci trouve sa parfaite application dans le contrôle de l'effet horizontal indirect des droits sociaux fondamentaux. En effet, comme nous l'avons vu, l'effectivité des droits sociaux implique que les États, au-delà d'une simple abstention, observent des obligations positives jusque dans les relations interindividuelles. Mais les obligations positives étant davantage contestées par les États que les obligations négatives traditionnelles, la pratique juridictionnelle²⁵⁷ autant que la doctrine²⁵⁸ laissent à penser que les États disposent d'une large marge d'appréciation dès lors qu'il s'agit d'obligations positives. L'arrêt de la Cour EDH *Women On Waves* est univoque à cet égard puisque la juridiction y affirme, après avoir relevé que les États jouissent d'une certaine marge de manœuvre dans le respect de leurs obligations négatives et positives, que « cette marge d'appréciation est plus étroite s'agissant des obligations négatives découlant de la Convention²⁵⁹ ». Cela est d'autant plus vrai dans le cadre d'une relation horizontale, pour laquelle la marge nationale d'appréciation est, selon les mots de la Cour de Strasbourg, « de façon générale ample²⁶⁰ ».

Une telle marge d'appréciation semble alors dépendre de deux facteurs interconnectés : l'absence de consensus entre les États, et la charge économique que de telles obligations représentent pour la puissance publique. Les termes de l'arrêt *Appleby* illustrent parfaitement cela, en ce que le juge de Strasbourg énonce que l'étendue d'une obligation positive « varie inévitablement, en fonction de la diversité des situations dans les États contractants et des choix à faire en termes de priorités et de ressources²⁶¹ ». La Cour se refuse souvent à reconnaître une obligation positive lorsqu'il n'y a pas de communauté de vues sur le sujet. Mais, plus encore, elle semble surtout priver son contrôle de l'imposition d'obligations positives lorsque leur réalisation suppose une charge économique lourde pour l'État. À titre d'exemple, dans l'affaire *Molka*²⁶², si le requérant alléguait l'obligation positive pour la Pologne d'offrir aux personnes handicapées un accès adéquat aux bureaux de vote, la Cour estime toutefois « qu'en l'espèce [la] marge d'appréciation est d'autant plus ample que » la demande du requérant « doit nécessairement être appréciée dans le contexte de l'affectation de fonds publics limités²⁶³ ». Elle poursuit en affirmant que « dès lors qu'elles savent quels sont les crédits disponibles pour ménager pareil accès, les autorités nationales sont mieux placées qu'un tribunal international pour procéder à cette appréciation²⁶⁴ ». Ce faisant, le contrôle du juge européen renvoie directement à la volonté de l'État quant au choix de ses ressources. Elle fait de même dans l'arrêt *N c/ Royaume-Uni*, s'en remettant aux « différences socio-économiques entre les pays²⁶⁵ » pour refuser de conclure à l'obligation

²⁵⁷ V., en ce sens, Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, n° 9214/80, § 67 ; Cour EDH, *Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche*, préc., § 34.

²⁵⁸ V., en ce sens, J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 58.

²⁵⁹ Cour EDH, 3 février 2009, *Women On Waves e.a. c/ Portugal*, n° 31276/05, § 40.

²⁶⁰ Selon la formule de la Cour, « la marge d'appréciation dont disposent les États contractants est de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention ». V., en ce sens, Cour EDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n° 6339/05, § 77 ; Cour EDH, 10 janvier 2008, *Kearns c/ France*, n° 35991/04, § 74 et 13 janvier 2009, *Todorova c/ Italie*, n° 33932/06, § 71.

²⁶¹ Cour EDH, 6 mai 2003, *Appleby e.a. c/ Royaume-Uni*, n° 44306/98, § 40.

²⁶² Cour EDH, 11 avril 2006, *Molka c/ Pologne*, n° 56550/00.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Cour EDH, gr. ch., 27 mai 2008, *N c/ Royaume-Uni*, n° 26565/05, § 44.

étatique « de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire²⁶⁶ » et estime que « conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants²⁶⁷ ». Ainsi, plutôt que d'analyser s'il y a eu une atteinte aux droits fondamentaux des requérants, la Cour s'intéresse davantage à la difficulté économique que l'action étatique représenterait. Les droits sociaux, nécessitant pour la plupart de mobiliser le budget public, s'en trouvent nécessairement contraints.

Par ailleurs, et pour les mêmes raisons, les obligations positives telles qu'issues d'une relation horizontale, en plus d'être limitées dans leur étendue, sont limitées dans leur nature. Il ressort en effet clairement de la jurisprudence de la Cour EDH que cette dernière ne saurait imposer une obligation de résultat sinon simplement de moyens, et ceux-ci demeurent largement à la discrétion de l'État. Ainsi, s'agissant de l'obligation positive de protéger la liberté de réunion d'un groupe de manifestants face à des contre-manifestants, la juridiction estime que « s'il incombe aux États contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites, ils ne sauraient pour autant le garantir de manière absolue et ils jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la méthode à utiliser²⁶⁸ ». La Cour estime ainsi qu'en vertu de l'article 11, CEDH, les États assument « une obligation de moyens et non de résultat²⁶⁹ ».

II. – L'interprétation conforme du juge interne

Dans le cadre de l'applicabilité directe des droits fondamentaux européens au sein des ordres juridiques nationaux, le contrôle de l'effet horizontal dépend davantage de l'attitude du juge que de la marge d'appréciation de l'État en tant que décideur politique. En effet, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, et au nom de l'effectivité du droit de la Convention ou de la Charte sociale européenne, les juges internes ont le devoir d'interpréter le droit national conformément au droit européen. En cela, le contrôle de l'effet horizontal, *a fortiori* direct, relève largement de l'interprétation des juges nationaux, et donc, là encore, des États.

Vis-à-vis du Conseil de l'Europe, l'interprétation conforme s'inscrit dans le contexte plus large du contrôle de conventionalité des lois. Comme nous l'avons vu, celui-ci ne s'effectue pas de la même manière en fonction du rang conféré à l'instrument supranational dans l'ordre juridique national. Mais en tout état de cause, tout juge interne aura le devoir d'interpréter son droit interne de manière à satisfaire l'instrument européen qu'il a ratifié. En France, le juge doit « appliquer le droit interne au regard des dispositions de la Convention telles qu'elles sont interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme et si cette interprétation conforme est impossible, écarter purement et simplement la règle contraire, qu'elle soit légale ou réglementaire, qu'elle soit récente ou ancienne²⁷⁰ ». Aujourd'hui, les juges judiciaires comme administratifs intègrent aisément ces deux « étapes » dans leur

²⁶⁶ Cour EDH, gr. ch., 27 mai 2008, *N c/ Royaume-Uni*, n° 26565/05, § 44.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Cour EDH, *Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche*, préc., § 34.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ G. CANIVET, « La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme », p. 260 in C. TEITGEN-COLLY (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, coll. « Droit et justice », 2002.

contrôle de conventionalité. En Italie ou en Angleterre, pays dans lesquels la Convention ne dispose pas d'une valeur supérieure à la loi, les juges internes ne peuvent écarter une loi nationale contraire à la Convention. En Italie, le juge est alors simplement tenu de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle²⁷¹. Au Royaume-Uni, les juges peuvent uniquement émettre une déclaration d'incompatibilité lorsqu'elles constatent la non-conformité d'une loi à la Convention. Le devoir d'interprétation conforme n'a donc pas les mêmes implications dans tous les États. Pourtant, dans le cadre du Conseil de l'Europe, une telle interprétation conforme permet assurément au juge national de reconnaître un effet horizontal aux dispositions de la Convention. Ainsi, à la suite des arrêts de la Cour EDH *Cabourdin*²⁷² et *Arnolin*²⁷³, à l'occasion desquels la Cour a étendu les garanties du procès équitable de l'article 6 aux litiges de droit privé, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que les exigences de la Cour européenne s'imposaient à l'État²⁷⁴. Ce faisant, la juridiction française est venue consacrer l'effet horizontal du droit au procès équitable. Sans s'étendre davantage sur les jurisprudences nationales, l'on peut affirmer que l'interprétation conforme permet de s'aligner sur la jurisprudence européenne, et confère ainsi un effet horizontal aux droits conventionnels dans l'ordre interne. Partant, le contrôle de l'effet horizontal dépend fortement du type de contrôle de conformité qu'a choisi d'opérer le juge national. Le contrôle de l'effet horizontal est donc tributaire du comportement d'un organe étatique.

Au sein de l'Union européenne, le devoir d'interprétation conforme apparaît également comme une garantie de l'effectivité des droits sociaux au sein des litiges de droit privé, mais ce type de contrôle n'est pas prioritaire pour l'application du droit communautaire dans l'ordre interne. Il s'avère au contraire incarner un mode d'invocabilité supplétif, qui n'a lieu d'être qu'à défaut de l'effet direct²⁷⁵. Ainsi une source communautaire ne trouvera une application optimale que si elle jouit d'une invocabilité de substitution, c'est-à-dire qu'elle vient remplacer complètement le droit national contraire. Or les sources qui ne disposent pas d'un effet direct, telles que les directives, ne peuvent s'en remettre qu'à l'interprétation conforme²⁷⁶. À cet égard, l'arrêt *Dansk Industri*²⁷⁷ est venu réaffirmer l'obligation du juge national de recourir à l'interprétation conforme pour interpréter la directive 2000/78 dans le cadre d'une relation horizontale. Le juge national estimait qu'il était dans l'impossibilité d'interpréter son droit national conformément au droit communautaire, et qu'il ne pouvait écarter son application. La Cour n'a pas souscrit à cette thèse. Si un tel arrêt nous démontre que le contrôle de l'effet horizontal se confronte à la volonté étatique, nous observons aussi qu'il s'en délie ; le juge national doit inclure la directive dans sa lecture du litige horizontal. Pour autant, on ne saurait oublier que cette situation n'est pas des plus satisfaisantes pour l'effet horizontal des directives, et l'arrêt *Kücükdeveci* nous rappelle que la Cour a su, par le

²⁷¹ F. LAFAILLE, Convention européenne des droits de l'homme et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie normative, *op. cit.*, p. 1149-1150.

²⁷² Cour EDH, 11 avril 2006, *Cabourdin c/ France*, n° 60796/00.

²⁷³ Cour EDH, 9 janvier 2007, *Arnolin e.a. c/ France*, n° 20127/03.

²⁷⁴ Cass. soc., 24 avril 2001, *Association Être enfant au Chesnay c/ Terki*, n° 00-44148.

²⁷⁵ V., en ce sens, CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*, aff. C-282/10.

²⁷⁶ *Ibid.* Il faut toutefois préciser qu'à défaut d'effet direct, le juge permet aussi une invocabilité d'exclusion, qui consiste en la non-application par le juge national de la disposition nationale contraire au droit de l'Union, ainsi que l'invocabilité de réparation, c'est-à-dire la mise en jeu devant le juge national de la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union. Ce dernier type d'invocabilité est dit minimal car il ne permet pas de mettre en adéquation le droit national au droit de l'Union.

²⁷⁷ CJUE, gr. ch., 19 avril 2016, *Dansk Industri*, aff. C-441/14.

passé et au prix d'une gymnastique des sources, aller au-delà de l'impossible interprétation conforme.

Le contrôle de l'effet horizontal est donc largement dépendant du comportement étatique. D'une part, ce contrôle confère, autant qu'il s'y heurte, une large marge d'appréciation aux États dans la mise en œuvre de leurs obligations positives, celles-ci étant le biais principal pour réaliser les droits fondamentaux dans le cadre de litiges privés. D'autre part, le contrôle de l'effet horizontal est tributaire du comportement des juges nationaux et de l'interprétation conforme qu'ils décident, ou non, d'appliquer. Si l'effet horizontal est donc en théorie essentiel à l'effectivité des droits sociaux fondamentaux, la pratique de son contrôle nous montre qu'il trouve une première limite, non surprenante, dans le comportement et la volonté des États. Le deuxième facteur d'influence du contrôle de l'effet horizontal se situe alors dans la conciliation des intérêts privés en jeu.

SECTION II. - UN CONTRÔLE TRIBUTAIRE DE LA CONCILIATION DES INTÉRÊTS PRIVÉS

Le juge, lorsqu'il est amené à contrôler l'application horizontale de droits fondamentaux qu'il protège, n'invente pas de toutes pièces un contrôle propre à l'effet horizontal. En réalité, son inspection s'inscrit dans les jalons du contrôle juridictionnel classique de droit international. En effet, de la même manière que la Cour européenne contrôle le « juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu » dans un litige vertical, elle tente d'opérer un juste équilibre entre les intérêts individuels eux-mêmes au sein d'un litige horizontal. Ce faisant, la juridiction n'a pas créé un nouveau type de contrôle, mais a remodelé le contrôle de proportionnalité (I). Il faut alors observer que la conciliation des droits en cause, le plus souvent sociaux, est une opération délicate qui ne joue pas toujours en la faveur de la justice sociale (II).

I. – Le contrôle de proportionnalité remodelé dans les relations privées

Le contrôle de proportionnalité tel qu'élaboré par la jurisprudence strasbourgeoise s'inscrit dans un contrôle plus large de la Cour européenne. S'il n'est mentionné nulle part dans le texte de la Convention, les seconds paragraphes des articles 8, 9, 10 et 11, CEDH, en dressent les contours : les droits relevant de ces dispositions peuvent légitimement subir une ingérence d'une autorité publique si cette ingérence « est prévue par la loi », et qu'elle constitue une mesure nécessaire « dans une société démocratique »²⁷⁸. Le contrôle de proportionnalité qu'opère la Cour se situe concrètement dans le contrôle de cette « nécessité démocratique ». La Cour observe tout d'abord que l'ingérence est « fondée sur un besoin social impérieux²⁷⁹ », c'est-à-dire qu'elle poursuit un objectif d'intérêt général qui est légitime. Puis, elle s'applique à contrôler que la mise en œuvre d'un objectif, par hypothèse légitime, ne soit pas démesurée, n'aille pas au-delà de ce que la démocratie exige. Autrement dit, elle vérifie que les moyens employés par l'État sont ajustés à l'objectif poursuivi, qu'ils ne détruisent pas inutilement l'exercice d'un droit individuel. C'est à cette étape précisément qu'elle exerce une mise en balance de l'intérêt général et de l'intérêt privé.

Dans le cadre d'un litige horizontal, le juge européen ne saurait, de manière

²⁷⁸ V. les articles 8, § 2, 9, § 2, 10, § 2, et 11, § 2, Conv. EDH.

²⁷⁹ Cour EDH, 24 mars 1988, *Olsson c/ Suède* (n° 1), n° 10465/83, § 67.

raisonnable, opérer exactement le même contrôle de proportionnalité qu'il opère lorsqu'il s'agit d'une relation verticale. En effet, cela reviendrait à considérer que le particulier a restreint les droits d'un autre particulier dans un but d'intérêt général. Ce serait l'ériger en autorité publique, ce qui n'est nullement le cas. Si la Cour a pu opérer une telle confusion par le passé²⁸⁰, elle a tout de même su identifier la particularité d'un tel contrôle, devant dès lors être modulé par rapport au contrôle classique. C'est à l'occasion de l'arrêt *van Kück*²⁸¹ que la Cour a opéré pour la première fois un contrôle de « proportionnalité privatisée²⁸² ». L'affaire concernait le refus d'une assurance privée de rembourser les frais médicaux d'une opération de conversion sexuelle, au motif que ces frais n'étaient pas médicalement nécessaires. Les juridictions internes avaient par la suite rejeté la demande de remboursement de la requérante, estimant qu'il appartenait à cette dernière d'apporter la preuve de la nécessité médicale de l'intervention, et que le rapport d'expertise fourni était trop général pour l'établir. Au lieu de s'attarder sur la proportionnalité de l'atteinte privée en tant que telle, la Cour contrôle le comportement étatique, estimant que le juge interne « aurait dû s'appuyer sur des connaissances médicales spécialisées et une expertise en matière de transsexualisme²⁸³ », et qu'il était par ailleurs « disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, (...) lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée²⁸⁴ ». Ainsi la juridiction conclut qu'« un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance privée, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part²⁸⁵ ». C'est donc le comportement étatique, et non le comportement de la personne privée, qui est analysé. La Cour n'opère pas elle-même la conciliation des intérêts privés ; elle observe la manière donc l'État les a conciliés. Ce faisant, la conciliation devient l'objet d'analyse de la Cour plutôt que le résultat de son travail.

II. – Le contrôle délicat de la conciliation des intérêts sociaux

Si le juge a adapté son contrôle à la particularité horizontale, il n'en demeure pas moins que ce contrôle s'avère délicat, et force est de constater qu'il ne s'opère pas toujours en faveur des droits sociaux.

D'une part, nous pouvons affirmer qu'il s'agit d'un contrôle délicat en ce qu'aucun critère précis n'est établi afin d'orienter le contrôle de la Cour ; celle-ci doit se prononcer au cas par cas sur la conciliation opérée par l'État entre les différents droits privés en cause. Pour ce faire, même si elle ne retient *in fine* que la culpabilité étatique, la juridiction doit nécessairement observer les intérêts privés en substance. Ainsi elle semble favoriser le droit protégé par la Convention, si l'autre intérêt en cause ne l'est pas²⁸⁶. Également, elle prend en compte la présence ou l'absence d'un intérêt public, au soutien de l'intérêt privé invoqué. De

²⁸⁰ Dans l'arrêt *Fuentes Bobo c/ Espagne* (préc.), la Cour a contrôlé la nécessité de la restriction de la liberté d'expression du requérant dans une société démocratique, donc relativement à un intérêt général. Or cette ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression provenait en l'espèce d'une personne morale de droit privé. Il en est de même de l'arrêt *VgT* (Cour EDH, 28 juin 2001, *VgT Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse*, n° 24699/94) dans lequel la Cour vérifie si le refus d'une société privée de diffuser une publicité, restreignant donc la liberté d'expression du requérant, était légitime au but poursuivi.

