

**En tant que clé de voûte
du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne
la Charte demande une application large et décentralisée.**

Prof. Dr. Jörg Gerkrath, professeur en droit européen à l'Université du Luxembourg

Le domaine de la protection des droits fondamentaux illustre à merveille la nature pluraliste du droit constitutionnel européen. Ce pluralisme des instruments constitutionnels et des catalogues des droits et des libertés se reflète notamment dans le respect, dû par l'Union, à « l'identité constitutionnelle » de ses États membres (article 4 (2) TUE), dans l'énumération des différentes sources des droits fondamentaux à l'article 6 TUE et, *last but not least*, dans la clause relative au « niveau de protection » qui figure à l'article 53 de la Charte. Celle-ci peut en effet se comprendre comme un vibrant appel au dialogue des juges. Appel qui est adressé aux juridictions européennes, constitutionnelles ou suprêmes qui seront amenés à interpréter les droits fondamentaux contenus tant dans la Charte que dans le droit de l'Union, dans la CEDH et d'autres conventions internationales ou encore dans les constitutions des États membres. A ce titre, l'article 53 de la Charte est certainement l'expression d'une vision pluraliste du droit constitutionnel européen en général et des droits fondamentaux en Europe en particulier.¹

Nous assistons en effet à l'édification d'un espace européen des droits fondamentaux.² Celui-ci met en présence non moins de trente et un catalogues distincts des droits et libertés, dont trente écrits et un d'origine prétorienne. Il s'agit bien évidemment des vingt-huit instruments nationaux régissant la protection des droits fondamentaux au sein des États membres de l'Union, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH), des droits fondamentaux reconnus par la jurisprudence de la Cour de justice en tant que principes généraux du droit de l'Union et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDF).

La consécration de cette dernière comme première source des droits fondamentaux ayant « la même valeur juridique que les traités » par effet de l'article 6 (1) TUE est à cet égard significatif. Si la Charte doit naturellement s'insérer dans cet espace émergent, il y a de bonnes raisons pour qu'elle y occupe une place centrale et constitue pour ainsi dire la clé de voûte de l'édifice. La protection des droits fondamentaux dans l'Union, largement réalisée par voie prétorienne, se trouve pour ainsi dire « couronnée » par leur codification dans la Charte.³

Comme l'a exprimé Leonard Besselink dans son rapport général à la conférence annuelle de la FIDE en 2012, « la soumission de l'exercice de toute puissance publique au respect des droits fondamentaux constitue une caractéristique

¹ Cf. en ce sens Koen LENAERTS, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, Europarecht, 2012, 47 (1), pp. 3-17, spéc. p. 15 ; du même auteur, Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights, EuConst 2012, p. 375 ss.

² Expression empruntée à Viviane REDING, Discours prononcé le 18 février 2010 à Interlaken, Towards a European Area of Fundamental Rights: The EU's Charter of Fundamental Rights and Accession to the European Convention of Human Rights, Speech/10/33.

³ Cf. Thomas VON DANWITZ, Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nach der Charta der Grundrechte, in Staatsrecht und Politik, Festschrift für Roman Herzog, Beck, München 2009, p. 19.

primordiale du constitutionnalisme ». Ainsi l'importance accordée aux droits fondamentaux « détermine la nature constitutionnelle de l'Union européenne ».⁴ Alors que le développement de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union constitue un vecteur important de sa constitutionnalisation, cette évolution révèle en même temps toute la complexité d'un espace constitutionnel européen qui doit obéir à un certain nombre de principes fondamentaux sans lesquels on assisterait sur la scène européenne à une véritable cacophonie des droits de l'homme. Parmi ces principes fondamentaux figurent nécessairement la coexistence des instruments en présence, ainsi que la détermination de leur champ d'application respectif.

La consécration d'une protection prétorienne des droits fondamentaux au sein des Communautés, d'abord, et dans l'Union, ensuite, a été avant tout réalisée pour soumettre l'exercice de pouvoirs « supranationaux » à un contrôle équivalent à celui qui est assuré de longue date au sein des États membres. A l'instar de la citoyenneté de l'Union, les droits fondamentaux « communautaires » sont ainsi destinés à compléter les droits fondamentaux reconnus au niveau national et non pas à les remplacer.

Dans la mesure où la Charte s'adresse, en premier lieu, « aux institutions, organes ou organismes de l'Union » et seulement, en second lieu, aux États membres et ceci « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union », cet instrument est essentiellement destiné à assurer la protection des droits fondamentaux vis-à-vis des institutions et face au droit de l'Union. L'Union n'est donc pas transformée en une organisation des droits de l'homme. Ses actes sont soumis aux droits de l'homme reconnus dans la Charte comme les actes émanant des puissances publiques nationales sont d'ores et déjà soumis aux déclarations et catalogues figurant dans les constitutions nationales et subsidiairement à la CEDH. La Charte complète ce tissu de normes en tant qu'instrument spécifiquement dédié au contrôle de la conformité aux droits fondamentaux des actes adoptés par les institutions de l'Union et mis en œuvre par les autorités nationales.

Cet état de choses, pour conforme qu'il soit à la logique de l'intégration européenne, à la répartition des compétences et à la séparation verticale des pouvoirs entre Union et États membres, risque cependant de décevoir les attentes légitimes des citoyens de l'Union. Le préambule de la Charte ne dispose-t-il pas dans son second alinéa que l'Union « place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, sécurité et de justice » ? Ne faut-il pas en déduire que les citoyens de l'Union peuvent légitimement s'attendre à ce que les droits de la Charte leur soient reconnus lorsqu'ils se trouvent à l'intérieur de cet espace ?