²⁸¹ Cour EDH, 12 juin 2003, *van Kück c/ Allemagne*, n° 35968/97.

²⁸² Selon la formule du professeur J.-P. MARGUENAUD (*La Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit.).

²⁸³ Cour EDH, *van Kück*, préc., § 55.

²⁸⁴ *Ibid.*, § 82.

²⁸⁵ *Ibid.*, § 84.

²⁸⁶ V., en ce sens, Cour EDH, gr. ch., 29 avril 1999, *Chassagnou e.a. c/ France*, n° 25088/94 et n° 28331/95.

la sorte, l'équilibre pèsera davantage en faveur de l'intérêt privé soutenu par un intérêt d'ordre public²⁸⁷. Mais en tout état de cause, aucune hiérarchie formelle n'est établie entre les droits, et la situation s'avère d'autant plus complexe lorsqu'il s'agit d'observer la conciliation opérée entre des droits qui semblent *a priori* « se valoir », c'est-à-dire qui n'ont à leur soutien aucun élément formel avantageux, permettant d'orienter l'équilibre. Le contrôle s'avère aussi difficile lorsque la conciliation entre les droits n'est tout simplement pas possible, et qu'une liberté doit être sacrifiée. Dans ces cas, le juge s'en remet davantage à la marge d'appréciation des États. Son contrôle de proportionnalité se borne alors à vérifier si l'État dispose de mécanismes permettant de résoudre les conflits de droits. Dès lors, comme dans l'arrêt *Mikulić*²⁸⁸, la Cour n'observe même pas la conciliation qu'a opérée l'État ; elle se limite à constater, ou non, l'existence d'un mécanisme interne permettant d'assurer l'équilibre entre les droits ou de se positionner en faveur de l'un d'eux.

D'autre part, ce contrôle ne joue pas nécessairement à l'appui de la justice sociale, telle que protégée par l'effectivité des droits sociaux fondamentaux. L'arrêt *Botta* précité, concernant l'absence de dispositif mis en place par les établissements de bain privés pour permettre l'accès à la mer aux personnes handicapées, est révélateur de la pratique juridictionnelle dès lors que sont en cause des droits sociaux dans un litige horizontal. Pour refuser l'applicabilité de l'article 8, CEDH, la Cour se limite à affirmer qu'il n'y a aucun « lien direct et immédiat²⁸⁹ » entre la nécessité de la mesure alléguée et la vie privée du requérant. Ce faisant, elle n'apprécie pas en substance les intérêts invoqués, et ne prend donc pas en considération la position de particulière vulnérabilité du requérant. Il semble alors que la Cour s'en remette à ce contrôle d'un « lien direct et immédiat » dans d'autres affaires où se dessine l'enjeu social entre deux personnes de droit privé, l'une étant la plupart du temps, dans une position d'infériorité. Même si la Cour fait preuve d'un « activisme social » grandissant – salubre pour certains, dangereux pour d'autres – ce contrôle restreint semble demeurer la norme dès lors que les droits sociaux sont en jeu. Sans affirmer qu'une hiérarchisation est construite entre les droits, il faut au moins constater que le contrôle de l'effet horizontal, au moins celui de la Cour européenne, n'est pas aussi approfondi que l'on pourrait le penser, notamment au vu de l'asymétrie des forces que semble caractériser nombre de litiges entre personnes privées.

Devant le prétoire de la Cour européenne, le contrôle de l'effet horizontal dépend nécessairement des intérêts privés en présence. De la même façon que l'intérêt public se confronte à l'intérêt privé dans un litige vertical, les intérêts privés se confrontent entre eux au sein d'un litige horizontal. Et dans l'hypothèse où la requête est recevable, la Cour ne peut pas faire l'économie d'un contrôle de proportionnalité. Ce contrôle de proportionnalité n'est alors assurément pas le même que celui opéré dans le cadre d'une atteinte aux droits

²⁸⁷ V., en ce sens, Cour EDH, 29 juin 2006, *Öllinger c/ Autriche*, n° 76900/01.

²⁸⁸ Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulić c/ Croatie*, n° 53176/99, § 64 : « L'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité ». Cela est également affirmé dans le cadre d'une relation verticale : v., en ce sens, Cour EDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, n° 10454/83, § 49. L'affaire portait sur le refus des services sociaux d'autoriser l'accès au dossier personnel du requérant. La Cour estime qu'un système d'accès aux données personnelles « ne cadre avec le principe de proportionnalité que s'il charge un organe indépendant, au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, de prendre la décision finale sur l'accès ».

²⁸⁹ Cour EDH, *Botta c/ Italie*, préc., § 35.

fondamentaux portée par la puissance publique. La Cour a ainsi modulé son contrôle, de façon à ne pas opérer une conciliation elle-même des intérêts privés – ce qui n’est pas son rôle – mais à observer plutôt la façon dont l’État défendeur a opéré un tel ajustement. Toutefois, il faut observer que ce type de contrôle s’avère délicat, ce qui conduit la Cour à accorder une forte marge de manœuvre aux États et à restreindre largement son opération de contrôle, ce qui ne s’opère pas toujours à la faveur d’un rééquilibrage des relations sociales.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

L’application horizontale des droits fondamentaux, *a fortiori* des droits sociaux, est largement tributaire de son contrôle. En effet, dès lors que l’effet horizontal en tant que tel est admis par le juge²⁹⁰, l’atteinte à un droit fondamental d’une personne privée par une autre personne privée nécessite d’être étudiée judiciairement. En cela, le contrôle du juge apparaît décisif sur le degré d’effectivité dont bénéficiera l’effet horizontal. Particulièrement devant le prétoire de la Cour de Strasbourg, nous observons que ce contrôle est relatif au comportement des États ; dès lors que le litige est horizontal et concerne l’exercice de droits sociaux, ceux-ci disposent d’une large marge d’appréciation dans la mise en œuvre de leurs obligations, essentiellement positives. Le contentieux national témoigne de la même tendance puisque le contrôle dépend alors nécessairement de l’interprétation du juge interne, qui est un organe étatique. En fonction du rang accordé à l’instrument européen dans l’ordre interne, le contrôle de conformité sera plus ou moins exigeant. Or, et tout du moins concernant les Conventions du Conseil de l’Europe, les États sont libres de déterminer la valeur des traités au sein de leur structure interne. Ainsi le contrôle de l’effet horizontal vient forcément se corréler au comportement de l’État : en tant que pouvoir exécutif et législatif, mais aussi en tant que pouvoir judiciaire. Et si l’on s’aventure dans les modalités mêmes de ce contrôle, nous apercevons que ce dernier dépend également des intérêts privés en jeu. Notamment, le contrôle de proportionnalité doit se voir adapté à la nature privée et sociale du litige, et implique pour le juge d’observer en substance les droits concernés, sans pour autant opérer lui-même la conciliation de ces dits droits. En ressort un contrôle juridictionnel complexe, qui ne bénéficie pas à son appui de critères clairement définis. Un tel contrôle, à partir du moment où il existe et s’adapte, permet donc aux droits sociaux fondamentaux de se développer dans leur habitat privilégié qu’est la relation horizontale. Mais la contrainte étatique et l’absence de généralisation de ce contrôle les empêchent presque tout autant de pleinement se déployer.

²⁹⁰ V. *supra*, le titre intitulé « L’horizontalisation des droits fondamentaux », à partir de la p. 41 de la présente étude.

CONCLUSION DU TITRE I

La force pratique de l'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux peut, dans un premier temps, être analysée d'un point de vue purement formel. En effet, certains éléments structurels tels que les sources ou le contrôle de l'effet horizontal constituent des facteurs importants pour déterminer dans quelle mesure un tel effet horizontal a la possibilité de se développer, et ainsi constituer un support précieux pour l'effectivité des droits sociaux fondamentaux. Au sein de l'Union européenne, l'application horizontale dépend surtout des sources de protection des droits sociaux comme droits fondamentaux, et particulièrement de leur capacité à produire un effet direct. Ainsi, quand la Charte produit un effet horizontal fluctuant en fonction du caractère inconditionnel ou non de ses dispositions, le droit dérivé doit quant à lui s'appuyer sur d'autres sources pour bénéficier d'un effet horizontal. Il ressort donc de la pratique contentieuse que les sources communautaires représentent un support certain à l'horizontalité des droits sociaux, d'autant plus que la Cour tend aujourd'hui à reconnaître l'effet horizontal à de plus en plus de sources, même les moins optimales d'entre elles. Au sein du Conseil de l'Europe, et notamment vis-à-vis de la Convention européenne, c'est davantage le contrôle opéré par le juge, que les sources en tant que telles, qui participe de l'application horizontale des droits sociaux. En effet, c'est par le contrôle juridictionnel que va s'opérer la mise en balance des intérêts privés en cause. Cette mise en balance n'est pas réalisée directement par le juge européen mais par l'État ; le juge contrôle cette opération mais est donc tributaire de l'attitude étatique. Par ailleurs, la nature privée et sociale des intérêts en cause contraint la Cour de Strasbourg, qui ne semble réaliser qu'un contrôle relativement restreint. En somme, les facteurs d'influence « formelle » que sont les sources et le contrôle du juge dressent un tableau mitigé de l'effectivité horizontale des droits sociaux, en grande partie induit par l'absence de théorie – et donc de pratique – assumée de l'effet horizontal. Le paysage paraît alors plus clair si nous nous intéressons à l'application horizontale des droits sociaux en fonction de leur contenu.

TITRE II. – L'APPLICABILITÉ HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX D'UN POINT DE VUE SUBSTANTIEL

En sus d'éléments formels, certains facteurs proprement substantiels jouent un rôle majeur dans la force de l'effet horizontal des droits sociaux fondamentaux. Ainsi il conviendra dès maintenant de penser l'application horizontale de ces droits en fonction de leur contenu, de leur signification. Partant de l'observation de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg et de celle de Strasbourg, nous pouvons dresser deux axes principaux qui semblent guider, chacun, la force et les modalités de l'application horizontale des droits fondamentaux, *a fortiori* celle des droits sociaux. Le premier vecteur relève du droit fondamental en tant que tel ; quels droits bénéficient d'une plus large application horizontale ? Quelles libertés se voient les plus faiblement consacrées dans les litiges privés ? Il s'agira donc d'observer l'applicabilité horizontale relativement à la nature du droit en cause (Chapitre I). Puis, en élevant encore le regard, nous pouvons affirmer que le second vecteur d'influence de l'application horizontale se situe dans la nature des relations interindividuelles concernées (Chapitre II).

CHAPITRE I. – L'APPLICATION HORIZONTALE RELATIVEMENT À LA NATURE DU DROIT EN CAUSE

L'essence même d'un droit individuel fait assurément varier son application horizontale. À titre d'exemple, le droit au respect de sa vie privée ne bénéficie pas de la même reconnaissance au sein d'un litige privé que l'exercice de la liberté syndicale. Une analyse de la nature des droits fondamentaux s'impose donc. Ainsi, au regard de la jurisprudence, l'on s'aperçoit que l'interdiction de la discrimination est un vecteur essentiel à l'applicabilité horizontale des droits sociaux, en tant que concept pivot mais aussi en tant que droit fondamental (Section I). Puis, il nous faudra observer en quoi les droits civils « socialisés » bénéficient d'une applicabilité horizontale relativement visible (Section II). Enfin, il s'avèrera essentiel de s'intéresser à la force fluctuante de l'effet horizontal des droits propres à la matière sociale (Section III).

SECTION I. – L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION COMME VOIE PRIVILÉGIÉE À L'APPLICATION HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX

En observant l'évolution de la jurisprudence européenne, il apparaît que le droit fondamental à la non-discrimination constitue la portée d'entrée de l'effet horizontal des droits sociaux, ou du moins sa voie privilégiée. Non seulement la non-discrimination est-elle un concept protéiforme qui se positionne au soutien des droits fondamentaux, et particulièrement des droits sociaux (I), mais aussi faut-il constater que les situations discriminatoires trouvent un terrain d'application favori dans les relations privées, notamment professionnelles, et plus largement contractuelles (II).

I. – La non-discrimination comme vecteur d'intégration des droits sociaux en Europe

L'on ne saurait traiter de la non-discrimination de manière complète tant cette notion est vaste. Peut-être justement pour cette raison, peut-on au moins affirmer que la non-discrimination est un droit fondamental « pivot ». Il sert en effet toujours, en réalité, un autre droit fondamental. Le traitement discriminatoire s'opère systématiquement dans un contexte social précis, et selon un critère déterminé. Pour autant, son existence tient évidemment à sa valeur propre ; celle qui conduit à sauvegarder la dignité de chaque personne, en ne la traitant pas différemment qu'une autre personne placée dans la même situation, s'il n'est pas de justification légitime ou de moyen proportionné. Dans une logique miroir, les juges ont reconnu que l'interdiction de la discrimination implique également de ne pas traiter de la même manière deux personnes qui ne se trouvent pas dans la même position²⁹¹. L'interdiction du traitement discriminatoire est donc un droit fondamental en tant que tel, reconnu par les textes et la jurisprudence européens, tout en étant un concept si proche de l'idée de dignité²⁹² qu'il en vient à fonder la légitimité d'autres droits fondamentaux.

Il faut alors observer, dans le cadre de l'Union comme du système de la Convention, que la non-discrimination s'est érigée en véritable pilier pour les libertés individuelles, et particulièrement pour les droits sociaux. Eu égard aux Communautés européennes, le principe de non-discrimination apparaît déjà dans les traités initiaux. L'article 12, TCE prévoit alors qu'« est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité », quand l'ex-article 119 du même traité consacre « l'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe ». Néanmoins, si le principe de non-discrimination fut dès l'origine au cœur du projet communautaire, c'est dans la mesure où celui-ci avait pour objectif l'instauration d'un marché unique²⁹³, et devait pour cela harmoniser les conditions de concurrence des opérateurs économiques. La prohibition de la discrimination s'est donc d'abord réalisée dans le but de protéger les acteurs du marché, non les citoyens européens. Par ailleurs, au sein de la Convention européenne, l'article 14, CEDH, n'offre pas une protection générale contre la discrimination ; il n'interdit les discriminations que dans l'exercice des droits que la Convention protège²⁹⁴. Autrement dit, il doit nécessairement être invoqué en combinaison avec un autre article du texte conventionnel qui garantit un droit substantiel. Cette disposition n'a donc pas « d'existence indépendante²⁹⁵ ». Une telle caractéristique limite fortement la portée de ce droit, certaines discriminations – telles que celles mettant en jeu des droits économiques et sociaux – n'étant de fait pas prises en compte par le système de la Convention.

²⁹¹ V., en ce sens, CJCE, 13 novembre 1984, *Firma A. Racke c/ Hauptzollamt Mainz*, aff. C-283/83, § 7.

²⁹² Le principe de non-discrimination provient, entre autres, des termes de l'article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ».

²⁹³ Le principe de non-discrimination à raison de la nationalité, instauré dès l'origine, permet notamment de sauvegarder les libertés de circulation. La non-discrimination en raison du sexe a initialement été établie dans le but d'empêcher les États membres de la Communauté d'acquiescer un avantage concurrentiel en appliquant des taux de rémunération inférieurs ou en établissant des conditions de travail moins favorables pour les femmes.

²⁹⁴ L'article 14, CEDH, dispose : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

²⁹⁵ Cour EDH, 9 février 1967, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, n° 1474/62, n° 1677/62, n° 1691/62, n° 1769/63, n° 1994/63 et n° 2126/64, § 9.

Pour autant, la pratique juridictionnelle et la production législative européenne ont fortement atténué ces limitations initiales. S'agissant de l'Union européenne, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et en raison du sexe a, en réalité, ouvert la voie à une socialisation certaine des droits fondamentaux. En effet, tout en affirmant le caractère programmatique des objectifs sociaux énoncés dans l'Acte unique européen, le juge communautaire a dans le même temps entamé une véritable conciliation entre les objectifs du marché intérieur et les exigences sociales grandissantes²⁹⁶. Le principe de non-discrimination a donc facilité la qualification des droits sociaux comme droits fondamentaux. Aussi, les traités successifs ont enrichi l'étendue de la prohibition de la discrimination, et ont également renforcé sa force d'action. Ce dernier aspect est important car il implique la prise en compte d'une démarche positive afin de combattre les discriminations. Des obligations positives peuvent dès lors être imposées aux États, ou tout du moins encouragées par le législateur de l'Union²⁹⁷. Par la suite, l'adoption de diverses directives est venue amplifier la résonance d'un tel principe. La discrimination, fondée notamment sur les critères de l'âge, du sexe, du handicap, de la religion ou des convictions et de l'orientation sexuelle, devient interdite dans les domaines de l'emploi²⁹⁸ et – s'agissant seulement des discriminations entre les femmes et les hommes ainsi que celles fondées sur la race ou l'origine ethnique – de l'accès aux biens et services²⁹⁹. Il convient donc d'observer que la non-discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle n'est à ce jour protégée que dans le domaine de l'emploi³⁰⁰. Quant à la Convention européenne, si son article 14 n'a *a priori* qu'une fonction accessoire et contrainte, la Cour a d'emblée relativisé ce postulat. Elle a en effet jugé, dès le premier arrêt concernant une telle disposition, qu'il n'était pas nécessaire que soit préalablement constatée la violation du droit substantiel en cause pour que soit invoqué l'article 14, CEDH³⁰¹. Il suffit d'établir une connexité entre la jouissance d'un droit garanti et la distinction de traitement. L'on observe que ce lien a été apprécié souplesment par le juge de Strasbourg : il suffit que les mesures « se situent dans le domaine³⁰² » du droit garanti, ou « que la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire³⁰³ » d'un tel droit. Cette souplesse s'est très logiquement opérée à la faveur des droits sociaux, non protégés par la Convention, mais se trouvant en fait largement en proie à

²⁹⁶ V. en ce sens CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission*, aff. C-13/63 ; 20 septembre 2001, *Rudy Grejczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99 ; 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop c/ Office national de l'emploi*, aff. C-224/98.

²⁹⁷ Le Traité d'Amsterdam a introduit l'article 13, TCE (devenu article 19 TFUE), qui dispose que l'Union 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 ». Une démarche positive est donc introduite dans les traités, laissant place à une conception de l'égalité matérielle, plutôt que simplement formelle.

²⁹⁸ V., en ce sens, la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

²⁹⁹ V., en ce sens, la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, ainsi que la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services.

³⁰⁰ *Ibid.* Une proposition de directive de la Commission, visant à étendre le bénéfice de la protection contre les discriminations aux critères de l'âge, du sexe, du handicap, de la religion ou des convictions et de l'orientation sexuelle au-delà de la seule sphère de l'emploi est en cours de négociation depuis 2008 mais n'est toujours pas adoptée.

³⁰¹ Cour EDH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, préc.

³⁰² Cour EDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, préc., § 71.

³⁰³ Cour EDH, 23 novembre 1983, *van der Mussele c/ Belgique*, n° 8919/80, § 43.

des situations discriminatoires. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Gaygusuz*³⁰⁴, la Cour estime qu'une législation prévoyant un droit au versement à des prestations sociales pour certaines catégories de personnes rentre dans le champ d'application de la protection de la propriété, tel que protégé par l'article 1^{er} du Protocole n° 1, CEDH. De la sorte, un traitement discriminatoire pourrait être sanctionné au titre de l'article 14, ce qui fut le cas en l'espèce. Par ailleurs, il faut noter que si la Cour peut s'abstenir d'analyser la discrimination invoquée dès lors qu'elle a d'emblée constaté une violation du droit substantiel auquel l'article 14 est combiné, elle a également été amenée, en sens inverse, à ne concentrer le fond de son analyse que sur le traitement discriminatoire, sans même regarder la violation alléguée du droit substantiel³⁰⁵. Ainsi lorsque la discrimination est au cœur du litige, sa prohibition acquiert une portée autonome. Précisons aussi que l'entrée en vigueur du Protocole n° 12, CEDH, est venue disposer, en son article 1^{er}, d'une interdiction générale de la discrimination³⁰⁶.

Aujourd'hui, les Cours témoignent toujours d'un sérieux activisme en matière de discrimination dans le domaine social. Les récents arrêts de la Cour de justice le confirment. Pour ne citer qu'eux, l'arrêt *Cresco*³⁰⁷ consacre l'obligation de rétablir une égalité de traitement en étendant le bénéfice d'un jour férié accordé aux travailleurs chrétiens à l'ensemble des travailleurs, quand un arrêt *Österreichischer*³⁰⁸ confirme que la non-prise en compte de l'expérience professionnelle acquise avant dix-huit ans est contraire au principe de non-discrimination. À l'occasion de l'arrêt *Vindel*³⁰⁹, la Cour a modulé son contrôle eu égard à la discrimination en raison de l'âge, estimant, à propos d'une réduction salariale des catégories inférieures de la magistrature, le plus souvent composées de magistrats plus jeunes, que le fait que ces catégories soient « en moyenne » plus jeunes, ne suffit pas ; il faut attester d'un écart d'âge spécifique pour qu'une telle mesure soit considérée comme discriminatoire.

Même si certaines avancées se font attendre³¹⁰, l'évolution de la justiciabilité du principe de non-discrimination nous conduit à un constat univoque : l'interdiction de la discrimination est une assise importante pour la consécration des droits sociaux fondamentaux. De manière concomitante, l'application de ce droit fondamental dans les litiges privés est alors de plus en plus favorisée.

³⁰⁴ Cour EDH, *Gaygusuz c/ Autriche*, préc.

³⁰⁵ V. Cour EDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche*, n° 12875/87 et 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, n° 33290/96.

³⁰⁶ L'article 1^{er} du Protocole 12, CEDH, dispose : « 1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. 2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 ».

³⁰⁷ CJUE, *Cresco Investigation*, préc.

³⁰⁸ CJUE, 8 mai 2019, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, aff. C-24/17.

³⁰⁹ CJUE, 7 février 2019, *Vindel*, aff. C-49-18.

³¹⁰ Eu égard notamment à la négociation en cours depuis plus de douze ans de la directive « horizontale » devant logiquement élargir la protection contre la discrimination fondée sur certains critères, au-delà de la seule sphère de l'emploi, notamment à l'ensemble des biens et services. V. note 300 de la présente étude.

II. – L'application favorisée du principe de non-discrimination dans le cadre de rapports sociaux privés

C. Wantiez affirmait, à propos du droit du travail belge, que si celui-ci est essentiellement constitué de normes impératives destinées à protéger le salarié, il fait en même temps la part belle à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle³¹¹. En d'autres termes, les parties contractantes peuvent dans une large mesure aménager leurs relations. Il faut alors observer que les traitements discriminatoires naissent bien souvent de cette liberté contractuelle, dans la sphère de l'emploi principalement, mais aussi s'agissant du droit au logement. L'employeur et le bailleur se trouvent dans une position de supériorité qu'ils peuvent exploiter dans l'exercice de leur liberté contractuelle. Nous comprenons donc aisément pourquoi la non-discrimination trouvera son application privilégiée au sein des litiges de droit privé.

Ainsi, déjà depuis les arrêts *Walrave et Koch* et *Defrenne II*, les articles 18, TFUE, et 157, § 1, du même traité, consacrant respectivement le principe de non-discrimination en fonction de la nationalité et l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins, disposent-ils d'un effet direct horizontal. Dans l'arrêt *Defrenne*, était notamment en cause la rémunération d'une hôtesse de l'air d'une compagnie aérienne privée, alors inférieure à celles perçue par ses homologues masculins. Et si la reconnaissance d'un effet direct horizontal concernait à l'époque l'article 119 du Traité CEE, l'article 157 TFUE, qui est substantiellement identique, s'est lui aussi vu reconnaître une telle applicabilité³¹². Les arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci* sont quant à eux venus entériner l'application horizontale de l'interdiction de la discrimination en raison de l'âge, consacrée par la directive 2000/78. En 2019, l'arrêt *Cresco* a été l'occasion pour la Cour de confirmer, deux ans après l'arrêt *Egenberger*, l'applicabilité horizontale de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, celui-ci consacrant le principe de non-discrimination.

Toutes les affaires précitées présentent le point commun d'une discrimination commise dans le domaine de l'emploi et du travail. Au sein de la Convention européenne, cette reconnaissance de l'effet horizontal du principe de non-discrimination est intervenue plus tardivement que dans l'Union. Nous l'avons vu³¹³, la marge d'appréciation laissée aux États est d'autant plus forte que le litige est empreint d'une coloration sociale. Ce n'est alors qu'en 2009, à l'occasion de l'arrêt *Danilenkov e.a. c/ Russie*³¹⁴, que la Cour de Strasbourg est venue pour la première fois reconnaître un effet horizontal indirect à l'article 14, CEDH, dans le domaine de l'emploi³¹⁵. Les requérants s'étaient vus discriminés par leur employeur privé en raison de leur appartenance syndicale, et accusaient les autorités nationales d'avoir toléré les politiques discriminatoires de l'entreprise, de par l'absence d'un mécanisme de protection effectif en droit interne. La Cour affirme alors qu'en vertu de l'article 14 combiné à l'article 11, les États ont l'obligation positive « de mettre en place un système judiciaire qui garantisse une protection réelle et effective contre la discrimination syndicale³¹⁶ ». Par ailleurs, dans son arrêt *Eweida* de 2013, la Cour a estimé que la perte de salaire d'une employée d'une

³¹¹ C. WANTIEZ, *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 192.

³¹² V., en ce sens, CJUE, *K e.a. c/ Tesco Stores*, préc.

³¹³ V. p. 39 et p. 67-69 de la présente étude.

³¹⁴ Cour EDH, 30 juillet 2009, *Danilenkov e.a. c/ Russie*, n° 67336/01.

³¹⁵ La Cour EDH avait déjà reconnu l'effet horizontal du principe de non-discrimination, mais cela concernait uniquement les crimes de haine commis par des particuliers. V. 31 mai 2007, *Šečić c/ Croatie*, n° 40116/02.

³¹⁶ Cour EDH, *Danilenkov*, préc., § 124.

compagnie privée pour avoir porté un signe religieux sur son lieu de travail constituait un traitement discriminatoire fondée sur la religion³¹⁷. Constatant une violation de l'article 9, CEDH, le juge de Strasbourg a toutefois estimé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner en substance le grief tiré de l'article 14, celui-ci étant alors combiné à l'article 9³¹⁸. Il en est de même s'agissant de l'arrêt *Ivanova c/ Bulgarie*³¹⁹, par lequel la Cour a jugé que le licenciement discriminatoire d'une enseignante d'une école privée de navigation fluviale en raison de sa religion emportait violation de l'article 9, sans examiner séparément la violation alléguée de l'article 14.

Dans l'ombre d'un autre article auquel elle se rattache, la non-discrimination bénéficie parfois d'une application horizontale plus « timide » devant le prétoire de la Cour EDH qu'au sein de l'Union européenne. Mais il faut tout de même relever qu'en substance, le contrôle de proportionnalité privatisée exercé par la Cour de Strasbourg confère une acception étendue à la non-discrimination, et lui offre de fait une protection accrue³²⁰. Par ailleurs, l'arrêt *Association ACCEPT e.a. c/ Roumanie*³²¹, rendu le 1^{er} juin 2021, vient nous rappeler la force de ce droit aux yeux des gardiens de la Convention. Était en cause l'irruption, dans une salle de cinéma de Bucarest, de manifestants d'extrême-droite lors de la projection d'un long métrage narrant l'histoire d'une famille homosexuelle. Le groupe a alors proféré des insultes homophobes et finalement empêché que l'évènement puisse avoir lieu. La Cour EDH a déploré que la police ne soit pas « intervenue pour désamorcer la situation³²² » et perçoit dans cette attitude des forces de l'ordre le signe de « préjugés envers les homosexuels³²³ ». En somme, la Roumanie s'est vue reprocher de ne pas avoir agi positivement pour protéger les droits des personnes privées envers l'action discriminatoire d'autres personnes privées. Leur comportement discriminatoire doit donc aussi être attribué à la puissance publique elle-même. L'interdiction de la discrimination dans les litiges horizontaux est donc tout à la fois le droit fondamental primordial que les juges s'efforcent de protéger, tout comme le droit pivot à d'autres libertés individuelles, généralement les articles 8, 9 et 11, CEDH. Se situant à la lisière entre le droit civil et politique et le droit social, sans appartenir véritablement à aucun d'entre eux, la non-discrimination tend à protéger en substance de nombreuses situations entre acteurs privés où l'injustice sociale est prégnante.

Pour résumer, il faut rappeler que la non-discrimination a historiquement impulsé la protection d'autres droits fondamentaux, en particulier les droits sociaux. Nécessité pour les objectifs du marché intérieur des Communautés, et incontournable pour protéger les droits civils et politiques que la Convention européenne garantie, le principe de non-discrimination était une évidence au sein de ces deux systèmes. Cela n'est guère étonnant au vu du concept

³¹⁷ Cour EDH, 15 janvier 2013, *Eweida e.a. c/ Royaume-Uni*, n^{os} 48420/10, 36516/10, 51671/10 et 59842/1.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ Cour EDH, 12 avril 2007, *Ivanova c/ Bulgarie*, n^o 52435/99.

³²⁰ V., en ce sens, la formule issue de l'arrêt Cour EDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France*, n^o 24406/97, § 49 : « Seules (...) de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage ». Par ces mots, la Cour consacre de manière plus générale l'importance du droit à la non-discrimination au sein des litiges entre personnes privées.

³²¹ Cour EDH, 1^{er} juin 2021, *Association ACCEPT e.a. c/ Roumanie*, n^o 19237/16.

³²² *Ibid.*, § 110 : « *The Court observes that although eighteen police officers and gendarmes were present on the premise, they remained outside the cinema auditorium, where the incident was developing, and, to a large extent, refrained from intervening to de-escalate the situation* ».

³²³ *Ibid.*, § 112 : « *More than a failure to intervene, the authorities' attitude and decision to remain aside despite being aware of the content of the slurs being uttered against the applicants seems to indicate a certain bias against homosexuals* ».

auquel il se rapproche le plus : la dignité humaine. Certainement pour cela, le principe de non-discrimination a permis d'assumer plus facilement le processus de socialisation au sein de l'Union européenne comme au sein du système de la Convention. La présence de comportements discriminatoires est le signe d'un rapport social déséquilibré. Celui-ci se caractérise entre un individu et la puissance publique, mais aussi entre individus eux-mêmes, dans le cadre des relations sociales. La lutte contre les discriminations doit donc pouvoir s'immiscer au sein de rapports sociaux privés ; à défaut, elle ne saurait réellement exister. Même si certaines progressions peinent à voir le jour, le législateur européen autant que les juges continuent d'œuvrer pour que la non-discrimination se positionne au service des droits sociaux, notamment dans les litiges horizontaux. Ces droits sociaux, qu'ils aient vécu un processus de socialisation ou qu'ils soient propres à la matière sociale, trouvent une application horizontale quelque peu différente. Attardons-nous tout d'abord sur l'application horizontale des droits civils « socialisés ».

SECTION II. – L'APPLICATION HORIZONTALE VISIBLE DES DROITS CIVILS « SOCIALISÉS »

Les droits civils « socialisés » correspondent en substance aux droits civils et politiques tels que consacrés par la Convention européenne et, en partie, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais qui trouvent à s'appliquer dans un contexte économique et social. Nous l'avons vu, la justiciabilité des droits civils et politiques est plus aisée, en ce que ces derniers correspondent davantage à l'aspiration historique de l'autonomie individuelle face à la force aliénante de la puissance publique. En ce sens, l'effet horizontal a plus facilement été reconnu dès lors qu'était clairement identifié ce type de liberté, même si celle-ci se positionnait en fait au service d'un besoin social. Dans le contentieux de la Cour européenne, cette tendance se traduit par l'admission de l'effet horizontal des droits intangibles (I), mais aussi des droits conditionnels (II).

I. – L'application horizontale des droits intangibles face à l'inaction des services sociaux envers les actes de violence privés

S'agissant des droits intangibles, qui ne peuvent souffrir aucune limitation, l'on observe que le droit à la vie ainsi que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants se sont vus reconnaître aisément un effet horizontal, notamment eu égard à la passivité des services sociaux quant aux actes de violence commis par des personnes privées.

Dans son arrêt *Calvelli et Ciglio c/ Italie*³²⁴, du 17 janvier 2002, la Cour affirme ainsi que les obligations positives relatives au système de santé publique exigent que les États mettent « en place (...) un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades³²⁵ ». De manière plus générale, l'affaire *Osman*³²⁶ avait été l'occasion pour la Cour d'affirmer que les États ont la double obligation d'adopter des mesures substantielles afin de protéger la vie de personnes en proie à des menaces émises par d'autres particuliers, ainsi que de mettre en place des mécanismes adéquats dans le but d'en sanctionner les atteintes.

³²⁴ Cour EDH, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c/ Italie*, n° 32967/96.

³²⁵ *Ibid.*, § 48.

³²⁶ Cour EDH, 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, n° 23452/94.

Également, la Cour a jugé qu'un État demeure responsable de la passivité de ses services sociaux, ayant failli à protéger les enfants de maltraitements physiques ou psychologiques commises par leurs parents³²⁷. Le CEDS rejoint la Cour en ce sens, puisqu'à l'occasion de la réclamation collective du 7 décembre 2004, *Organisation mondiale contre la torture c/ Belgique*³²⁸, le Comité a rappelé l'obligation de prévoir une législation interdisant toute forme de violence à l'encontre de mineurs et ce y compris dans le cercle familial.

Aussi, l'État ayant le devoir de veiller à ce que les enfants puissent exercer leur droit à l'éducation ne se libère pas de ses obligations positives, dès lors qu'il délègue à des organismes privés la gestion de l'éducation. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *Costello-Roberts*³²⁹, la Cour a affirmé que le Royaume-Uni aurait dû empêcher que des sanctions disciplinaires s'incarnent en actes de maltraitance commis par un professeur d'une école privée envers ses élèves. Les juges relèvent en effet que « les fonctions touchant à l'administration interne d'une école, par exemple la discipline, ne sauraient passer pour accessoires au processus éducatif³³⁰ » et, s'appuyant sur la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, estime que « le système disciplinaire d'une école se situe dans la sphère du droit à l'instruction³³¹ », tel que protégé par l'article 2 du premier Protocole à la Convention. De même, un État est responsable au titre de l'article 3, CEDH, dans le cas où les services sociaux n'ont pas pris les mesures de prévention effectives pour protéger la femme des violences conjugales³³². Par ailleurs, la jurisprudence européenne est logiquement exigeante s'agissant des législations punissant le viol³³³, la servitude et le travail forcé³³⁴, les dispositions européennes prohibant de tels actes bénéficient d'un effet horizontal indirect. La loi pénale interne doit en effet être à la hauteur d'une protection effective contre ce genre de comportements provenant de personnes privées, et les services sociaux ne peuvent légitimement ignorer la commission de tels actes, même au sein d'une relation privée comme celle d'une famille ou d'un couple.

II. – L'application horizontale des droits conditionnels face au contrôle de « proportionnalité privatisée »

Si les droits absolus jouissent d'une applicabilité horizontale évidente du fait de leur caractère impérieux, les droits conditionnels tels que protégés par la Convention européenne, par la Charte sociale ainsi que par la Charte DFUE, bénéficient également d'un effet horizontal visible dans le domaine des droits sociaux, quoique limité du fait de la conciliation à opérer avec d'autres intérêts.