La Commission européenne se montre consciente des besoins d'information des citoyens en matière de voies de recours existantes : à défaut, ils risqueraient de frapper à la « mauvaise porte ».⁵ Elle signale ainsi dans son rapport 2011 sur l'application de la Charte que la compréhension des citoyens est la moins claire « sur la question de savoir si la Charte s'applique à toutes les actions des États membres, y

⁴ Leonard F.M. BESSELINK, The protection of Fundamental rights post-Lisbon. The interaction between the EU Charter of Fundamental rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions, rapport général, FIDE 2012, p. 1, www.fide2012.eu.

⁵ Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne, COM(2010) 573 final du 19 octobre 2010, p. 11.

compris dans les domaines qui relèvent de la compétence nationale ».⁶ En raison d'une invocation grandissante de la Charte en justice, le nombre de questions préjudicielles adressées par les juridictions nationales à la Cour à ce sujet est également en forte croissance.⁷ Il y a donc un besoin de clarification quant à la manière dont la Charte va coexister avec les autres sources de droits fondamentaux, afin de compléter la protection des citoyens.

Une illustration de cette complémentarité de la Charte par rapport à la protection nationale des droits fondamentaux est fournie par le traitement des Roms en France au cours de l'été 2010. Comme le suggère Viviane Reding, on peut en effet dissocier deux volets de cette affaire.⁸ En ce qui concerne l'expulsion collective de Roms, majoritairement de nationalité roumaine et bulgare, du territoire français, il est aisé d'y voir une mesure affectant leur liberté de circulation garantie par le droit de l'Union. Par conséquent la Commission européenne a pu exiger que les droits fondamentaux de la Charte soient respectés, y compris l'interdiction des expulsions collectives figurant à l'article 19 (1). En ce qui concerne par contre la possibilité de procéder à la dissolution forcée de certains campements illicites de Roms sur le territoire français, seul le Conseil constitutionnel a pu en apprécier la non-conformité au regard des droits et libertés constitutionnellement garantis, dans sa décision du 10 mars 2011.⁹ Ce second volet a échappé à l'emprise de la Charte et de la Commission en ce qu'il ne présentait apparemment aucun lien avec le droit de l'Union. Reste à savoir quelle intensité doit précisément revêtir le lien de rattachement au droit de l'Union. Peut-on se contenter d'un lien quelconque ou bien faut-il limiter l'application de la Charte dans les États membres aux seules situations d'exécution du droit de l'Union ?

L'objet de cette contribution est de plaider en faveur d'une large application de la Charte par les États membres de l'Union. Bien que cette proposition ne découle pas immédiatement de la lecture des dispositions finales de la Charte, elle résulte, du moins c'est la position défendue ici, de la nécessité d'assurer la cohérence dans un espace européen dans lequel coexistent plusieurs couches superposées de droits fondamentaux. En vertu de ce « principe de coexistence »,¹⁰ qui se manifeste notamment à l'article 53 CDF, une application cumulative de plusieurs couches de protection des droits fondamentaux doit être envisagée.

C'est en premier lieu aux juridictions nationales qu'il incombe de « jongler » avec la pluralité d'instruments de protection invocables devant elles. Elles peuvent ainsi être amenées à s'interroger sur leurs champs d'application respectifs. Pour ce qui est précisément de la Charte, il faut admettre que la détermination de son champ d'application exige des clarifications (I.). Dans la mesure où ces champs d'application sont cependant susceptibles de connaître des chevauchements, une mesure nationale doit, le cas échéant, respecter les droits fondamentaux garantis au niveau national, européen et international. Le cumul d'instruments de protection

⁶ Rapport 2011 de la Commission du 16 avril 2012, COM (2012) 169 final, p. 8.

⁷ Viviane REDING évoque une croissance de 50% entre 2010 et 2011, *The binding EU Charter of Fundamental Rights : Key trends two years later*, SPEECH/12/266, 16 avril 2012, p. 3.

⁸ Viviane REDING, *Observations on the EU Charter of Fundamental Rights and the future of the European Union*, SPEECH/12/403, Conférence FIDE, Tallinn 31 mai 2012, p. 9.

⁹ Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, points 51-56.

¹⁰ Cf. Clemens LADENBURGER, *Institutional Report*, FIDE 2012, précité, p. 24.

engendre sans aucun doute une grande complexité. Afin de prévenir d'éventuels conflits il faut alors veiller à ce que l'application décentralisée de la Charte s'insère harmonieusement dans l'espace européen des droits fondamentaux (II.).

I. A l'égard des États membres, la détermination du champ d'application de la Charte exige des clarifications

Comme l'indique son intitulé, l'article 51(1) vise à déterminer le champ d'application de la Charte. Plus précisément il porte exclusivement sur le champ d'application au sens personnel. Il distingue deux catégories de destinataires. La première est composée des institutions, organes ou organismes de l'Union. La seconde, qui seule intéresse ici, comprend sans autre précision « les États membres ». Les dispositions de la Charte leurs sont adressées « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Le champ d'application personnel de la Charte se trouve ainsi circonscrit par une restriction d'ordre matériel.

A la différence de la CEDH qui définit son application territoriale (article 56) et temporelle (articles 58 et 59) la Charte ne contient aucune autre précision. On n'abordera pas ces autres aspects de la détermination de son champ d'application (*ratione temporis et loci*) à ce stade.

Parlant du champ d'application personnel d'une déclaration de droits, il convient néanmoins d'établir une distinction entre deux catégories de « destinataires » au sens large. En langue allemande on distingue en effet entre « *Grundrechtsberechtigte* » et « *Grundrechtsverpflichtete* ». ¹¹ En langue française il est possible de désigner d'un côté les titulaires des droits et de l'autre côté les garants, les obligés ou les destinataires de l'obligation. Dans un vocabulaire de droit privé certains distinguent entre créanciers et débiteurs. D'autres encore suggèrent de définir le champ d'application personnel au sens passif (titulaires) et actif (garants). ¹²

S'agissant des titulaires, de nombreux droits de la Charte sont reconnus à toute personne, alors que d'autres sont réservés aux seuls citoyens de l'Union (articles 39, 40, 42 à 46). D'autres encore bénéficient à certaines catégories de personnes (enfants, personnes âgées ou handicapées, réfugiés). Quand la Charte ne le précise pas, il faut considérer que l'expression « toute personne » inclut les personnes morales de droit privé, du moins pour les droits dont ils sont capables de jouir. ¹³

Plus délicate est la situation des personnes morales de droit public. Une partie de la doctrine semble considérer qu'elles ne peuvent par principe se prévaloir des droits fondamentaux garantis dans la Charte. ¹⁴

¹¹ Cf. par exemple Martin BOROWSKY, Artikel 51 Anwendungsbereich, in Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Nomos Kommentar, 3^{ème} éd., Baden-Baden 2011, p. 642 ss.