³²⁷ V. Cour EDH, gr. ch., 10 mai 2001, *Z e.a. c/ Royaume-Uni*, n° 2392/95, §§ 73-74 ; Cour EDH, 10 octobre 2002, *DP et JJC c/ Royaume-Uni*, n° 38719/97, § 109.

³²⁸ CEDS, 7 décembre 2004, *Organisation mondiale contre la torture c/ Belgique*, réclam. n° 21/2003.

³²⁹ Cour EDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, n° 13134/87.

³³⁰ *Ibid.*, § 27.

³³¹ *Ibid.*

³³² V. Cour EDH, 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie*, § 176, n° 33401/02.

³³³ V., en ce sens, Cour EDH, 4 décembre 2003, *MC c/ Bulgarie*, n° 39272/98 : dans cet arrêt concernant le viol d'une adolescente de 14 ans, la Cour estime que l'État de Bulgarie, au vu de la légèreté de l'enquête menée par les autorités, a manqué aux obligations positives qui lui incombent en vertu des articles 3 et 8 de la Convention, emportant une violation de ces dispositions.

³³⁴ V., en ce sens, Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France*, n° 73316/01 : dans cette affaire, dans laquelle la requérante avait été tenue en état de travail forcé et de servitude par le couple qui l'hébergeait, la Cour a estimé que la France a manqué à ses obligations positives au titre de l'article 4, CEDH, n'ayant pas assuré une protection suffisante et effective contre de tels actes.

Tel est le cas notamment du droit à la vie privée. Nous l'avons vu, celui-ci trouve souvent à s'appliquer dans des litiges de droit privé lorsqu'il est combiné à l'article 14, CEDH. Mais ce droit est aussi invoqué de manière autonome dans des litiges horizontaux ayant trait à des rapports sociaux. La vie privée des travailleurs est en effet garantie de manière implicite par les textes du Conseil de l'Europe³³⁵. La Cour européenne a étendu de façon exponentielle la notion de vie privée, notamment eu égard à l'intrusion que provoquent les nouvelles technologies de communication dans la vie personnelle des individus. Dans le cadre de l'Union européenne, l'article 7 de la Charte DFUE, consacrant le droit à la vie privée, est également l'objet d'un contentieux grandissant relatif à la mobilisation des données personnelles par des entreprises privées, même si cela concerne moins la relation professionnelle elle-même que le rapport, plus large, entre les individus et les entreprises qui procèdent à la sauvegarde de données personnelles pour les besoins de leur activité. Devant la CEDH, les litiges horizontaux se font évidemment plus rares que ceux opposant un employé à son employeur public, mais toujours est-il que la Cour a été amenée à se prononcer en substance sur de tels cas. Dans les décisions de recevabilité *Madsen* et *Wretlund*³³⁶, des employés d'entreprises privées se voyaient obligés de se soumettre à des tests de dépistage à la drogue ou à l'alcool, sous peine de licenciement. Si la Cour estime dans ces deux cas d'espèce que les mesures étaient proportionnées à la sécurité publique et aux droits d'autrui, il n'en demeure pas moins qu'elle opère par là un contrôle de proportionnalité, observant donc en substance une atteinte potentielle à l'article 8, CEDH. Ce faisant, elle admet incidemment que la responsabilité de l'État puisse être mise en jeu pour une atteinte à la vie privée émanant d'un employeur privé. Et en tout état de cause, l'on ne saurait concevoir que les jurisprudences constatant la violation de l'article 8 par un employeur public³³⁷ ne puissent concerner les mêmes situations s'agissant d'entreprises privées ; l'injustice sociale y est en tout point identique. Si l'effet horizontal indirect est donc relativement admis s'agissant du droit au respect de la vie privée dans le cadre des relations de travail, l'on peut observer que son effet horizontal direct est quant à lui appliqué sans nulle hésitation, au moins par les juridictions françaises. L'arrêt *Spileers*³³⁸ de la Cour de cassation est éloquent en ce sens puisque la chambre sociale y a estimé que la clause d'un contrat de travail qui impose un transfert de domicile non indispensable viole l'article 8 CEDH.

Également, la liberté de conscience et de religion, protégée par l'article 9, CEDH, tend à se concrétiser dans les litiges horizontaux. Déjà, en 1997, dans une affaire concernant le licenciement par une société privée d'un salarié pour avoir refusé de travailler le dimanche en raison de ses convictions religieuses, la Commission EDH avait affirmé que l'État peut se rendre responsable, dans la mesure où sa législation ne permet pas à l'individu d'être

³³⁵ V., en ce sens, l'interprétation que livre le Comité EDS de l'article 1^{er}, § 2, de la Charte sociale dans ses conclusions : cette disposition implique « que le travailleur reste un homme libre en ce sens que l'emprise de ses obligations professionnelles, et par conséquent du pouvoir de direction, reste limité » et qu'il est donc protégé contre « les incursions dans la sphère personnelle ou privée qui pourraient se produire à l'occasion ou par le fait de la relation de travail » (CEDS, conclusions XVIII-1, observation interprétative, art. 1^{er}, § 2, p. 11).

³³⁶ Cour EDH, déc., 7 novembre 2002, *Madsen c/ Danemark*, n° 58341/00 ; Cour EDH, 9 mars 2004, *Wretlund c/ Suède*, n° 46210/99.

³³⁷ V., en ce sens, Cour EDH, 3 avril 2007, *Copland c/ Royaume-Uni*, n° 62617/00 : la Cour constate la violation de l'article 8, CEDH, du fait de l'ingérence dans la vie privée d'une assistante en raison de la surveillance, par un collègue public qui l'emploie, de ses communications téléphoniques et courriers électroniques envoyés depuis son lieu de travail.

³³⁸ Cass. soc., 12 janvier 1999, *Spileers c/ SARL Omni Pac*, n° 94-40.755.

effectivement protégé³³⁹. Par son arrêt *Özgür Gündem*, dans lequel la Cour EDH rejette une requête provenant de pharmaciens qui, au nom de leurs croyances religieuses, refusaient de vendre la pilule contraceptive³⁴⁰, la Cour protège aussi, implicitement, le versant négatif de la liberté religieuse, dans le but de sauvegarder le droit social de l'accès effectif à l'aide médicale. Le contrôle de proportionnalité privatisée vient *in fine* limiter la liberté religieuse des requérants au nom de la liberté d'autrui. Ce faisant, la Cour statue à la faveur des droits sociaux. Par ailleurs, il nous faut encore rappeler que le canal favorisé pour l'application horizontale d'un tel droit est celui de la non-discrimination. Le contentieux devant la Cour de justice de l'Union, notamment les arrêts *Bouagnaoui*³⁴¹ et *Achbita*³⁴², le confirme. Dans ces arrêts étaient en cause les licenciements de salariées par des entreprises privées, au motif que ces premières refusaient d'ôter leur foulard islamique sur le lieu de travail. Le souhait de l'employeur que l'employée retire son foulard n'étant pas tiré du même motif dans les deux cas d'espèce³⁴³, ces arrêts préjudiciels ne livrent pas les mêmes critères afin d'identifier une discrimination³⁴⁴. Mais toujours est-il que l'article 10 de la Charte, correspondant à l'article 9, CEDH, est soulevé au soutien de l'invocabilité de la directive 2000/78. Ainsi la liberté de conscience et de religion est invoquée dans un litige entre des personnes privées. Il faut toutefois garder à l'esprit que ce droit se confronte à la liberté économique protégée par l'article 16 de la Charte DFUE³⁴⁵, elle aussi invoquée et appliquée dans ce litige horizontal.

Enfin, nous pouvons relever que la liberté d'expression peut également bénéficier d'une socialisation et se voir appliquée dans un litige horizontal³⁴⁶. La Cour vient alors opérer un contrôle de proportionnalité concernant des relations horizontales, comme ce fut le cas dans l'affaire *Aguilera Jiménez*³⁴⁷, dans laquelle les requérants avaient été licenciés pour avoir

³³⁹ Cour EDH, 9 avril 1997, *Stedman c/ Royaume-Uni*, n° 29107/95.

³⁴⁰ Cour EDH, 16 mars 2000, *Özgür Gündem c/ Turquie*, n° 23144/93, § 43 : « Les requérants ne sauraient faire prévaloir et à imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit ».

³⁴¹ CJUE, 14 mars 2017, *Asma Bouagnaoui et Association de défense des droits de l'homme c/ Micropole SA*, aff. C-188/15.

³⁴² CJUE, 14 mars 2017, *Samira Achbita e.a. c/ G4S Secure Solution*, aff. C-157/15.

³⁴³ Dans l'affaire *Achbita*, la demande de l'employeur se rattachait à une politique de neutralité voulue par l'entreprise, exigence qui avait été récemment inscrite dans son règlement intérieur, celui-ci interdisant dès lors le port de signes visibles religieux sur le lieu de travail. Dans l'affaire *Bouagnaoui*, la demande de l'employeur procède ici de satisfaire les demandes de clients s'étant plaint du port de ces signes religieux par des salariées de l'entreprise. L'employeur invoquait alors une « exigence professionnelle essentielle et déterminante ».

³⁴⁴ Dans l'arrêt préjudiciel *Achbita*, la Cour de justice estime que cette interdiction ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion au sens de la directive 2000/78 invoquée. En revanche, la Cour affirme qu'une telle règle interne d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de la directive, s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires. Dans l'arrêt préjudiciel *Bouagnaoui*, la Cour relève que la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante », au sens de l'article 4 de la directive, ne saurait couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client (§ 40).

³⁴⁵ Les libertés économiques sont notamment protégées aux titres des articles 15, 16 et 17, Charte DFUE, consacrant respectivement la liberté professionnelle et le droit de travailler, la liberté d'entreprise et le droit de propriété.

³⁴⁶ V., en ce sens, Cour EDH, *Özgür Gündem c/ Turquie*, préc., § 43 ; Cour EDH, *Appleby e.a. c/ Royaume-Uni*, préc., § 39 : « L'exercice réel et effectif [de la liberté d'expression] peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux ».

³⁴⁷ Cour EDH, 8 décembre 2009, *Aguilera Jiménez e.a. c/ Espagne*, n° 28389/06.

publié dans un bulletin d'information syndical des dessins et articles outranciers à l'égard du personnel de la direction de leur entreprise. La Cour a établi que les juges nationaux avaient opéré un juste équilibre des intérêts privés en cause et qu'ainsi, cette mesure de licenciement ne contrevenait pas à l'article 10, CEDH, protégeant la liberté d'expression³⁴⁸. Neuf ans auparavant, l'affaire *Fuentes Bobo*³⁴⁹, concernant le licenciement d'un journaliste de télévision pour propos offensants envers les dirigeants de la chaîne, avait déjà conclu à l'absence de violation de l'article 10, CEDH, en raison d'un juste équilibre. Encore une fois, l'application horizontale de ce droit conditionnel se confronte à un contrôle de proportionnalité privatisée laissant place à une large marge de manœuvre pour les États. Pour autant, dans l'affaire *Khurshid Mustafa et Tarzibachi*³⁵⁰, dans laquelle était en cause la résiliation d'un contrat de bail en raison du refus des locataires de retirer l'antenne parabolique qu'ils avaient installée, la Cour a jugé, après avoir estimé qu'« elle ne saurait rester inerte »³⁵¹ face à une mauvaise interprétation des juridictions nationales dans un litige de droit privé, que la Suède avait violé l'article 10 de la Convention, dans la mesure où le contrat de bail a été interprété de manière à priver les locataires de leur droit à recevoir des informations. C'est donc le droit d'être informé, composant de la liberté d'expression, qui est ici protégé dans un litige horizontal.

L'ensemble de cette jurisprudence démontre ainsi que des droits fondamentaux qui n'ont en apparence aucun caractère social, se voient en fait largement appliqués au service des droits sociaux dans des relations horizontales. Dans la mesure où l'on ne saurait admettre que des droits absolus puissent être méconnus dans quelconque sphère que ce soit, ceux-ci viennent logiquement pénétrer la sphère privée de manière aisée. C'est généralement l'inaction des services sociaux à l'égard de violences privées qui conduit alors à l'effet horizontal indirect de ces libertés. Les droits conditionnels, quant à eux, se confrontent nécessairement à un contrôle du juste équilibre, mais bénéficient tout de même d'une horizontalisation et d'une socialisation certaines. L'on remarque ainsi que ces deux mouvements jurisprudentiels semblent aller de pair. Mais qu'en est-il alors de l'effet horizontal de droits qui ne nécessitent pas un processus de socialisation ?

SECTION III. – L'APPLICATION HORIZONTALE FLUCTUANTE DES DROITS PROPRES À LA MATIÈRE SOCIALE

Afin de connaître les modalités et la force d'application horizontale des droits propres à la matière sociale, il nous faut savoir quelles libertés sont en substance visées derrière cette catégorie. Dans le cadre de cette étude, même si nous entendons gommer quelque peu la distinction rigide entre la dénomination des droits civils et politiques et celle des droits sociaux, il s'agit tout de même d'observer que l'exercice de certains droits, plus que d'autres, est éminemment relatif à des considérations d'ordre économique et social. L'existence de la Charte sociale européenne le confirme. Des droits de cette nature se remarquent d'autant plus s'agissant des libertés exercées dans le cadre des relations de travail. Ainsi nous estimerons que les droits « intrinsèquement » sociaux, propres à la matière sociale, se

³⁴⁸ *Ibid.*, §§ 33-37.

³⁴⁹ Cour EDH, *Fuentes Bobo*, préc.

³⁵⁰ Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, n° 23883/06.

³⁵¹ *Ibid.*, § 33. V., également en ce sens, Cour EDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, n° 69498/01, § 59.

retrouvent surtout à travers l'exercice de la liberté syndicale et du droit à des conditions de travail dignes et équitables³⁵². Il faut alors considérer que l'horizontalisation de ces droits, pouvant s'avérer être une évidence face à la nature privée d'une part importante d'employeurs, connaît néanmoins des évolutions fluctuantes ne lui permettant pas toujours de véritablement s'affirmer dans les relations professionnelles.

L'application horizontale d'un des aspects du droit à des conditions de travail justes et équitables est le fruit de la jurisprudence *Bauer*, par laquelle la CJUE a reconnu l'effet horizontal direct de l'article 31, § 2, Charte DFUE, qui protège le droit du travailleur aux congés payés. Mais sa postérité n'est pour l'instant pas confirmée, et nous nous en remettons au chapitre relatif à l'application horizontale en fonction des sources pour observer cela³⁵³. Attardons-nous davantage sur l'exercice de la liberté syndicale au sein des litiges privés. Au sein de la Convention EDH et de la Charte DFUE, la liberté syndicale n'est pas consacrée comme un droit indépendant ; elle s'inscrit dans le sillage de la liberté de réunion et d'association, protégée par les articles 11, CEDH, et 12, Charte DFUE. Cette dernière consacre aussi la liberté syndicale en son article 28 dédié au droit de négociation et d'actions collectives. Dans le texte de la Charte sociale européenne, le droit syndical bénéficie d'une protection autonome grâce à l'article 5, et dans une certaine mesure, par l'article 6 qui garantit le droit de négociation collective. Cette liberté revêt en effet plusieurs facettes interdépendantes, tels que le droit de se syndiquer comme de ne pas se syndiquer, le droit de négociation collective ou le droit de grève. Il conviendra de ne pas les analyser séparément tant l'exercice de ces droits s'entremêle. Dans l'ordre juridique de l'Union et dans celui du Conseil de l'Europe, l'application horizontale de ces droits est variable ; la Cour EDH n'assume pas toujours se rapprocher d'une juridiction sociale, tandis que le législateur de l'Union et la Cour de justice restent vigilants envers les libertés économiques.

La Cour EDH a pu reconnaître l'applicabilité horizontale du droit d'association négatif (refus de s'affilier à un syndicat) dans un rapport horizontal à l'occasion de l'arrêt *Gustafsson c/ Suède*³⁵⁴, du 25 avril 1996, sur le fondement de l'article 11, CEDH. Il est intéressant d'observer que la Cour a osé enrichir ce droit par la suite. À l'occasion de son arrêt *Evaldsson e.a. c/ Suède*³⁵⁵, la juridiction a notamment estimé que le droit d'association négatif en cause avait été méconnu sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, protégeant le droit au respect de ses biens. Les requérants, salariés d'une entreprise privée du bâtiment et n'étant affiliés à aucun syndicat, se voyaient prélevés sur leurs salaires des sommes destinées à couvrir les frais de supervision que le syndicat exerçait à l'avantage de tous les salariés. Cependant, aucun mécanisme ne permettait de s'assurer de la destination de ces fonds, et cette absence de transparence conduisait les salariés à supposer que ces prélèvements auraient également servi à financer les activités sectorielles propres au syndicat. La Cour a alors jugé que cette ingérence dans le droit au respect des biens financiers n'était pas proportionnée au vu de l'absence d'un mécanisme permettant aux salariés de contrôler la manière dont était dépensé l'argent versé³⁵⁶. Ainsi l'atteinte à la liberté de ne pas se syndiquer a ici été observée sur un autre fondement que l'article 11, CEDH, ce qui semble renforcer la protection qu'accorde la

³⁵² Nous choisissons de nous centrer sur les droits sociaux dans la sphère de l'emploi, tout en gardant à l'esprit que les droits propres à la matière sociale relèvent de bien d'autres libertés que celles issues de cette acception (droit à la santé, droit à l'instruction, etc.).

³⁵³ V. p. 57-66 de la présente étude.

³⁵⁴ Cour EDH, 25 avril 1996, *Gustafsson c/ Suède*, n° 15573/89.

³⁵⁵ Cour EDH, 13 février 2007, *Evaldsson e.a. c/ Suède*, n° 7525201.

³⁵⁶ *Ibid.*, § 64.

Cour à ce droit. Par la suite, l'arrêt *ASLEF c/ Royaume-Uni*³⁵⁷, est venu reconnaître de manière inédite le droit pour un syndicat de refuser l'adhésion d'un salarié, du fait notamment des idéaux politiques de ce dernier alors contraires à ceux du syndicat. L'affaire était évidemment délicate, la Cour étant en règle générale encline à protéger le droit d'association positif des individus. Or le syndicat demandait à ce que ce droit positif soit limité, au profit de son droit d'association négatif. La Cour a alors donné droit aux requérants, conditionnant tout de même ce refus d'affiliation à de strictes conditions³⁵⁸. Ce litige interindividuel entre un syndicat et un salarié a donc été analysé de près par le juge de Strasbourg, celui-ci consolidant la dimension collective de la liberté syndicale, au moyen du versant négatif de cette liberté. Une telle application horizontale se joue évidemment en la pleine faveur du droit syndical, d'autant que « l'exclusion et la non-admission sont les moyens privilégiés d'affirmer l'existence d'une communauté, en l'occurrence ici la communauté des salariés, et de lui reconnaître une identité à partir de valeurs et d'idéaux partagés³⁵⁹ ».

Mais certains autres droits propres à la matière sociale n'ont pas connu de telles consécutions horizontales, et leur justiciabilité peine encore à véritablement s'imposer. Ainsi du droit de grève, qui a pourtant été qualifié par la Cour comme « l'instrument le plus puissant pour protéger les intérêts professionnels³⁶⁰ » d'un syndicat. La Cour européenne a pu admettre le droit de grève dans le champ d'application de l'article 11³⁶¹, et appliquer incidemment ce droit dans une relation horizontale, notamment à l'occasion de l'arrêt *Wilson c/ Royaume-Uni*³⁶², dans lequel la Cour estime que l'exercice de la liberté syndicale implique que les syndicats puissent faire pression sur l'employeur privé, et ce y compris par la grève, afin de négocier avec lui. Cet arrêt démontre les relations naturelles entre la liberté syndicale, qui englobe le droit de faire grève, lui-même permettant l'exercice du droit de négociation collective. De la sorte, la Cour consacre en fait ces trois libertés. Mis à part cela, relativement peu de jurisprudence en la matière a vu le jour par la suite, et le contentieux notable sur le sujet concerne davantage les limitations controversées du droit de grève de certains emplois essentiels à la continuité du service public³⁶³. L'effet horizontal du droit de grève se retrouve davantage devant le prétoire de la Cour de justice. Mais, là encore, il faut observer que la reconnaissance du droit de grève dans les litiges privés n'est pas univoque. D'une part, si le Traité d'Amsterdam a établi la compétence de l'Union dans le domaine de la politique sociale, l'article consacrant cette nouveauté soustrait de son champ d'application « le droit d'association, le droit de grève et le droit de *lock-out*³⁶⁴ ». Il a fallu attendre la proclamation de la Charte DFUE en 2000 pour que le droit de grève soit consacré dans l'ordre communautaire, mais la formule de l'article 28 de la Charte s'en remet à une application du droit de grève « conformément au droit communautaire et aux législations nationales ».

³⁵⁷ Cour EDH, 27 février 2007, *Associated Society of Locomotive engineers and firemen (ASLEF) c/ Royaume-Uni*, n° 11002/05.

³⁵⁸ *Ibid.*, §§ 41-46.

³⁵⁹ J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, Les incursions de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte, *Rev. dr. travail*, 2008, p. 16.

³⁶⁰ Cour EDH, 27 novembre 2014, *Hirvatski Liječnički sindikat c/ Croatie*, n° 36701/09, § 59.

³⁶¹ Cour EDH, 27 juin 2002, *Fédération des syndicats de travailleurs Offshore e.a. c/ Norvège*, n° 38190/97.

³⁶² Cour EDH, *Wilson, National Union of Journalists e.a. c/ Royaume-Uni*, préc.

³⁶³ V., en ce sens, Cour EDH, 20 novembre 2018, *Ognevenko c/ Russie*, n° 44873/09.

³⁶⁴ L'article 153, TFUE (ex-article 137 TCE), affirme en son premier paragraphe que « l'Union soutient et complète l'action des États membres » en matière sociale. Cependant, son ultime paragraphe dispose : « Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de *lock-out* ».

Suivant la logique dégagée dans l'arrêt *AMS*³⁶⁵, nous pouvons facilement deviner l'absence d'effet direct – et donc d'effet horizontal – qui imprègne cet article. Pour autant, certains auteurs ont pu estimer qu'un effet horizontal fut reconnu au droit de grève, en plus de son caractère de droit fondamental, à l'occasion des arrêts *Viking* et *Laval*. Toutefois, une partie de la doctrine émet des doutes quant à l'application proprement horizontale de cette affaire puisque les relations en cause concernent des groupements davantage que des « particuliers », tels qu'entendus dans le cadre de l'effet horizontal³⁶⁶.

Au-delà, dès qu'il est question de droits sociaux tendant à être invoqués dans des litiges interindividuels, la Cour de justice ne manque pas de se référer aux dites « pratiques nationales » et la Cour européenne de se réfugier derrière la marge d'appréciation des États. L'application horizontale des droits propres au domaine social, tels que ceux relatifs à la liberté syndicale, n'est donc pas toujours des plus visibles, ni des plus efficaces, pour l'effectivité des droits sociaux fondamentaux dans leur ensemble.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

En somme, l'état du droit européen nous donne à voir que l'effet horizontal des droits sociaux dépend de la nature même de ce droit. S'il est certain qu'il s'agit de « droits sociaux », en tant qu'ils servent les objectifs de la justice sociale, il n'en demeure pas moins que ces droits sont, en réalité, de nature distincte. Ainsi le droit à la non-discrimination, s'il est assurément un droit fondamental, est aussi, et peut-être surtout, un principe « pivot », une voie d'accès déterminante à l'effet horizontal d'autres droits fondamentaux. En cela, le droit à la non-discrimination jouit historiquement d'une application horizontale privilégiée. Par ailleurs, et ce notamment dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, nombre de droits sociaux sont en fait des droits civils ayant subi un processus de socialisation, du fait du contexte dans lequel ils s'inscrivent et des objectifs qu'ils poursuivent. Ainsi du droit à la vie privée, de la liberté de conscience et de religion, ou de la liberté d'expression, pour n'évoquer qu'eux. Mais ces droits, s'ils bénéficient d'une application horizontale visible, se confrontent néanmoins à un contrôle de proportionnalité aménagé, qui tend à prendre en compte la marge de manœuvre des États. L'effet horizontal des droits dits intangibles, auxquels on ne saurait admettre des limitations, est en ce sens davantage exploité par la Cour. Enfin, les droits que nous pouvons considérer comme propres à la matière sociale, tel que l'exercice de la liberté syndicale, subissent encore un peu plus la frontière que la Cour européenne s'est chargée de respecter entre les droits civils et les droits sociaux. La législation et la jurisprudence de l'Union européenne n'apparaissent pas véritablement plus enclines à une application horizontale, notamment eu égard à l'absence récurrente du caractère « précis et inconditionnel » de ces droits, indispensable à la reconnaissance d'un effet direct horizontal. Quand la Cour européenne mériterait d'assumer davantage et tel qu'il est le progressisme de sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union ne devrait pas oublier comme un lointain souvenir les jurisprudences *Egenberger* et *Bauer* pour reconnaître l'horizontalité de nouveaux droits sociaux. Face à cette jurisprudence aléatoire, il nous faut sans doute observer, plus précisément encore, que les forces et les faiblesses de l'application horizontale des droits sociaux sont le résultat des relations entretenues entre les particuliers. Il s'agit alors

³⁶⁵ V. CJUE, *AMS*, préc., § 31.

³⁶⁶ P. RODIERE, « Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives », p. 750 in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *op. cit.*

de revenir au cœur du mécanisme de l'effet horizontal : la relation de droit privé.

CHAPITRE II. – L'APPLICATION HORIZONTALE RELATIVEMENT À LA NATURE DES RELATIONS

Les variations de l'effet horizontal relèvent, dans une large mesure, de l'inégalité de puissance constatée entre les relations individuelles. L'application horizontale des droits sociaux est en ce sens fortement tributaire des relations en cause, et du déséquilibre qui les caractérise. Cette fonction n'est en réalité pas propre à l'effet horizontal, mais plus généralement à la théorie des droits de l'homme. Ceux-ci se destinent en effet depuis toujours à la protection du faible contre le fort. Originellement, le fort est incarné par l'État, menaçant de ses abus la vulnérable tranquillité des individus. Ainsi les droits de l'homme étaient-ils pensés de manière à compenser le déséquilibre des forces entre l'État et l'individu. Mais au sein des relations privées elles-mêmes, le postulat était celui d'une égalité parfaite entre les acteurs, dans la mesure où chacun serait doué d'une même capacité d'autonomie et d'autodétermination³⁶⁷. Cette hypothèse a toujours été une fiction, la naissance des syndicats au XIX^e siècle et le mouvement de privatisation à partir des années 70 ne l'ont que confirmé. Le travailleur est dans une situation de subordination économique envers son employeur privé, ce qui ne peut s'observer comme une situation d'égalité. L'intrusion des droits de l'homme dans la sphère privée fut donc nécessaire pour combattre les inégalités de puissance partout où elles se trouvent, ce qui implique, dans une certaine mesure et non sans critiques, d'aborder la perspective des droits de l'homme jusque dans les relations les plus intimes. Celles-ci peuvent effectivement relever d'une situation de subordination, ou tout du moins de dépendance. L'effet horizontal des droits de l'homme, *a fortiori* des droits sociaux, est la traduction même de cette volonté de rééquilibrage. Observons d'abord les tenants de l'application horizontale dans une relation de subordination strictement économique (Section I). Puis, il conviendra de s'intéresser à l'effet horizontal dans le cadre de rapports plus largement sociaux, faisant entrer beaucoup plus de relations interpersonnelles en jeu (Section II).

SECTION I. – LES RELATIONS DE SUBORDINATION ÉCONOMIQUE

Les relations de subordination économique se caractérisent par une situation dans laquelle un acteur se trouve lié dans ses actes par la contrepartie d'une somme d'argent que celui-ci perçoit d'un autre individu. Ces relations concernent particulièrement le rapport entre l'employeur privé et le travailleur³⁶⁸. L'effet horizontal au sein des relations de subordination économique vise donc à appliquer les droits sociaux fondamentaux dans le but d'atténuer, ou mettre fin, à l'asymétrie de nature économique. Tel qu'il ressort de la jurisprudence des Cours européennes, l'effet horizontal se place en effet largement au service du rééquilibrage des relations (I). Et, s'il existe le risque d'un effet pervers lié à une telle application horizontale, celui-ci s'avère limité en pratique (II).

³⁶⁷ V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'Homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ?, *CRIDHO Working Paper*, université catholique de Louvain, 2007/3, p. 2.

³⁶⁸ De telles situations relèvent aussi d'autres types de relations contractuelles comme celle entre un bailleur et un preneur, mais nous avons choisi de centrer notre étude sur la relation entre l'employeur et le travailleur.

I. – L'effet horizontal au service du rééquilibrage des relations asymétriques

Même si l'effet horizontal ne jouira d'aucune application véritablement assumée tant que les Cours ne la théoriseront pas, les jurisprudences européennes sont tout de même remarquables en ce sens qu'elles viennent intégrer une dimension sociale dans des relations privées de nature purement économique, revendiquant expressément qu'une telle opération est rendue nécessaire par l'asymétrie des relations en cause. Dans son arrêt *Max Planck*, la Cour de justice affirme ainsi que « le travailleur doit être considéré comme la partie faible dans la relation de travail, de telle sorte qu'il est nécessaire d'empêcher que l'employeur ne dispose de la faculté de lui imposer une restriction de ses droits. Compte tenu de cette situation de faiblesse, un tel travailleur peut être dissuadé de faire valoir explicitement ses droits à l'égard de son employeur dès lors, notamment que la revendication de ceux-ci est susceptible de l'exposer à des mesures prises par ce dernier de nature à affecter la relation de travail au détriment de ce travailleur³⁶⁹ ». La formulation employée démontre la volonté de la Cour d'appuyer sur la vulnérabilité du travailleur dans sa relation avec l'employeur. Cette position contraste avec les jurisprudences *Viking* et *Laval* et montre que s'opère – cette fois-ci réellement – une transition heureuse vers une plus forte prise en compte des droits sociaux au sein des libertés économiques.

Cette affirmation de l'arrêt *Max Planck* nous invite, par ailleurs, à remarquer que les juges, en appliquant horizontalement des droits fondamentaux à des litiges privés de nature économique, souhaitent aller au-delà de la « superficialité » du consentement donné par la partie faible. En effet – et c'est là une limite majeure à l'application horizontale des droits fondamentaux – chaque individu a la faculté de renoncer lui-même à l'exercice de ses droits fondamentaux. Cette possibilité relève de l'autonomie individuelle et du droit à l'autodétermination. L'autorité publique et le juge ne sauraient contrevenir à cette liberté que dans la stricte mesure où cette renonciation ne s'avère pas libre de contrainte ni éclairée, ou qu'elle se heurte à un intérêt public important³⁷⁰. À ce sujet, la protection de l'individu « contre lui-même » est fortement débattue en doctrine et ne saurait se justifier systématiquement, puisqu'elle comporte le risque d'un paternalisme étatique destructeur des libertés individuelles. Le rôle de l'autorité publique comme celui du juge consiste donc à opérer un équilibre délicat pour déduire de chaque cas d'espèce si le consentement à renoncer à l'exercice d'un droit a été exprimé de manière pleinement libre. Il faut alors constater qu'au sein des relations économiques, la renonciation à l'exercice de ses droits est la plupart du temps biaisée du fait de la situation de dépendance dans laquelle se trouve l'un des acteurs privés. Autrement dit, la partie faible, par exemple le travailleur, se retrouve dans une situation où la domination économique représente pour lui un moyen de pression suffisant pour le conduire à renoncer à son droit, par exemple celui à des conditions équitables de travail ou sa liberté syndicale. Les Cours européennes ont parfaitement saisi ce raisonnement, et l'arrêt *Sørensen et Rasmussen*³⁷¹, rendu par la Grande chambre de la Cour EDH en 2006, est intéressant à ce sujet. L'affaire concernait un candidat à un emploi du secteur privé qui avait été informé, dans le cas où sa candidature serait retenue, que ses conditions de travail seraient régies par un accord conclu entre l'entreprise et un syndicat affilié à la Confédération des syndicats danois. Le requérant avait conclu ledit contrat de travail

³⁶⁹ CJUE, *Max Planck*, préc., § 41.

³⁷⁰ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit international », 2001, pp. 549 et suiv., 606 et suiv.

³⁷¹ Cour EDH, 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c/ Danemark*, n° 52562/99 et n° 52620/99.

et s'aperçut à la lecture de son premier bulletin de salaire qu'il cotisait pour un syndicat auquel il ne souhaitait pas adhérer. Après avoir notifié à son employeur qu'il ne souhaitait pas payer une telle cotisation, il « fut licencié au motif que, n'étant pas membre [d'un syndicat], il ne satisfaisait pas aux conditions requises pour obtenir l'emploi ». La Cour a alors estimé qu'« on ne saurait considérer qu'une personne a renoncé à son droit d'association négatif dans une situation où, sachant que l'appartenance à un syndicat est une condition préalable pour s'assurer un emploi, elle accepte une offre d'emploi malgré son hostilité à la condition imposée³⁷² ». De la sorte, la juridiction prend non seulement en compte l'asymétrie des forces entre les deux opérateurs économiques que sont le travailleur et l'employeur, mais aussi et surtout, la position de subordination dans lequel le premier se trouve vis-à-vis du second. Le renoncement au droit d'association négatif tel que protégé par l'article 11, CEDH, n'a pas été donné de manière libre de contrainte : il résulte d'une pression économique (l'obtention d'un emploi et donc d'un salaire), elle-même induite par le déséquilibre de la relation (l'employeur étant celui qui livre le salaire). De la même manière, et concernant cette fois le droit d'association positif, l'affaire *Wilson*³⁷³ portait sur des modifications de contrats de travail interdisant les activités syndicales pendant les heures de travail et supprimant la représentation et la négociation syndicale, en l'échange d'augmentations salariales. La Cour en a déduit qu'« en permettant aux employeurs d'avoir recours à des incitants financiers pour amener les salariés à renoncer à des droits syndicaux importants, l'État défendeur a manqué à son obligation positive de garantir la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention³⁷⁴ ».

L'application horizontale n'est pas pour autant illimitée dans le cadre de ces relations contractuelles³⁷⁵, ce que la logique de marché adoptée en Europe ne saurait tolérer. Mais il n'en demeure pas moins que les rapports économiques présentent la plupart du temps une asymétrie telle que certains auteurs ont pu parler de relation « quasi verticale »³⁷⁶. Cette expression nous permet de comprendre que la position de domination de certaines personnes ou entités privées s'apparente parfois à celle de la puissance publique, ce qui justifie pleinement que les droits sociaux fondamentaux puissent se déployer au sein des litiges de droit privé mettant en jeu des relations de nature économique.

II. – Les dérives potentielles de l'effet horizontal vis-à-vis des entreprises du numérique

L'application horizontale au sein des relations concernant des opérateurs économiques peut s'avérer problématique eu égard aux entreprises du numérique, celles-ci

³⁷² *Ibid.*, § 56.

³⁷³ Cour EDH, *Wilson, National Union of journalists e.a. c/ Royaume-Uni*, préc.

³⁷⁴ *Ibid.*, § 48.