¹² Cf. Ceirdre CURTIN and Ronald VAN OOIK, *The Sting is always in the Tail*. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights, MJ 8(2001), p. 102, spec. 103.

¹³ Idem Martin BOROWSKY, précité, point 35.

¹⁴ En ce sens Martin BOROWSKY, *ibid.*, qui admet cependant qu'elles puissent bénéficier des droits procéduraux.

En France, le Conseil d'État se montre réticent à leur reconnaître le bénéfice des droits reconnus par la CEDH.¹⁵ Il ressort en effet de sa jurisprudence qu'un département « ne saurait utilement invoquer » le protocole 1 à la CEDH, « qui ne crée pas de droits dont les collectivités territoriales puissent se prévaloir ».¹⁶ Il avait pourtant admis dans un arrêt antérieur qu'une cour administrative avait entaché sa décision d'erreur de droit en considérant une commune comme une haute partie contractante et en lui refusant, « pour ce motif », le droit d'invoquer la violation des stipulations de la convention.¹⁷

En ce qui concerne l'invocabilité des droits garantis par la CEDH, il semble indiqué de distinguer soigneusement entre l'État - puissance publique, qui en tant que partie contractante à la Convention est le véritable garant des droits fondamentaux, et les autres personnes publiques (établissements publics, collectivités territoriales,...) surtout lorsqu'elles exercent des fonctions détachables de la puissance publique (employeur, propriétaire, co-contractant ...). Dans ce dernier cas elles sont certes obligées de respecter les droits fondamentaux mais peuvent aussi s'en prévaloir. Par contre, comme l'a exposé le commissaire du gouvernement Laurent Valle dans ses conclusions sous l'arrêt Commune de Champagne sur Seine, « lorsqu'une personne morale de droit public agit dans le cadre de prérogatives de puissances publiques liées à une mission purement régaliennne, elle ne peut être titulaire de droits reconnus par la convention ».¹⁸ Ce raisonnement semble pouvoir être transposé aux droits inscrits dans la Charte.

Est-ce que les États membres de l'Union sont à leur tour susceptibles d'être titulaires de certains droits fondamentaux, tel que le droit au respect de leur identité constitutionnelle, qu'ils pourraient revendiquer à l'égard de l'Union ?¹⁹ Cette position doctrinale n'est pas dénuée de tout fondement et on aura l'occasion d'y revenir ultérieurement.²⁰

S'agissant des destinataires de l'obligation de respecter les droits inscrits dans la Charte, celle-ci ne vise explicitement que les « institutions, organes ou organismes de l'Union » et, sans autre précision, les « États membres ». Elle oblige ainsi toutes les autorités, collectivités et personnes qui agissent au nom de l'État. Bien que la Charte ne s'adresse pas explicitement aux individus en tant que « *Grundrechtsverpflichtete* », elle oblige certainement les personnes privées lorsqu'elles exercent des attributions de puissance publique qui leur ont été attribuées ou lorsqu'elles sont en mesure d'adopter des réglementations obligatoires (partenaires sociaux).²¹ Plus généralement, on ne peut exclure l'effet direct horizontal (*Drittwirkung*) des dispositions de la Charte qui s'y prêtent au seul motif que l'article

¹⁵ Voir Patrick WACHSMANN, Droits fondamentaux et personnes morales, in J.-C. Barbato et J.-D. Mouton, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ?, Bruylant, 2010, p. 225-235, spéc. p. 234.

¹⁶ CE, 23 mai 2007, *Département des Landes*, JCP A 2007, p. 2168.

¹⁷ CE, 29 janvier 2003, *Commune d'Annecy et Commune de Champagne sur Seine*, AJDA 2003, p. 613.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Cf. Jean-Christophe BARBATO et Jean-Denis MOUTON, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ?, Bruylant, 2010.

²⁰ Au point II. A. 3.

²¹ Cp. Hans D. JARASS, *Charta der EU-Grundrechte, Artikel 51 Anwendungsbereich*, Beck 2010, point 25.

51 (1) ne le prévoit pas. La question de la pertinence d'une disposition donnée de la Charte dans les relations de droit privé doit en effet trouver sa réponse dans une analyse précise des objectifs et du champ d'application particulier de cette disposition.²²

L'article 51 (1) définit le champ d'application de la Charte à l'égard des États membres par la référence limitative à leur obligation de mettre en œuvre du droit de l'Union. Lorsqu'on cherche à déterminer la signification de cette disposition en la plaçant notamment dans son contexte, formé des autres dispositions de la Charte, du droit primaire et de la jurisprudence de la Cour de justice, on s'aperçoit rapidement qu'elle exige des explications. A y regarder de plus près, ce champ d'application s'avère en effet « à géométrie variable » (A.), insuffisamment précis (B.) et prédestiné à connaître une certaine extension (C.).

A. Un champ d'application à géométrie variable

De manière générale, la Charte délimite son champ d'application à l'égard des États membres en précisant qu'elle s'adresse à ceux-ci « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Cette règle se trouve cependant quelque peu relativisée par la teneur de l'explication ad article 51.²³ A côté de cette *lex generalis* au sens rendu incertain (1.) existent certaines dispositions qui contiennent des règles spéciales dérogoires (2.) sans oublier par ailleurs le protocole numéro 30 annexé au traité de Lisbonne, qui a pour but de préciser l'applicabilité de la Charte à la Pologne et au Royaume-Uni (3.).