³⁷⁵ Nous rejoignons sur ce point la classification élaborée par Véronique VAN DER PLANCKE et Nathalie VAN LEUVEN. Les autrices élaborent trois strates différentes d'application horizontale en fonction du pouvoir des parties en relation : les rapports caractérisés par une inégalité absolue des acteurs trouvent une application horizontale intense, quand les rapports régis par le principe de liberté contractuelle trouvent une application horizontale modérée, et les rapports qui ne sont normalement pas sous l'emprise des droits de l'homme comme les relations intimes trouvent une application horizontale faible (V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, *op. cit.*).

³⁷⁶ L'expression est relevée par J. Rondu et provient de D. DITTERT, Droits fondamentaux européens : vers un effet horizontal généralisé ? CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, *Rev. aff. eur.*, 2014, n° 1, p. 182 (J. RONDU, L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 275).

étant à l'origine de la collecte des données personnelles des individus. La relation de subordination n'est plus directe, mais l'asymétrie des forces demeure.

Julie Rondu soulève alors le possible « effet pervers³⁷⁷ » que peut entraîner l'effet horizontal, non pas concernant l'obligation de respect des droits fondamentaux par les entreprises du numérique – ce qui est indispensable – mais eu égard à l'interprétation de ces droits fondamentaux par ces mêmes entreprises du numérique. L'exemple emprunté par l'auteurice est celui du droit au déréférencement. Selon la Cour de justice, un exploitant de moteur de recherche saisi d'une demande de déréférencement par un particulier est chargé de vérifier, *in concreto*, si la donnée personnelle concernée « s'avère strictement nécessaire pour protéger la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à cette page web au moyen d'une telle recherche consacrée à l'article 11 de la Charte³⁷⁸ ». Il est vrai que le droit au référencement n'est pas un droit fondamental consacré en tant que tel³⁷⁹, mais toujours est-il qu'il s'agit d'une prérogative éminemment importante à l'égard des droits fondamentaux. Ainsi des entreprises aussi puissantes que les GAFAM sont en charge de « non seulement interpréter le droit conféré par le droit dérivé à la lumière des droits fondamentaux garantis par la Charte, mais, plus encore, opérer [elles-mêmes] la mise en balance desdits droits³⁸⁰ ». De la sorte, un opérateur économique puissant et non impartial peut se voir conférer un pouvoir qui relève normalement de celui du juge. Cela est d'autant plus alarmant que l'entité privée évalue une situation fortement inégalitaire eu égard au profil des parties en cause. Ce raisonnement peut être étendu à d'autres entreprises, même s'il convient de noter que cette mise en balance des droits fondamentaux ne s'opère pas sans garanties³⁸¹, et que l'application horizontale des droits fondamentaux aux opérateurs du numérique n'est évidemment pas mauvaise en soi.

L'application horizontale au sein des relations économiques est donc un véritable enjeu pour l'effectivité des droits fondamentaux de « la partie faible », c'est-à-dire celui qui ne possède pas la puissance économique. Qu'il s'agisse du particulier face aux GAFAM, ou du travailleur face à l'employeur, la relation de subordination naît du fait que le premier est toujours subordonné à la puissance de décision du second. La jurisprudence prend en compte cette asymétrie et n'hésite pas à imposer le respect des droits sociaux aux personnes privées. La Cour européenne est d'autant plus vigilante qu'elle vérifie *in concreto* si la renonciation aux droits, lorsqu'il est en est une, a été opérée de manière libre de contrainte, ce qui s'avère souvent ne pas être le cas tant l'asymétrie économique représente un moyen de pression. Il faut toutefois être vigilant aux risques qu'implique l'effet horizontal au sein des relations de nature économique ; de par le pouvoir qui leur est confié par le juge européen, les opérateurs privés, particulièrement les entreprises du numérique, peuvent s'ériger en véritables interprètes des droits fondamentaux, ce qui n'est nullement leur responsabilité. Pour autant, ce risque demeure plus faible que le bénéfice que peuvent tirer les particuliers à voir

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 277-278.

³⁷⁸ CJUE, gr. ch., *GC e.a. c/ CNIL*, préc., § 68.

³⁷⁹ Le droit au déréférencement est consacré par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, telle qu'interprétée notamment à l'occasion de l'arrêt *Google Spain*, rendu par la CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, *Google Spain c/ AEPD et Mario Costeja González*, aff. C-131/12.

³⁸⁰ J. RONDU, L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 278.

³⁸¹ Ce type de prérogative confié aux entreprises du numérique est placé sous la surveillance d'une autorité publique de contrôle. V., en ce sens, l'article 28, § 1, de la directive 95/46/CE, préc.

s'introduire la justice sociale au sein de relations économiques privées, espace initialement étanche à l'obligation des droits de l'homme. Cette étanchéité demeure davantage présente s'agissant des rapports proprement sociaux, plus intimes. Au sein des relations de cette nature, l'application horizontale des droits est réelle, mais s'avère plus contestée.

SECTION II. – LES RELATIONS DE SUBORDINATION SOCIALE

Le sociologue Guy Bajoit définit la relation sociale comme un « échange entre deux acteurs, qui éveille chez eux des attentes culturellement définies (ils poursuivent des finalités et ils espèrent des rétributions) et qui se déroule sous des contraintes sociales (ils ont des ressources limitées et chacun tend à dominer l'autre et à se défendre de sa domination). Du même coup, une relation sociale est une forme de coopération (ils mettent leurs ressources et leurs compétences au service des finalités), qui tend nécessairement vers l'inégalité (leurs rétributions dépendent de la place qu'ils occupent dans la relation et de l'emprise qu'ils parviennent à exercer sur l'autre)³⁸² ». Cette approche permet de comprendre d'emblée qu'une relation dénuée de contrainte économique peut aussi être inégalitaire. Il n'est plus de matérialisation d'un quelconque moyen de pression ou d'incitation ; la relation de subordination naît alors de mécanismes plus abstraits, parce que plus intimes. De tels déséquilibres peuvent s'incarner par de la violence physique, ce qui conduit à se questionner sur la nécessité d'imposer le respect des droits de l'homme aux acteurs privés « exerçant leurs relations sociales », ou de sanctionner la puissance publique pour avoir failli à son rôle protecteur des droits de l'homme des personnes relevant de sa juridiction. L'effet horizontal vient ici se placer en nécessaire soutien à la personne « vulnérabilisée » dans sa relation sociale (I). Cependant, il faut observer que l'application des droits de l'homme au sein des rapports privés de nature sociale se confronte davantage à l'autonomie individuelle que s'agissant des rapports de subordination économique (II).

I. – L'effet horizontal au soutien des personnes vulnérables

Pour certains aspects de relations sociales bilatérales, l'effet horizontal est une évidence : on ne saurait arguer d'une valable renonciation à ses droits. On ne saurait évidemment justifier des violences domestiques ou conjugales, une discrimination en raison du handicap, du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'origine ethnique, en tant que renonciation de la victime à ses droits.

L'affaire *Opuz c/ Turquie*³⁸³ est éloquent à ce sujet. Cette affaire concerne les actes de violences et de menaces de mort subis par une mère et sa fille, durant plusieurs années, de la part du mari de cette dernière, lui-même parfois aidé de son père (également mari de la mère de la requérante). Dans cet arrêt aux circonstances dramatiques, la Cour ne se prive pas de faire appel à nombre d'instruments internationaux et européens de lutte contre les violences faites aux femmes. Ce faisant, elle rappelle que la domination masculine dans les relations sociales est un problème systémique et que ses conséquences les plus néfastes doivent être combattues, particulièrement dans la sphère privée, là où se matérialisent les violences conjugales. De manière analogue, la Cour a récemment rappelé que la lutte contre les

³⁸² G. BAJOIT, Le concept de relation sociale, *Nouvelles perspectives en sciences sociales*, vol. 5., n° 1, 2009, p. 51-52.

³⁸³ Cour EDH, *Opuz c/ Turquie*, préc.

discriminations commises par des personnes privées envers des personnes LGBTQ+ relève de la responsabilité publique³⁸⁴, et visibilise ainsi les rapports sociaux inégalitaires.

Aussi, l'affaire *Costello Roberts*³⁸⁵ nous rappelle qu'il était question de châtiments corporels commis par un professeur sur ses élèves. La relation de subordination est aisément identifiable. Si la Cour ne retient pas la violation des articles 3 et 8, CEDH, *in fine* du fait du défaut de gravité des actes commis, elle estime tout de même que l'État britannique est responsable des actes de ce professeur exerçant dans une école privée. La comparaison qu'opère la Cour avec l'arrêt *Tyrer*³⁸⁶, concernant pour sa part les actes de violences commis par des officiers de police sur un détenu, démontre que la Cour souhaite d'une certaine façon, « verticaliser » la relation. Elle compare la relation verticale – et donc déséquilibrée par nature – entre un particulier et la puissance publique, avec celle d'un professeur avec son élève enfant. Certes, il n'est pas question du même type d'inégalité, et la Cour analyse *in concreto* la gravité de la situation, mais il n'en demeure pas moins qu'elle semble prendre en compte les rapports de force inégalitaires en cause.

II. – L'effet horizontal confronté à l'autonomie individuelle

La diffusion horizontale des droits sociaux consacrés par les textes européens ne peut pas aller à l'encontre de son but même : l'effectivité des droits. L'effet horizontal pouvant créer des devoirs individuels, la doctrine reste prudente face à « un excès d'horizontalisation³⁸⁷ » qui conduirait, au nom de la protection des droits de l'homme, à responsabiliser les personnes privées au point que celles-ci perdraient leur liberté. Autrement dit, l'effet horizontal est limité de telle sorte qu'il n'annihile pas, *in fine*, les droits individuels.

Si l'établissement de devoirs individuels est légitimité s'agissant des relations économiques, où le moyen de pression – et donc le déséquilibre – est visible, les devoirs individuels sont davantage décrits s'agissant des relations proprement sociales, particulièrement parce qu'elles touchent à la sphère intime. L'effet horizontal se confronte alors à l'autonomie individuelle.

L'arrêt *KA et AD c/ Belgique*³⁸⁸ du 17 février 2005, témoigne de cette contestation. Les requérants avaient pénalement été condamnés par les juridictions de leur État pour coups et blessures volontaires suite à des pratiques sadomasochistes qui les avaient conduits à commettre des actes d'une extrême violence. Ils soutenaient pourtant que ces actes avaient été commis dans un lieu privé et en cercle très restreint, avec leur consentement, et que les pratiques n'avaient entraîné aucune séquelle définitive. Aux yeux des requérants, l'État belge avait donc violé leur droit à la vie privée protégé par l'article 8, CEDH, puisqu'« il était excessif de leur imposer, dans une sphère aussi intime, le respect du droit à l'intégrité physique et morale d'une personne qui y avait elle-même renoncé³⁸⁹ ». La Cour a jugé, eu égard aux circonstances, « que les autorités nationales étaient en droit de juger que les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection "des droits et libertés d'autrui" au sens de l'article 8,

³⁸⁴ Cour EDH, *Association ACCEPT e.a. c/ Roumanie*, préc.

³⁸⁵ Cour EDH, *Costello Roberts*, préc.

³⁸⁶ Cour EDH, *Tyrer*, préc.

³⁸⁷ V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, p. 16.

³⁸⁸ Cour EDH, 17 février 2005, *KA et AD c/ Belgique*, n° 42758/98 et n° 45558/99.

³⁸⁹ V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, p. 58.

§ 2, de la Convention »³⁹⁰. Elle a notamment observé que le consentement à poursuivre les pratiques n'a pas été respecté tout le long de ces pratiques. Ainsi la Cour ne s'en tient pas à la renonciation apparente au droit à l'intégrité physique et morale ; elle analyse particulièrement l'authenticité du consentement à chaque étape des faits litigieux. Ce litige, au-delà de son issue, montre « la publicisation indésirable de la sphère intime³⁹¹ » à laquelle peut conduire l'effet horizontal³⁹².

Cette contestation de l'effet horizontal est légitime, *a fortiori* lorsqu'il est question de la sphère intime. Dans la conception libérale des droits de l'homme, la notion de devoirs s'imposant aux individus évoque l'ombre dangereuse d'un régime totalitaire, où les personnes se voient imposer des obligations au bénéfice de la collectivité et de la puissance publique, et au détriment de leur individualité. Pour autant, et comme le souligne E. Duymaz, l'effet horizontal des droits fondamentaux consacrés par des textes européens ne peut venir limiter l'exercice privé de libertés qu'au profit d'autres droits et libertés³⁹³. Il ne s'agit donc pas d'imposer des devoirs au nom d'entités abstraites comme l'État, mais au nom d'individus concrets et situés³⁹⁴. Cela est d'autant plus vrai s'agissant des enjeux sociaux, et la Cour européenne le rappelait déjà en 1976³⁹⁵, lorsqu'elle affirmait que des parents ne peuvent manquer à leur obligation d'éducation envers leur enfant en invoquant leur liberté religieuse. Ainsi l'effectivité d'un droit social fondamental tel que le droit à l'instruction, protégé par l'article 2 du Protocole n° 1, CEDH, peut exiger des obligations pour une personne privée, allant jusqu'à limiter en partie une autre liberté, comme sa liberté religieuse.

Au sein des relations sociales, entendues au sens large, l'effet horizontal ne s'opère donc pas sans difficulté. S'il s'avère nécessaire d'appliquer l'obligation du respect des droits de l'homme dans des rapports privés marqués par une inégalité « construite³⁹⁶ », comme c'est le cas entre l'adulte et l'enfant, l'homme et la femme, la personne hétérosexuelle et la personne homosexuelle, il est en revanche plus contestable d'imposer le respect des droits de l'homme dans le cadre de rapports où le lien de subordination n'est pas tangible, et relève de la sphère de l'intime et de la subjectivité. La notion de devoirs individuels se confronte à celle de la renonciation aux droits, l'effet horizontal se confronte à l'autonomie individuelle. Pour autant, on ne saurait trop craindre l'application horizontale des droits sociaux dans la mesure où celle-ci ne s'opère, en fin de compte, qu'au service des individus.

³⁹⁰ Cour EDH, *KA et AD c/ Belgique*, préc., § 87.

³⁹¹ V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, p. 62.

³⁹² La Cour EDH a elle-même condamné une « horizontalisation exacerbée », à l'occasion des arrêts *Dudgeon c/ Royaume-Uni* (22 octobre 1981, n° 7525/76), *Norris c/ Irlande* (26 octobre 1988, n° 10581/83) et *Modinos c/ Chypre* (17 décembre 2001, n° 15070/89), concernant la pénalisation par ces pays d'actes homosexuels entre adultes consentants. La Cour a alors rappelé que la liberté sexuelle appartient aux aspects les plus intimes de la vie privée et qu'elle est en ce sens primordiale, même si elle heurte la sensibilité d'autrui. Elle a ainsi estimé contraires à l'article 8, CEDH, les législations de ces pays.

³⁹³ E. DUYMAZ, *op. cit.*, p. 424-425.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, n° 5095/71, n° 5920/72 et n° 5926/72.

³⁹⁶ L'inégalité est dite « construite » aux sens sociologique et historique du terme.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La relation interindividuelle est au cœur du mécanisme de l'effet horizontal. Davantage encore s'agissant des droits sociaux. En effet, ceux-ci ne sont pas revendiqués de la même façon au sein d'une relation de nature économique, où la liberté des opérateurs du marché a été érigée en norme, qu'au sein des relations de nature proprement sociale, où l'intime constitue une forteresse face à l'obligation des droits de l'homme. En tout état de cause, le dénominateur commun à ces relations interindividuelles au sein desquelles s'introduisent les droits sociaux fondamentaux réside dans le caractère inégalitaire de ces relations. Les droits sociaux du travailleur peuvent se voir facilement lésés dès lors que ce dernier se trouve en position de subordination face à l'employeur. Ces relations asymétriques de nature privée ne sauraient demeurer hermétiques aux considérations sociales. Et si appliquer les droits de l'homme aux entreprises privées peut comporter l'effet pervers de confier à celles-là mêmes qui portent atteinte aux droits des travailleurs l'interprétation des différents intérêts en présence, il n'en demeure pas moins que l'effet horizontal permet, dans une large mesure, de pallier les déséquilibres nés de la relation économique. S'agissant des relations sociales, c'est-à-dire défaites d'une contrainte économique, l'effet horizontal s'avère davantage controversé, notamment eu égard au risque de restreindre les droits et libertés, par l'imposition de devoirs individuels jusque dans les relations les plus intimes. Mais toujours est-il que certaines relations sociales fortement déséquilibrées, débouchant sur des actes de violence ou conduisant à détruire l'exercice de droits sociaux fondamentaux essentiels, nécessitent, malgré leur caractère privé, l'intervention des droits de l'homme. Il faut alors rappeler que la jurisprudence européenne impose le respect des droits de l'homme aux particuliers de manière forcément indirecte ; concrètement, l'individu ne se verra tenu de l'obligation du respect des droits sociaux que par l'intermédiaire des États appliquant le droit supranational.