1. Une *lex generalis* de l'article 51 (1) contredite par la teneur des explications jointes

L'article 51 (1) figure dans le titre VII de la Charte dédié aux dispositions finales régissant l'interprétation et l'application de celle-ci. Sous l'intitulé « champ d'application ». Il a donc pour vocation de définir le champ d'application de la Charte dans son ensemble. Bien qu'il ne comporte aucune réserve renvoyant à des dispositions particulières, de telles règles spéciales figurent belles et bien dans un certain nombre d'articles de la Charte. Il faut donc admettre que l'article 51 (1) peut connaître des dérogations résultant de ces *leges speciales*.²⁴

Tout effort en vue de dégager la signification exacte de la formule employée à la fin de la première phrase de l'article 51(1) se heurte à un moment donné au libellé de l'explication jointe à cet article. Celui-ci, en se référant à la jurisprudence de la Cour de justice, dont il résulte « sans ambiguïté » que l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que « lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union », produit en effet un résultat surprenant. Au lieu de d'explicitier le sens de l'expression « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union », les explications

²² Cp. en ce sens les conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire C-176/12, *Association de médiation sociale*, points 28-41. Dans son arrêt du 15 janvier 2014, la Cour a dénié un effet direct horizontal au principe figurant à l'article 27 de la Charte (CJ, 15 janvier 2014, affaire C-176/12, *Association de médiation sociale*, non encore publié au Recueil, point 48).

²³ Le texte des explications relatives à la Charte a été publié au JOUE n° C 303 du 14 décembre 2007, p. 17.

²⁴ Cf. Leonard F. M. BESSELINK, FIDE 2012, general report, précité, p. 28.

semblent plutôt en relativiser la portée voire le contrecarrer. L'expression « agir dans le champ d'application du droit de l'Union » recouvre en effet, comme on le démontrera par la suite, d'autres constellations que la stricte « mise en œuvre » de ce droit.

Certes, comme le précise leur préambule, les explications n'ont pas « en soi valeur juridique », elles constituent néanmoins un outil d'interprétation précieux et « sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres » (article 52 (7) CDF).

2. L'existence de *leges speciales* dans certaines dispositions

Plusieurs dispositions de la Charte comportent des précisions quant à leurs destinataires et limitent de ce fait leur champ d'application personnel actif. D'autres, qui correspondent à des dispositions figurant par ailleurs dans les traités fondateurs de l'Union, semblent au contraire posséder un champ d'application dépassant celui de la Charte. Constituant des *leges speciales* elles doivent en principe prévaloir sur la règle générale de l'article 51 (1).²⁵

Au titre des dispositions ayant un champ d'application plus restreint on mentionnera en premier lieu les articles 41 (droit à une bonne administration), 42 (droit d'accès aux documents), 43 (droit de saisir le médiateur de l'Union) et 44 (droit de pétition devant le Parlement européen). Ces articles ont en commun de formuler des droits liés à la citoyenneté de l'Union qui ne sont opposables qu'à l'égard des seules institutions, organes ou organismes de l'Union. Par définition ils ne sont donc pas invocables face aux autorités nationales même lorsque celles-ci mettent en œuvre le droit de l'Union.

Un second groupe de règles spéciales est constitué d'articles qui formulent des principes que « l'Union reconnaît » et/ou « respecte » sans qu'il y soit fait mention des États membres. Il en va ainsi des articles 22 (diversité culturelle, religieuse et linguistique), 25 (droits des personnes âgées) et 26 (intégration des personnes handicapées). En vertu de l'article 52 (5) de la Charte, ces principes peuvent toutefois être mis en œuvre par des actes pris « par des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Dans ce cas, il faut admettre que l'invocation des principes en question est admise devant le juge national pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes. Le champ d'application de ces principes à l'égard des États membres est donc tributaire de l'adoption d'actes nationaux les mettant en œuvre. Par ailleurs on peut considérer que le devoir de coopération loyale de l'article 4 (3) TUE s'oppose à toute mesure nationale qui mettrait en péril le respect de ces principes par l'Union. De telles mesures seraient donc susceptibles d'entrer dans le champ d'application de ces principes.²⁶

Un raisonnement similaire peut être avancé à l'égard des articles de la Charte qui consacrent des principes dont il est seulement précisé que « l'Union » les « reconnaît et respecte » tout en faisant cependant une référence explicite aux « législations et pratiques nationales ».²⁷

²⁵ Cf. Martin BOROWSKY, op. cit., point 20.

²⁶ Il paraît de ce fait injustifié de considérer que - de par leur libellé - ces articles ne valent qu'à l'égard de l'Union. Cp. pourtant en ce sens Martin BOROWSKY, précité, point 24.

²⁷ Tels que les articles 34 (1) (sécurité sociale et aide sociale) et 36 (accès aux services d'intérêt économique général).

Il est finalement possible d'identifier un troisième groupe de règles spéciales dont le champ d'application spécifique excède celui de la Charte en général. Cela vaut en premier lieu et de toute évidence pour l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité qui s'applique conformément aux articles 18 TFUE et 21 (2) CDF « dans le domaine d'application des traités ». De même il peut être argué que le droit à la protection des données à caractère personnel figurant à l'article 8 (1) CDF, qui ne fait que reprendre les termes de l'article 16 (1) TFUE, doit s'appliquer aux États membres « dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union » et selon l'interprétation large qui en a été faite dans la jurisprudence de la CJUE relative à la directive 95/46.²⁸

L'incorporation dans la Charte de certaines libertés de circulation empruntées aux traités fondateurs doit également entraîner la reprise de leur champ d'application excédant celui de l'article 51 (1) CDF. La garantie des libertés de circulation aux articles 15 (2) et 45 (1) CDF s'impose donc aux États membres indépendamment du fait qu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ou non.²⁹

Pour finir, citons encore les articles 46 (protection diplomatique et consulaire) et 47 (droit à un recours effectif). Le premier bénéficie en effet à tout citoyen de l'Union sur le territoire d'un État tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté. Limiter cette protection aux seules situations de mise en œuvre du droit de l'Union viderait ce droit de sa substance. Le second consacre le « droit au juge » que la Cour de justice a interprété très largement dans ses arrêts *Johnston*, *Unibet* et *DEB*³⁰ et qui figure désormais à l'article 19 TUE. Ce droit est invocable chaque fois qu'un justiciable peut se réclamer d'un droit qui lui est reconnu par le droit de l'Union. Son champ d'application dépasse de ce fait également le champ d'application général de la Charte.³¹

3. Le protocole numéro 30

Le protocole sur l'application de la Charte à la Pologne et au Royaume-Uni a pour objet de « clarifier l'application de la Charte » en ce qui concerne les lois et l'action administrative et pour ce qui est de sa justiciabilité dans les deux États.³² Il semble pourtant que la pratique nationale existante ne fournit « aucune certitude pour l'instant sur les restrictions découlant réellement du protocole ».³³

²⁸ Voir en ce sens Clemens LADENBURGER, institutional report, FIDE 2012, p. 20 et la jurisprudence citée.

²⁹ Cp. Clemens LADENBURGER, précité, p. 20 et Leonard BESSELINK, précité, p. 28 (note 120).

³⁰ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, affaire 222/84, Rec. 1986 p. 1651 ; CJ, 13 mars 2007, *Unibet*, affaire C-432/05, Rec. 2007 p. I-2271 ; CJ, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contre Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-279/09, Rec. 2010 p. I-13849.

³¹ Dans le même sens Clemens LADENBURGER, précité, p. 20.

³² La portée du protocole sera éventuellement étendue à la République tchèque par un amendement futur. Suite à l'avis négatif du Parlement européen, il est cependant devenu difficile pour le Conseil européen d'aller en ce sens. Cf. Résolution du 22 mai 2013 relative au projet de protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la République tchèque (article 48, par. 3, TUE).

³³ Cf. Rapport général, ACA-Europe, (Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union), Colloque de Madrid 2012, "Mise en œuvre de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne", p. 4, consultable sur le site http://www.aca-europe.eu/colloquia/2012/Rapport_general.pdf

Quoi qu'il en soit et bien que les deux pays restent bien évidemment intégralement liés par les droits fondamentaux, qui se trouvent consacrés dans le droit de l'Union indépendamment des dispositions de la Charte, le champ d'application de celle-ci à l'égard des États membres visés par le protocole ne peut être déterminé qu'en tenant compte du texte du protocole. Ce dernier contribue donc à donner au champ d'application de la Charte une image à géométrie variable. Ce champ d'application peut varier non seulement d'un droit à un autre, mais aussi d'un État membre à un autre, ce qui paraît encore plus regrettable. Au surplus, sa définition générale par l'article 51 (1) CDF manque de précision.

B. Un champ d'application insuffisamment précis

Le débat sur le champ d'application des droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union est déjà ancien. Il a néanmoins connu une certaine intensification depuis l'adoption de la Charte et encore davantage depuis qu'elle a acquis valeur de droit primaire suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. La formulation retenue dans le texte de l'article 51 (1) semble en effet avoir pour but de restreindre l'application de la Charte aux États membres en prévoyant qu'elle s'adresse à eux « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

Le débat se concentre de ce fait tant dans la doctrine qu'au sein de la Cour de justice et devant les juridictions nationales sur la question de savoir quel sens précis il faut attribuer à cette formulation. Au moins deux lectures différentes peuvent en être faites (2.). Elles ont en commun d'avoir été proposées par rapport à la jurisprudence de la Cour de justice relative au champ d'application des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire. Un bref rappel de la teneur de cette jurisprudence s'impose donc préalablement (1.).

1. Le champ d'application des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire tel que développé par la CJUE

Analysant la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'obligation des États membres de respecter les droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux du droit communautaire, la doctrine s'est employée à identifier les différentes situations dans lesquelles cette obligation a été reconnue.³⁴ L'existence de deux constellations principales semble bien admise aujourd'hui : la première, reconnue dans l'arrêt *Wachauf* en 1989,³⁵ comprend les situations dans lesquelles les États membres mettent en œuvre le droit communautaire, la seconde, initiée par l'arrêt *ERT* en 1991,³⁶ repose sur une formule plus ouverte considérant que dès lors qu'une réglementation nationale « entre dans le champ d'application du droit communautaire », la Cour peut apprécier si elle est « conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect ». Cette constellation a alors été comprise comme visant essentiellement les situations dans lesquelles une mesure nationale vient restreindre l'exercice d'une liberté garantie par le traité.

³⁴ Voir notamment Dieter H. SCHEUING, *Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten*, EuR 2005, p. 162, Frauke BROSIUS-GERSDORF, *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin 2005, 94 p, Xavier GROUSSOT, Laurent PECH et Gunnar Thor PETURSSON, The scope of application of fundamental rights on Member States' action : in search of certainty in EU adjudication, Eric Stein Working Paper no. 1/2011.

³⁵ CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, affaire 5/88, Rec. p. 2609, point 19.

³⁶ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, affaire C-260/89, Rec. p. I-2925, point 42.

Certains arrêts de la Cour ne se laissent cependant pas aisément rattacher à l'une ou à l'autre de ces deux lignes jurisprudentielles. Il s'agit donc de savoir si ces arrêts renvoient à une ou des constellation(s) supplémentaire(s). Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour apporte également des précisions sur les cas dans lesquels les mesures nationales demeurent incontestablement en dehors du champ d'application du droit de l'Union.