CONCLUSION DU TITRE II

La force pratique de l'effet horizontal des droits sociaux s'explique évidemment par la substance même des droits et des relations auxquels ils se réfèrent. Ces facteurs conduisent à analyser la jurisprudence et l'état du droit sur le fond. Ainsi il apparaît premièrement que la nature du droit en cause fait varier l'application horizontale. L'on remarque d'emblée que le droit à la non-discrimination jouit d'une place privilégiée dans la mise en œuvre de l'effet horizontal. Cela s'explique certainement par la nature protéiforme d'un tel principe, et du fait que la non-discrimination se rattache directement au concept de dignité humaine. Aussi les droits fondamentaux dits « traditionnels », ayant subi un processus de socialisation naturel du fait du contexte dans lequel ils s'inscrivent, jouissent d'une application horizontale plus visible que les droits proprement sociaux. Là encore, l'application horizontale des droits sociaux se corréle à leur faible justiciabilité. Deuxièmement, c'est la nature de la relation en cause qui fait assurément varier l'effet horizontal, celui-ci étant destiné par principe à pallier les déséquilibres des rapports interindividuels. Ainsi, qu'il s'agisse d'une relation de subordination économique ou d'une relation de subordination sociale, l'application horizontale n'est pas justifiée de la même manière ni avec la même force. Au sein des relations économiques, l'intrusion des droits sociaux dans les litiges privés, concernant particulièrement les relations entre employeur et travailleur, apparaît pleinement légitime aux yeux de la doctrine comme de la jurisprudence européenne, même si celle-ci peine parfois à la consacrer entièrement au vu de la justiciabilité restreinte de certains droits sociaux. Au

sein des relations proprement sociales, l'application horizontale est plus contestée. L'apparition de devoirs individuels fait craindre une trop grande intervention étatique dans la sphère intime, risquant de restreindre les libertés. En tout état de cause, l'effet horizontal des droits sociaux doit se réaliser avec mesure pour rééquilibrer les relations, le contrôle de proportionnalité privatisée étant l'outil principal (quoique délicat) pour cela. Mais on ne saurait trop craindre l'application des droits sociaux fondamentaux au sein des litiges de droit privé ; ce mécanisme est essentiel à la compensation de relations fortement asymétriques, qu'elles soient de nature économique ou proprement sociale.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Le développement de l'effet horizontal des droits sociaux devant les prétoires européens n'est pas un processus linéaire. Il dépend de facteurs épars, que l'on peut néanmoins regrouper sous deux approches : l'une formelle, l'autre substantielle. D'une part, l'application horizontale des droits sociaux dépend en grande partie des sources qui les consacrent et du type de contrôle qui est utilisé pour les garantir au sein des litiges de droit privé. Ces éléments relèvent de facteurs purement formels, qui sont néanmoins déterminants. Particulièrement au sein de l'Union européenne, la justiciabilité complexe des sources est un facteur d'influence certain sur l'application horizontale qui en découle. En effet, un droit social relevant d'un « principe » au sens de la Charte DFUE, ou contenu dans une directive, ne bénéficiera pas d'une application horizontale du fait de l'absence d'effet direct de ce type de dispositions. Mais la combinaison des sources permet au juge de dépasser certains de ces obstacles techniques, et ainsi consacrer l'effet horizontal de droits essentiels à la réalisation de la justice sociale. Quant aux sources du Conseil de l'Europe consacrées à la protection des droits, *a fortiori* des droits sociaux, celles-ci n'influencent l'effet horizontal que dans la mesure où la Convention européenne ne protège normalement pas les droits sociaux, ce que fait la Charte sociale européenne. L'applicabilité horizontale dépendra donc des fonctions distinctes de ces sources. Mais le véritable facteur d'influence du développement de l'effet horizontal au sein du Conseil de l'Europe est surtout celui du contrôle opéré par le juge, particulièrement celui de Strasbourg. La Cour adapte en effet son contrôle à la nature privée du litige, ce qui ne se fait pas sans difficultés. Force est alors de constater que ce contrôle dépend largement du comportement des États, d'une part, car ceux-ci jouissent d'une large marge d'appréciation en matière sociale, et, d'autre part, car les juges de ces États sont ceux-là même qui sont tenus d'interpréter leur droit national conformément au droit européen. Au-delà, un tel contrôle dépend aussi nécessairement des intérêts privés à concilier. Ces facteurs formels ne sauraient néanmoins suffire à expliquer ce qu'il nous est permis d'observer dans la jurisprudence européenne. L'application horizontale des droits sociaux varie aussi en grande partie en fonction de la nature du droit concerné, et en fonction de la nature de la relation que le juge est chargé de rééquilibrer. À ce sujet, le droit à la non-discrimination et les relations de nature économique semblent être respectivement la voie et le contexte les plus utilisés pour consacrer l'effet horizontal des droits sociaux. En somme, il apparaît que ces derniers bénéficient de biais plus ou moins efficaces pour se voir appliquer dans les litiges de droit privé, mais se confrontent encore, dans une large mesure, à la souveraineté étatique, alors d'autant plus légitimée en matière sociale. L'application horizontale des droits sociaux se heurte aussi à la crainte d'une restriction des droits et libertés par l'imposition de devoirs individuels. Les Cours semblent donc avoir saisi ce processus comme devant être mesuré, tout en considérant qu'il n'en était pas moins indispensable afin que « les relations sociales de plus

en plus biaisées par des logiques de marché soient symétriquement “investies” par des règles juridiques fondamentales³⁹⁷ ».

³⁹⁷ V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, p. 62.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Les droits de l'homme ont émergé en considération de la personne humaine comme valeur absolue. La sauvegarde de cette valeur absolue de l'homme semble s'incarner par un concept tout aussi vaste qu'est celui de dignité humaine. Selon les mots du professeur Gregorio Peces-Barba Martinez, les droits de l'homme servent à « orienter l'organisation de la société, et principalement du droit, comme système d'organisation sociale, conformément à la dignité de la personne, pour qu'elle puisse réaliser les contenus qu'identifie cette dignité³⁹⁸ ». Si la dignité possède ainsi un contenu, c'est qu'elle possède un sens. Celui-ci sera toujours relatif aux différentes cultures et aux différents systèmes nationaux et internationaux. Dans le système européen des droits de l'homme, la sauvegarde de la dignité de l'homme fut d'abord pensée comme un système de protection des individus contre les excès de la puissance publique. L'application verticale des droits fondamentaux est apparue ainsi : l'obligation du respect des droits de l'homme incombe aux États, et se réalise à travers leur abstention à intervenir dans la sphère privée. Mais le contenu de la dignité humaine ne peut s'en tenir à la faculté d'exercer librement ses droits : l'homme est un individu situé qui jouira toujours de ses libertés dans un environnement social déterminé. Préserver la dignité de l'homme implique donc aussi de le préserver des atteintes commises par d'autres individus, personnes privées, avec qui il est amené à interagir socialement.

Fondamentaliser les droits de nature sociale et horizontaliser les droits de l'homme était donc nécessaire à cette fin. Ces deux changements de paradigme – qui consistent à accepter aux côtés des droits civils et politiques défensifs des droits sociaux créances, et à responsabiliser les personnes et entités privées au-delà de la seule puissance publique – ne se sont pas opérés sans difficultés. En effet, de tels bouleversements touchent de très près le principe de séparation des pouvoirs et implique de repenser la signification des droits fondamentaux. Les droits sociaux sont encore largement considérés comme des principes programmatiques, et non de véritables prérogatives fondamentales pour l'individu, qui relèveraient de la compétence du législateur démocratiquement élu plutôt que de l'arbitraire du juge. Pour autant, l'avènement de l'effet horizontal des droits sociaux en tant que droits fondamentaux est un processus essentiel à la sauvegarde de la dignité humaine et à la justice sociale, particulièrement dans la mesure où il vient pallier les abus que commettent les puissances privées sur les personnes les plus vulnérables.

Dès la fin des années 50, le mécanisme de l'effet horizontal des droits sociaux a été saisi par les ordres juridiques européens, et notamment par leurs juges. C'est d'abord vis-à-vis des droits fondamentaux constitutionnels que l'application privatisée des droits de l'homme fut décelée, tel que le révèle l'arrêt *Lüth* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Le raisonnement de la *Drittwirkung* fut ensuite déplacé aux droits fondamentaux consacrés à l'échelle européenne. Dès lors, l'effet horizontal des droits sociaux s'est développé à travers différentes sources européennes, leur degré de justiciabilité faisant inévitablement varier la force de l'application privatisée des droits. Aussi l'essor de ce mécanisme est dû au travail qu'a opéré le juge sur ses modalités de contrôle. L'effet horizontal n'implique pas seulement de remodeler théoriquement la relation de l'individu à l'État ; c'est

³⁹⁸ G. PECES-BARBA MARTINEZ, « De la fonction des droits fondamentaux », in *Le patrimoine constitutionnel européen*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1997, tel que cité par M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, 4^e éd., Bruxelles, Nemesis, coll. « Droit et justice », 2012, p. 34.

un bouleversement qui a des conséquences pratiques importantes, et l'aménagement du contrôle de proportionnalité par la CEDH en témoigne. Au-delà, le développement de l'effet horizontal dépend largement du contenu du droit invoqué, certains (les droits issus de la matière civile et politique) ayant historiquement plus de prestance devant les prétoires européens. Mais l'activisme des Cours tend à dépasser cela, et fait émerger une véritable horizontalité propre à la matière sociale. Enfin, il apparaît que la force d'application de l'effet horizontal dépend grandement de l'asymétrie des relations : l'effet horizontal sera davantage nécessaire dès lors que la relation, censée être horizontale entre deux acteurs de même nature, présente en fait un fort déséquilibre au bénéfice de l'un et au détriment de l'autre. La liberté est ainsi repensée comme instrument de non-domination³⁹⁹. La relation entre l'employeur et le travailleur est édifiante à cet égard. L'effet horizontal présente ainsi un fort intérêt en matière économique, où la verticalité des rapports les rend assimilables à une relation entre un individu et la puissance publique.

Aujourd'hui, l'effet horizontal est loin d'être pleinement théorisé, les organes européens de protection des droits adoptant surtout une approche casuistique. Au sein du système de la Convention, les droits sociaux ne sont normalement pas consacrés, et le système de la Charte sociale européenne ne présente pas une justiciabilité complète. Quant au droit de l'Union européenne, la faible justiciabilité des principes de la Charte, et la difficile applicabilité directe des directives demeurent problématiques eu égard au fait que ceux-ci consacrent souvent des droits à caractère social, qui auraient vocation à s'appliquer dans des litiges privés. Ainsi, comme le dit E. Dubout, « au stade actuel de sa jurisprudence, la Cour [de justice] n'est pas encore parvenue à élaborer un véritable ordre [juridique] européen des valeurs sociales⁴⁰⁰ ». Mais il n'en demeure pas moins que celle-ci a amorcé une tentative de systématisation de l'effet horizontal, notamment au travers des arrêts *AMS*, *Mangold* ou *Kücükdeveci*, ce qui traduit la volonté de la Cour de prendre en compte – à défaut de le consacrer systématiquement – l'effet horizontal des dispositions communautaires. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a corrélé l'application horizontale de ses dispositions à la théorie des obligations positives dont elle est l'initiatrice. Cet activisme jurisprudentiel nous incite à rester optimiste quant à l'avenir de l'effet horizontal et son rôle dans l'utilisation du droit au service de la justice sociale.

Enfin, si l'on ne peut ignorer les craintes légitimes à l'effet horizontal des droits sociaux, liées aux risques d'une publicisation excessive de la vie intime conduisant à restreindre les libertés, l'on peut aussi observer dans ce mécanisme une revalorisation certaine du rôle de l'individu dans le fonctionnement des institutions démocratiques, à l'heure où le cadre étatique lui-même est remis en cause dans la protection des droits de l'homme⁴⁰¹.

³⁹⁹ Nous nous référons ici à la théorie républicaine de la liberté, telle que développée par J.-F. LAFAIX (« L'effet horizontal et la théorie républicaine de la liberté », p. 23-42 in T. HOCHMANN et J. REINHARDT (dir.), *op. cit.*).

⁴⁰⁰ La formulation est empruntée à E. Dubout par S. VAN RAEPENBUSCH in P. GOSSERIES et M. MORSA (dir.), *Le droit du travail au XXI^e siècle. Liber Amicorum Claude Wantiez*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 129.

⁴⁰¹ V., en ce sens, J. CHEVALLIER, « Propos introductif » [en ligne], in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2007, p. 16-17, <<http://books.openedition.org/pupo/1382>>, < DOI : <https://doi.org/10.4000/books.pupo.1382>>.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages

• Ouvrages généraux

FAVOREU L., DUFFY-MEUNIER A., FASSASSI I., GAÏA P., LE BOT O., PECH L., PENA A., ROUX A., SCOFFONI G., *Droit des libertés fondamentales*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2021, 978 p.

LEVINET M., *Théorie générale des droits et libertés*, 4^e éd., Nemesis, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2012, 828 p.

MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd., Dalloz, Paris, 2016, 212 p.

PICOD F., RIZCALLAH C. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2020, 1279 p.

SUDRE F. (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 9^e éd., PUF, Paris, 2019, 976 p.

SUDRE F. (dir.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 15^e éd., PUF, coll. Droit fondamental, Paris, 2021, 1013 p.

• Ouvrages spéciaux

BEC C., *De l'État social à l'État des droits de l'homme ?*, coll. Res Publica, Rennes, 2007, 237 p.

BIOY X., *Le concept de la personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, 913 p.

BON P., MAUS D. (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, Paris, 2008, 808 p.

CARPANO E., MARTI G. (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne*, Presses universitaires de Rennes, coll. Droits européens, Rennes, 2019, 374 p.

CHEVALLIER J., *L'État de droit*, LGDJ, 6^e éd., 2017, 158 p.

COLAS D. (dir.), *L'État de droit*, PUF, coll. Questions, Paris, 1987, 254 p.

DUMONT H., OST F., VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 544 p.

FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, coll. Droit international, Bruxelles, 2001, 752 p.

GAUCHET M., *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, Paris, 1989, 341 p.

GOSSERIES P. et MORSA M. (dir.), *Le droit du travail au xx^e siècle. Liber Amicorum Claude Wantiez*, 1^{re} éd., Larcier, Bruxelles, 2015, 1005 p.

HOCHMANN T. et REINHARDT J. (dir.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Pedone, Paris, 2018, 216 p.

ILIOPOULOU-PENOT A. et XENOU L., (dir.), *La Charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen ?*, Bruylant, Bruxelles, 2020, 309 p.

LETSAS G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, 145 p.

LOCHAK D. (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses univ. de Paris 10, 2006, 250 p.

MIGUEL HERRERA C., *Les droits sociaux*, 1^{re} éd., PUF, Paris, 2009, 127 p.

MONTANÉ DE LAROQUE P., *L'inertie des pouvoirs publics*, Imprimerie moderne, 1950, 546 p.

MOUNIER E., *Le personnalisme*, 2^e éd., PUF, 2016, 139 p.

- ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Pedone, Paris, 2012, 460 p.
- SUDRE F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 1998, 354 p.
- TEITGEN-COLLY C., *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis/Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2002, 322 p.
- TINIÈRE R. et VIAL C. (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruylant, Bruxelles, 2015, 414 p.

2. Articles

- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vue par le Conseil d'État », *RFDA*, 1998, p. 978.
- BAJOIT G., « Le concept de relation sociale », *Nouvelles perspectives en sciences sociales*, vol. 5., n°1, 2009, p. 51-52.
- CARPANO E., « Les personnes physiques en droit européen. Analyse comparée du droit européen des droits de l'homme et du droit communautaire », *Ann. dr.eur.*, vol. 3, Bruylant 2005, p. 7-31.
- FERCOT C., « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français », *RFDC*, PUF, 2007, p. 639-665.
- FRANTZIOU E., "The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the UE: Rediscovering the Reasons for Horizontality", *European Law Journal*, Vol. 21, Nov. 5, September 2015, p. 657-679.
- FRANTZIOU E., "The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22, Cambridge University Press, 2020, p. 208-232.
- LAFAILLE F., « Convention européenne des droits de l'homme et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie normative », *RDP*, 2009, p. 1137-1154.
- LAROQUE P., "La Charte sociale européenne", *Droit social*, 1979, p. 100-199.
- MARGUÉNAUD J.-P., « La délimitation par la Cour de Strasbourg du domaine de 'l'effet horizontal' de la CEDH », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz 1999, p. 498.
- MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J., « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte. *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2008, p. 16.
- NIVARD C., « Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en France », *Europe des Droits & Libertés*, mars 2020/1, p. 87-96.
- PLATON S., « L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière », *Revue de l'Union européenne*, Dalloz, 2015, p. 33.
- ROBIN-OLIVIER S., « Sur quelques usages récents des droits et libertés fondamentaux », *Droit social*, Dalloz, 2019, p. 509.
- SCHULZE-FIELITZ H., « L'arrêt Lüth – 50 ans après », *Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales, JURA*, 1/2008, p. 52-57.

3. Dictionnaires juridiques

- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., RIALS S., MARGUÉNAUD J.-P. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, 1^{re} éd., PUF, 2008, 1074 p.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2020, 1091 p.
- SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, coll. Universités francophones, Bruxelles, 2001, 1198 p.

4. Thèses

DUYMAZ E., *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme*, th dactyl., Université Jean Moulin Lyon 3, 2011.

MOUTEL B., *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, th. dactyl, Université de Limoges, 2006.

NIVARD C., *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 807 p.

5. Sources électroniques

BUTT M.-E., KÜBERT J., SCHULTZ C.-A., *Droits sociaux fondamentaux en Europe*, Parlement européen, novembre 1999. <https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_fr.pdf>

NIVARD C., « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *RDLF*, 2012, chr. n° 28. <<http://www.revuedlf.com/cedh/leffet-direct-de-la-charte-sociale-europeenne-article/>>

VAN DER PLANCKE V. et VAN LEUVEN N., *La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'Homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ?*, CRIDHO Working Paper, Université catholique de Louvain, 2007/3. <<https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2007-3.pdf>>

6. Documents officiels

- **Conseil de l'Europe**

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950, STE n° 5.

Charte sociale européenne (révisée), Strasbourg, 3 mai 1996, STE n°163.

Règlement du Comité européen des droits sociaux, 29 mars 2004.

- **Union européenne**

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Rome, 25 mars 1957.

Traité sur l'Union européenne, Maastricht, 1^{er} novembre 1993.

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 19 octobre 2000.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Cologne, 18 décembre 2000.

Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 déc. 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services.