La « constellation *Wachauf* » comprend toutes les situations dans lesquelles les États membres procèdent à la mise en œuvre du droit de l'Union.³⁷ Elle traduit alors en règle générale une logique de double protection dans la mesure où le devoir de respecter les droits fondamentaux s'impose tant aux institutions de l'Union lorsqu'elles adoptent les actes de droit dérivé qu'aux autorités nationales lorsqu'elles les mettent en œuvre. Cela vaut bien évidemment pour l'application des règlements.³⁸ Cela vaut de la même manière lorsqu'il s'agit de la transposition d'une directive.³⁹ L'autorité compétente pour la transposition ne peut en effet adopter les mesures nécessaires « que dans le respect des principes généraux du droit communautaire, tels que notamment le principe de proportionnalité et les droits fondamentaux ». ⁴⁰ L'obligation de respecter les principes généraux du droit communautaire existe déjà avant l'expiration du délai de transposition.⁴¹ Certaines directives comportent une mention explicite de l'obligation des États membres de respecter les droits fondamentaux.⁴² La Cour veille alors à ce que les autorités nationales assurent « un juste équilibre des droits et intérêts en cause, y compris les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire ». ⁴³

D'autres arrêts relevant de la « constellation *Wachauf* » traduisent plutôt ce que l'on peut appeler une logique de transfert. Parfois les exigences de la protection des droits fondamentaux dans l'Union ne sont en effet pleinement respectées qu'à la condition que les États membres y pourvoient au stade de la mise en œuvre des actes de l'Union. Cela peut être le résultat d'une directive qui renvoie au droit national, d'une clause d'ouverture laissant une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales ou encore de l'obligation des États membres d'assurer une protection juridictionnelle effective à l'égard d'actes ne pouvant être attaqués devant les juridictions de l'Union.⁴⁴

³⁷ Cp. les distinctions faites par Piet EECKHOUT, *The EU Charter of fundamental rights and the federal question*, CMLRev. 2002, p. 945–994, p. 962 ss.

³⁸ Cf. notamment CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, affaire 5/88, Rec. 1989 p. 2609, point 19 ; CJCE, 24 mars 1994, *Bostock*, affaire C-2/92, Rec. 1994 p. I-955, point 16 ; CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA*, affaire C-94/00, Rec. 2002 p. I-9011, point 26.

³⁹ CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture*, affaires jointes C-20/00 et C-64/00, Rec. 2003 p. I-7411, point 88,

⁴⁰ CJCE, 15 juin 2006, *Dokter*, affaire C-28/05, Rec. 2006 p. I-5431, point 71

⁴¹ CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold*, affaire C-144/04, Rec. p. I-9981, point 75.

⁴² Tel est notamment le cas de la directive 95/46 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. Cf. CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, affaires jointes C-465/00, C-138 et C-139/01, Rec. 2003 p. I-4989, point 40.

⁴³ CJCE, 6 novembre 2003, *Lindqvist*, affaire C-101/01, Rec. 2003 p. I-12971, point 90.

⁴⁴ Voir à titre d'illustration les arrêts : CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, affaire C-540/03, Rec. 2006 p. I-5769, point 104 ; CJCE, 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistia*, affaire C-354/04 P, Rec. 2007 p. I-1579, point 51 ; CJCE, 3 mai 2007, *Advokaten voor de Wereld*, affaire C-303/05,

La « constellation *E.R.T.* » concerne les mesures nationales qui restreignent un droit ou une liberté reconnus par le droit de l'Union et doivent, de ce fait, également respecter les droits fondamentaux reconnus au niveau de l'Union. Acceptée en général, cette constellation est critiquée par une partie de la doctrine qui y voit une tendance regrettable à l'uniformisation.⁴⁵ A l'intérieur de cette seconde constellation, bien ancrée dans la jurisprudence de la Cour, il est possible de discerner en fait trois variantes.

La première correspond à l'obligation des États membres de respecter de manière cumulative les exigences qui découlent des libertés de circulation et des droits fondamentaux. Un État membre ne peut en effet « invoquer des motifs d'intérêt général pour justifier une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services que lorsque cette mesure est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect ».⁴⁶ Cela suppose néanmoins en premier lieu que ladite mesure relève du champ d'application du droit communautaire. Dans l'affaire *Karner* la Cour de justice a cependant examiné la compatibilité d'une loi autrichienne avec la liberté d'expression, garantie en tant que principe général du droit communautaire, alors même qu'il était plus qu'incertain que cette loi relevait du champ d'application du droit communautaire.⁴⁷

La seconde variante correspond à des situations dans lesquelles une autorité nationale cherche à justifier une entrave à une liberté de circulation en s'appuyant justement sur le besoin de protéger les droits fondamentaux d'autrui. On sait que la Cour cherche dans ces cas à concilier autant que possible les deux intérêts.⁴⁸ Dans une troisième variante, il arrive à la Cour de procéder au contrôle du respect des droits fondamentaux dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure nationale qui constitue une entrave.⁴⁹

Existe-t-il encore une troisième constellation dans laquelle les États membres seraient liés par les droits fondamentaux consacrés au niveau du droit de l'Union ? Il y a en effet des cas dans lesquels, en absence d'harmonisation communautaire, les autorités nationales ont recours à des règles de leur droit interne, afin de donner plein effet à un droit ou une obligation découlant du droit communautaire. On pense notamment au cas de figure où une règle procédurale nationale est mobilisée pour définir les conditions dans lesquelles un droit garanti par le droit communautaire peut être sauvegardé. Dans ce cas, la Cour estime que la règle procédurale « entre dans le

Rec. 2007 p. I-3633, point 53; CJCE, 25 juillet 2002, *Union de pequenos agricultores*, affaire C-50/00 P, Rec. 2002 p. I-6677, affaire point 41.

⁴⁵ Voir Peter Michael HUBER, *Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte. Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung*, EuR 2008, Vol. 43, No. 2: pp. 190-199.

⁴⁶ Voir en ce sens l'arrêt CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, affaire C-60/00, Rec. 2002 p. I-6279, point 40 et l'arrêt CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, C-368/95, Rec. p. I-3689, point 24.

⁴⁷ CJCE, 25 mars 2004, *Karner*, affaire C-71/02, Rec. 2004 p. I-3025. La loi autrichienne sur la concurrence déloyale ne relevait en effet pas clairement de la directive 84/450 en matière de publicité trompeuse et comparative et n'était pas frappée par l'interdiction des MEE de l'article 28 CE (point 43 de l'arrêt).

⁴⁸ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, affaire C-112/00, Rec. p. I-5659, points 73 et seq et CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, affaire C-36/02, Rec. 2004 p. I-9609, point 35.

⁴⁹ CJCE, 25 janvier 2007, *Festersen*, aff. C-370/05, Rec. 2007 p. I-1129, points 34 et seq.

champ d'application du droit communautaire » et, partant, doit « respecter les exigences découlant des droits fondamentaux ».⁵⁰

On pense encore aux sanctions, qui, bien que prévues par le droit interne en dehors de toute mise en œuvre du droit communautaire, entrent dans le champ d'application de ce dernier dès lors qu'elles en répriment les violations. Conformément à une jurisprudence constante, le devoir de coopération loyale (article 4 (3) TUE) impose en effet aux États membres de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit de l'Union. À cet effet, ils doivent veiller à ce que les violations de la réglementation de l'Union soient le cas échéant sanctionnées « dans des conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires, et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif ». Si les États membres sont dès lors compétents pour choisir les mesures qui leur semblent appropriées en cas de violation des dispositions d'une règle communautaire, ils sont « tenus d'exercer leur compétence dans le respect du droit de l'Union et de ses principes généraux ».⁵¹

Seules les mesures nationales qui « ne présentent aucun élément de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par les dispositions des traités » échappent donc à la compétence de la Cour de justice. Mais encore faut-il que « l'objet du litige ne présente aucun élément de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par les dispositions des traités ».⁵² En dernière analyse, la réponse à la question de savoir si une mesure nationale relève ou ne relève pas du champ d'application du droit communautaire dépend donc aussi des circonstances factuelles de l'affaire, ce qui n'est pas entièrement satisfaisant.⁵³ Qu'une telle mesure relève de la compétence de contrôle de la Cour de justice devrait essentiellement dépendre de son contenu normatif et non pas des circonstances de fait dans lesquelles elle trouve son application.

La Cour admet, depuis son arrêt *Annibaldi* de 1997, qu'une mesure nationale, qui est seulement « susceptible d'affecter indirectement » un domaine régi par le droit de l'Union, ne relève pas du champ de son contrôle en matière de droits fondamentaux.⁵⁴ Elle a ainsi récemment rappelé qu'afin de déterminer « si une

⁵⁰ CJCE, 10 avril 2003, *Steffensen*, affaire C-276/01, Rec. 2003 p. I-3735, point 71. Voir aussi CJ, 13 mars 2007, *Unibet*, affaire C-432/05, Rec. 2007 p. I-2271 ; CJUE 22 décembre 2010, *Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09, Rec. 2010 p. I-13849.

⁵¹ Voir les arrêts CJ, du 7 octobre 2010, *Stils Met SIA*, affaire C-382/09, Rec. p. I-09315, points 44-45 ; CJCE, 21 septembre 1989, *Commission contre Grèce*, affaire 68/88, Rec. 1989 p. 2965, point 24 ; CJCE, 26 octobre 1995, *Siesse*, affaire C-36/94, Rec. p. I-3573, points 20-21 ; CJCE, 7 décembre 2000, *de Andrade*, affaire C-213/99, Rec. p. I-11083, points 19-20, CJCE, 16 octobre 2003, *Hannl-Hofstetter*, affaire C-91/02, Rec. p. I-12077, points 17-18.

⁵² Voir CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, affaire C-299/95, Rec. p. I-2629, points 15-16 et CJCE, ord. 6 octobre 2005, *Attila Vajnai*, affaire C-328/04, Rec. 2005 p. I-8577, point 14.

⁵³ Dans l'affaire Vajnai, précité, la Cour s'est déclarée incompétente pour apprécier la conformité aux droits fondamentaux de poursuites pénales à l'encontre d'un homme politique hongrois, accusé d'avoir porté en public sur ses vêtements une étoile rouge à cinq branches, interdit en Hongrie en tant qu'emblème du totalitarisme. Si par contre M. Vajnai avait été importateur de T-shirts en provenance d'un autre Etat membre et affichant ce même emblème, et qu'il l'aurait porté en public pour en promouvoir la vente, la Cour aurait-elle fait de même ?

⁵⁴ Voir l'arrêt CJCE, 18 décembre 1997, *Annibaldi*, affaire C-309/96, Rec. p. I-7493, points 21 à 23.

réglementation nationale relève de la mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte, il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si la réglementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter ».⁵⁵

Dans la mesure où la Cour a ainsi repris, au regard de l'article 51 de la Charte, une jurisprudence développée dans le cadre de la protection des droits fondamentaux au titre des principes généraux du droit, on pouvait en effet s'attendre à ce qu'elle maintienne plus généralement sa jurisprudence relative au champ d'application des droits fondamentaux. Et, ceci en dépit du fait que la formulation de l'article 51 (1) l'invitait à infléchir sa position.

2. Les lectures possibles de l'article 51 (1) CDF

Prenant en compte le libellé de l'article 51(1), son contexte, sa finalité et les travaux préparatoires, différentes interprétations sont proposées dans la discussion doctrinale et peuvent se fonder sur des arguments valables. Si les arguments en faveur d'une lecture restrictive ne sont pas négligeables, ceux qui plaident pour une lecture plus souple paraissent encore plus convaincants. Ainsi, c'est dans le sens du maintien de la formule jurisprudentielle, que s'est orientée sans grande surprise la Cour de justice dans son arrêt *Åkerberg Fransson* du 26 février 2013.