LISTE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

1. Jurisprudences européennes

• Cour européenne des droits de l'homme

Arrêts :

Cour EDH, Req. n°1474/62, n° 1677/62, n° 1691/62, n° 1769/63, n° 1994/63, n° 2126/64, 9 février 1967, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*

Cour EDH, Cour plén., Req. n°4451/70, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 5310/71, 25 janvier 1976, *Irlande c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 5614/72, 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*

Cour EDH, Req. n° 5095/71, n° 5920/72, n° 5926/72, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*

Cour EDH, Req. n° 5856/72, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 6289/73, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*

Cour EDH, déc., Req. n° 7601/76 et n° 7806/77, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 7906/77, 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgique*

Cour EDH, Req. n° 8919/80, 23 novembre 1983, *Van der Mussele c. Belgique*

Cour EDH, Req. n° 8978/80, 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*

Cour EDH, Req. n° 9214/80, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 8793/79, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 9697/82, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*

Cour EDH, Req. n° 10465/83, 24 mars 1988, *Olsson c. Suède (n°1)*

Cour EDH, Req. n° 44306/82, 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte für das Leben »*

Cour EDH, Req. n° 12849/87, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*

Cour EDH, Req. n° 13134/87, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 12875/87, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*

Cour EDH, Req. n° 17851/91, 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne*

Cour EDH, Req. n° 20166/92, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 15573/89, 25 avril 1996, *Gustafsson c. Suède*

Cour EDH, Req. n° 14025/88, 7 août 1996, *Zubani c. Italie*

Cour EDH, Req. n° 17371/90, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*

Cour EDH, Req. n°30108/96, 22 octobre 1996, *Botta c. Italie*

Cour EDH, Req. n° 29107/95, 9 avril 1997, *Stedman c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 23452/94, 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*

Cour EDH (GC), Req. n° 25088/94, n°28331/95, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*

CEDH, Req. n° 33290/96, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*

Cour EDH, Req. n° 24406/97, 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*

Cour EDH, Req. n° 39293/98, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*

Cour EDH, Req. n° 23144/93, 16 mars 2000, *Özgür Gündem c. Turquie*

Cour EDH, Req. n° 27238/95, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*

Cour EDH (GC), Req. n° 2392/95, 10 mai 2001, *Z. et autres c. Royaume-Uni*

Cour EDH (GC), Req. n° 25781/94, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*

Cour EDH, Req. n° 24699/94, 28 juin 2001, *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*

Cour EDH, Req. n° 32967/96, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*

Cour EDH, Req. n° 53176/99, 7 février 2002, *Mikulić c. Croatie*

Cour EDH, Req. n° 48939/99, 18 juin 2002, *Öneryildiz c. Turquie*

Cour EDH, Req. n° 30668/96, 2 juillet 2002, *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 38719/97, 10 octobre 2002, *D.P. et J.C. c. Royaume-Uni*

Cour EDH, déc., Req. n° 58341/00, 7 novembre 2002, *Madsen c. Danemark*

Cour EDH, Req. n° 39339/98, 8 avril 2003, *M.M. c. Pays-Bas*

Cour EDH, Req. n° 44306/98, 6 mai 2003, *Appleby et autres c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 35968/97, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*

Cour EDH, Req. n° 39272/98, 4 décembre 2003, *M.C. c. Bulgarie*

Cour EDH, Req. n° 42758/98 et n° 45558/99, 17 février 2005, *K.A. ET A.D. c. Belgique*

Cour EDH, Req. n° 73316/01, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*

Cour EDH, Req. n° 52562/99 et n° 52620/99, 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*

Cour EDH, Req. n° 60796/00, 11 avril 2006, *Cabourdin c. France*

Cour EDH, Req. n° 65731/1, n° 65900/1, 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 76900/01, 29 juin 2006, *Öllinger c. Autriche*

Cour EDH, Req. n° 7525201, 13 février 2007, *Evaldsson et autres c. Suède*

Cour EDH, Req. n° 11002/05, 27 février 2007, *Associated Society of Locomotive engineers and firemen (ASLEF) c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 62617/00, 3 avril 2007, *Copland c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 52435/99, 12 avril 2007, *Ivanova c. Bulgarie*

Cour EDH, Req. n° 40116/02, 31 mai 2007, *Šečić c. Croatie*

Cour EDH (GC), Req. n° 26565/05, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 34503/97, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*

Cour EDH, Req. n° 23883/06, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*

Cour EDH, Req. n° 31276/05, 3 février 2009, *Women On Waves et autres c. Portugal*

Cour EDH, Req. n° 33401/02, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*

Cour EDH, Req. n° 67336/01, 30 juillet 2009, *Danilenkov et autres c. Russie*

Cour EDH, Req. n° 28389/06, 8 décembre 2009, *Aguilera Jiménez et autres c. Espagne*

Cour EDH, Req. n° 48420/10, n° 36516/10, n° 51671/10, n° 59842/1, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 36701/09, 27 novembre 2014, *Hrvatski Liječnički sindikat c. Croatie*

Cour EDH, Req. n°44873/09, 20 novembre 2018, *Ognevenko c. Russie*

Cour EDH, Req. n° 19237/16, 1^{er} juin 2021, *Association ACCEPT et autres c. Roumanie*

Décisions :

Cour EDH, Req. n°7601/76, n°7806/77, déc., 13 août 1981, *Young James, et Webster c. Royaume-Uni*

Cour EDH, Req. n° 40772/98, déc., 20 octobre 1999, *Pančenko c. Lettonie*

Cour EDH, Req. n°38681/97, déc., 14 mai 2002, *Jitka Zehnalová et Otto Zehnal c. République Tchèque*

Cour EDH, Req. n° 38190/97, déc., 27 juin 2002, *Fédération des syndicats de travailleurs Offshore et autres c. Norvège*

Cour EDH, Req. n° 46210/99, déc., 9 mars 2004, *Wretlund c. Suède*

Cour EDH, Req. n° 56550/00, déc., 11 avril 2006, *Molka c. Pologne*

- **Comité européen des droits sociaux**

CEDS, Réclam. n° 1/1998, 10 septembre 1999, *CIJ c. Portugal*

CEDS, Réclam. n° 7/2000, 5 décembre 2000, *FIDH c. Grèce*

CEDS, Réclam. n°12/2002, 15 mai 2003, *Confédération des entreprises suédoises c. Suède*

CEDS, Réclam. n° 21/2003, 7 décembre 2004, *Organisation mondiale contre la torture c. Belgique*

CEDS, Réclam. n° 27/2004, 7 décembre 2005, *Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. Italie*

- **Cour de justice des Communautés européennes/de l'Union européenne**

CJCE, Aff. 26/62, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*

CJCE, Aff. 6-64, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*

CJCE, Aff. 29/69, 12 novembre 1969, *Stauder*

CJCE, Aff. 11/70, 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft*

CJCE, Aff. 4/73, 14 mai 1974, *Nold*

CJCE, Aff. 36-74, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. Association Union cycliste internationale*

CJCE, Aff. 36-75, 28 octobre 1975, *Rutili*

CJCE, Aff. 43-75, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c. SA Sabena*

CJCE, Aff. 106/77, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. SA Simmenthal*

CJCE, Aff. C-283/83, 13 novembre 1984, *Firma A. Racke c. Hauptzollamt Mainz*

CJCE, Aff. C-152/84, 26 février 1986, *Marshall*

CJCE, Aff. jtes. C-6/90 et C-0/90, 19 novembre 1991, *Francovich*

CJCE, Aff. C-91/92, 14 juillet 1994, *Faccini Dori c. Recreb*

CJCE, n° C-281/98, 6 juin 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*

CJUE, Aff. C-144-04, 22 novembre 2005, *Mangold c. Helm*

CJUE, Aff. C-438/05, 11 décembre 2007, *Viking*

CJUE Aff. C-341/05, 18 décembre 2007, *Laval*

CJUE, Aff. C-555/07, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci c. Swedex*

CJUE, Aff. C-282/10, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*

CJUE, Aff. C-176/12, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT e.a.*

CJUE, C-356/12, 22 mai 2014, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*
CJUE (GC), Aff. C-441/14, 19 avril 2016, *Dansk Industri*
CJUE, Aff. C-547/14, 4 mai 2016, *Philipp Morris c. Secretary of State for Health*
CJUE, Aff. C-157/15, 14 mars 2017, *Samira Achbita et autres c. G4S Secure Solution*
CJUE, Aff. C-188/15, 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme c. Micropole SA*
CJUE, Aff. C-414/16, 17 avril 2018, *Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*
CJCE, aff. C-122/17, 7 août 2018, *David Smith c. Patrick Mead et autres*
CJUE, (GC), Aff. jtes C-569/16 et C-570/16, 6 novembre 2018, *Bauer*
CJUE (GC), Aff. C-684/16, 6 novembre 2018, *Max Planck*
CJUE, Aff. C-193/17, 22 janvier 2019, *Cresco Investigation*
CJUE, Aff. C-49-18, 7 février 2019, *Vindel*
CJUE, Aff. C-24/17, 8 mai 2019, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*
CJUE (GC), Aff. C-136/17, 24 septembre 2019, *GC et autres c. CNIL*
CJUE, Aff. C-609/17, 19 novembre 2019, *TSN*
CJUE, Aff. C-624/19, 3 juin 2021, *K. et autres c. Tesco Stores*

2. Jurisprudences nationales

• Conseil d'État français

Cons. État, n° 37772 et 27774, 20 avril 1984, *Valton et Crépeaux*
Cons. État, ass., n° 200286 200287, 30 octobre 1998, *M. Sarran et M. Levacher et autres*
Cons. État, n° 238349, 28 novembre 2003, *Commune de Moissy Cramayel*

• Cour de cassation française

Cass. soc., n° 94-40.755, 12 janvier 1999, *Spileers c. SARL Omni Pac*
Cass. soc., n° 00-44148, 24 avril 2001, *Association Être enfant au Chesnay c. Terki*
Cass. soc., n°92-44.203, 17 décembre 1996
Cass. crim., n° 09-82.017, 12 novembre 2009
Cass. soc., n° 09-60426 et 09-60429, 14 avril 2010
Cass. soc., n° 09-72856, 10 novembre 2010
Cass. soc., n° 10-19113, 28 septembre 2011

• Tribunaux supérieurs de justice espagnols

TSJ Iles Canaries :
TSJ Iles Canaries, Rec. n° 581/2015, 28 janvier 2016
TSJ Iles Canaries, Rec. n° 1300/2016, 1^{er} janvier 2017
TSJ Iles Canaries, Rec. n° 533/2019, 27 août 2019
TSJ Iles Canaries, Rec. n° 1429/2019, 14 février 2020

TSJ Catalogne :

TSJ Catalogne, Rec. n° 5532/2019, 17 janvier 2020

- **Juge de l'ordre social**

Sentence n° 412, Rec. n° 426/2013, 19 novembre 2013, Juge de l'ordre social n°2 de Barcelone

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	5
LISTE DES SIGLES, ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES.....	6
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	9
PREMIÈRE PARTIE. – LES FONDEMENTS DE L’EFFET HORIZONTAL DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX : LA QUESTION D’UNE LÉGITIMITÉ IDÉOLOGIQUE ET TECHNIQUE	17
TITRE I. – LA FONDAMENTALISATION DES DROITS SOCIAUX	17
CHAPITRE I. – LES DROITS SOCIAUX COMME DROITS DE L’HOMME.....	17
SECTION I. – LES OBSTACLES CONCEPTUELS À LA FONDAMENTALITÉ DES DROITS SOCIAUX	17
I. – Une dénaturation du rôle de l’État comme obstacle constitutionnel.....	18
II. – Une dénaturation des droits fondamentaux comme obstacle philosophique	20
A. – <i>La méconnaissance des théories des droits fondamentaux</i>	20
B. – <i>La banalisation de la notion de droit fondamental</i>	22
SECTION II. – LES JUSTIFICATIONS À LA FONDAMENTALITÉ DES DROITS SOCIAUX	23
I. – La dignité de la personne humaine comme fondement axiologique.....	23
II. – L’État social comme fondement politique	27
CONCLUSION DU CHAPITRE I	29
CHAPITRE II. – LES DROITS SOCIAUX COMME DROITS JUSTICIALES.....	30
SECTION I. – L’IDENTIFICATION DES DROITS SOCIAUX COMME DROITS SUBJECTIFS	30
I. – Une protection à tendance juridictionnelle des droits sociaux au sein du Conseil de l’Europe ...	30
A. – <i>La juridictionnalisation de la Charte sociale européenne</i>	30
1. – La juridictionnalisation statutaire du CEDS.....	31
2. – La juridictionnalisation procédurale du CEDS	32
B. – <i>La socialisation de la Convention européenne des droits de l’homme</i>	33
II. – La justiciabilité émergée des droits sociaux dans l’Union européenne	34
A. – <i>Une protection indirecte des droits sociaux</i>	35
B. – <i>Une protection directe des droits sociaux</i>	36
SECTION II. – LA JUSTICIABILITÉ LIMITÉE DES DROITS SOCIAUX	37
I. – Des modes d’invocabilité variables des droits sociaux	37
II. – Une justiciabilité circonscrite à la compétence organique	38
CONCLUSION DU CHAPITRE II	39
CONCLUSION DU TITRE I	40
TITRE II. – L’HORIZONTALISATION DES DROITS FONDAMENTAUX	41
CHAPITRE I. – L’HORIZONTALISATION INDIRECTE DES DROITS FONDAMENTAUX	41
SECTION I. – LE RÉGIME CLASSIQUE DES INGÉRENCES ACTIVES	42
SECTION II. – LA THÉORIE DES OBLIGATIONS POSITIVES	44
1. – <i>L’effectivité comme fondement des obligations positives</i>	44
2. – <i>Les obligations positives comme fondement de l’effet horizontal indirect</i>	46
3. – <i>Les obligations positives comme outil pour les droits sociaux</i>	47
CONCLUSION DU CHAPITRE I	48
CHAPITRE II. – L’HORIZONTALISATION DIRECTE DES DROITS FONDAMENTAUX.....	49
SECTION I. – L’APPLICABILITÉ DIRECTE DU DROIT EUROPÉEN DANS L’ORDRE INTERNE	49
SECTION II. – LA PRIMAUTÉ DE L’ORDRE EUROPÉEN SUR L’ORDRE INTERNE	53
CONCLUSION DU CHAPITRE II	55
CONCLUSION DU TITRE II	55
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	56
DEUXIÈME PARTIE. – LA FORCE PRATIQUE DE L’EFFET HORIZONTAL DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX : UNE REALITÉ MODÉRÉE	57

TITRE I. – L’APPLICABILITÉ HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX D’UN POINT DE VUE FORMEL ..	57
CHAPITRE I. – L’APPLICATION HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX EN FONCTION DES SOURCES	57
SECTION I. – UNE APPLICATION HORIZONTALE VARIABLE AU SEIN DU DROIT ORIGINEL DES TRAITÉS...	58
I. – L’éclatement des sources au sein de l’Union européenne	58
II. – Les fonctions distinctes des sources au sein du Conseil de l’Europe	62
SECTION II. – UNE APPLICATION HORIZONTALE VARIABLE AU SEIN DU DROIT DÉRIVÉ DES TRAITÉS	63
I. – Le dépassement prétorien des obstacles initiaux	64
II. – Un activisme prudent.....	64
CONCLUSION DU CHAPITRE I	66
CHAPITRE II. – L’APPLICATION HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX EN FONCTION DU CONTRÔLE OPÉRÉ PAR LE JUGE	66
SECTION I. – UN CONTRÔLE DÉPENDANT DU COMPORTEMENT DES ÉTATS	67
I. – Une forte marge nationale d’appréciation	67
II. – L’interprétation conforme du juge interne	69
SECTION II. - UN CONTRÔLE TRIBUTAIRE DE LA CONCILIATION DES INTÉRÊTS PRIVÉS	71
I. – Le contrôle de proportionnalité remodelé dans les relations privées	71
II. – Le contrôle délicat de la conciliation des intérêts sociaux.....	72
CONCLUSION DU CHAPITRE II	74
CONCLUSION DU TITRE I	75
TITRE II. – L’APPLICABILITÉ HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX D’UN POINT DE VUE SUBSTANTIEL	76
CHAPITRE I. – L’APPLICATION HORIZONTALE RELATIVEMENT À LA NATURE DU DROIT EN CAUSE	76
SECTION I. – L’INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION COMME VOIE PRIVILÉGIÉE À L’APPLICATION HORIZONTALE DES DROITS SOCIAUX	76
I. – La non-discrimination comme vecteur d’intégration des droits sociaux en Europe.....	77
II. – L’application favorisée du principe de non-discrimination dans le cadre de rapports sociaux privés	80
SECTION II. – L’APPLICATION HORIZONTALE VISIBLE DES DROITS CIVILS « SOCIALISÉS »	82
I. – L’application horizontale des droits intangibles face à l’inaction des services sociaux envers les actes de violence privés.....	82
II. – L’application horizontale des droits conditionnels face au contrôle de « proportionnalité privatisée »	83
SECTION III. – L’APPLICATION HORIZONTALE FLUCTUANTE DES DROITS PROPRES À LA MATIÈRE SOCIALE	86
CONCLUSION DU CHAPITRE I	89
CHAPITRE II. – L’APPLICATION HORIZONTALE RELATIVEMENT À LA NATURE DES RELATIONS	90
SECTION I. – LES RELATIONS DE SUBORDINATION ÉCONOMIQUE	90
I. – L’effet horizontal au service du rééquilibrage des relations asymétriques	91
II. – Les dérives potentielles de l’effet horizontal vis-à-vis des entreprises du numérique	92
SECTION II. – LES RELATIONS DE SUBORDINATION SOCIALE	94
I. – L’effet horizontal au soutien des personnes vulnérables	94
II. – L’effet horizontal confronté à l’autonomie individuelle	95
CONCLUSION DU CHAPITRE II	97
CONCLUSION DU TITRE II	97
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	98
CONCLUSION GÉNÉRALE	100
BIBLIOGRAPHIE	102
TABLE DES MATIÈRES	110