Parmi les arguments, qui militaient de prime abord en faveur d'une interprétation stricte de l'article 51, figure en premier lieu celui de son libellé. Tant la version allemande (« ausschliesslich bei der Durchführung »), que les versions anglaise (« only when they are implementing ») et française (« uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre ») traduisent en effet, à travers une formulation plutôt inhabituelle en droit de l'Union, l'intention de ses rédacteurs de restreindre l'applicabilité de la Charte.⁵⁶ Cette intention est par ailleurs clairement corroborée par les travaux préparatoires de la Charte au sein de la Convention présidée par Roman Herzog.⁵⁷

Le fait que la Charte a toujours été conçue pour coexister avec d'autres instruments, tels que la CEDH et les catalogues constitutionnels nationaux des droits fondamentaux, et ne fait de surcroît que réaffirmer les droits contenus dans ces autres instruments, soutiens également une lecture stricte de son champ d'application.

⁵⁵ Cf. en dernier lieu les arrêts CJ, 8 novembre 2012, *Iida*, affaire C-40/11, non encore publié au Recueil, point 79 et CJ, 8 mai 2013, *Ymeraga*, affaire C-87/12, non encore publié au Recueil, point 41.

⁵⁶ Cela ne ressort cependant pas aussi clairement de toutes les versions linguistiques. Pour certaines versions légèrement différentes cp. Heidi KAILA, *The scope of application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the member states*, in P. Cardonnel, A. Rosas et N. Wahl (eds.), *Constitutionalising the EU judicial system, Essays in honor of Pernilla Lindh*, p. 291 ss, spéc. p. 304, note 101, Peter Michael HUBER, précité, p. 12.

⁵⁷ Cf. Martin BOROWSKY, op. cit. ; Heidi KAILA, *The scope of application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the member states*, précité, p. 294 ss.; Allard KNOOK, *The Court, the Charter and the vertical Division of Powers in the European Union*, *CML Rev.* 2005, p. 367 ss., spéc. 374 ss. ; Peter Michael HUBER, précité p. 11 ; Thomas VON DANWITZ, *Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nach der Charta der Grundrechte*, précité, p. 26.

Ceux qui plaident au contraire en faveur du maintien de la formule jurisprudentielle et de sa reprise au titre de la détermination de la portée de la Charte peuvent cependant se fonder sur une démonstration, qui est peut-être plus éloignée de l'apparente volonté politique des rédacteurs mais qui emporte la conviction du point de vue de la logique juridique.⁵⁸ Le texte des explications relatives à la Charte, établies sous la responsabilité du *praesidium* de la Convention de 1999-2000 et mises à jour par celui de la Convention sur l'avenir de l'Europe en 2002-2003 fournit le premier argument.⁵⁹

Au lieu d'explicitier le sens de l'expression « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union », les explications relatives à l'article 51 en relativisent en effet la portée. Se référant à la jurisprudence de la Cour de justice dans les affaires *Wachauf*, *ERT*, *Annibaldi* et *Karlsson*, explicitement citées, elles contredisent même la présumée volonté des rédacteurs de restreindre le champ d'application de la Charte. L'expression « agir dans le champ d'application du droit de l'Union » recouvre en effet, comme on l'a rappelé ci-dessus, bien d'autres constellations que la stricte « mise en œuvre » de ce droit.⁶⁰ Certes, les explications n'ont pas « en soi valeur juridique », elles ont néanmoins été adoptées conjointement au texte de la Charte, en constituent un outil d'interprétation précieux et « sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres » (article 52 (7) CDF).

A cet égard, il est indifférent qu'elles ont été préparées « sous la responsabilité du *praesidium* » et que certains attribuent la paternité de la formulation des explications relatives à l'article 51 à tel ou tel haut responsable du service juridique du Conseil.⁶¹ Il est en effet indéniable que les références aux explications ont été multipliées. Les participants à la « convention Giscard » et les États membres réunis dans les conférences intergouvernementales de 2003-2004 et de 2007 leur ont ainsi conféré un statut plus éminent. L'exigence de « prendre dûment en considération » les explications est en effet mentionnée à quatre reprises : à l'article 6 (1) TUE, dans le préambule de la Charte, à l'article 52 (7) de la Charte, et dans le préambule des explications. Ce faisant, on ne peut que conclure que les États membres - en tant que « maîtres des traités » - ont attribué à l'article 51 une signification toute en la relativisant dans les explications jointes. En dernière analyse, ils ont ainsi transféré la responsabilité de dégager le sens de cette disposition à la Cour de justice, interprète authentique des traités.

Celle-ci doit veiller à la cohérence du droit de l'Union. En interprétant la Charte, elle ne pourra faire abstraction de sa coexistence avec les principes généraux du droit de l'Union dont le maintien en tant que source complémentaire des droits fondamentaux est clairement voulu par l'article 6 (3) TUE.⁶² Dans la mesure où la

⁵⁸ Cf. Roland BIEBER et Francesco MAIANI, Précis de droit européen. (2011), 2^{ème} ed., Stämpfli, Berne, pp.167-168 ; J.-V. LOUIS et T. RONSE, L'ordre juridique de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 167.

⁵⁹ Texte publié au JO C 303 du 14 décembre 2007, p. 17.

⁶⁰ Thomas VON DANWITZ considère pourtant que les explications confirment le constat d'une volonté restrictive, cf. Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nach der Charta der Grundrechte, précité, p. 26.

⁶¹ Cf. Martin BOROWSKY, Artikel 51 Anwendungsbereich, in Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Nomos Kommentar, 3^{ème} éd., Baden-Baden 2011, p. 656 (point 30a), qui attribue la paternité des explications de l'article 51 (1) à Jean-Paul Jacqué.

⁶² Cf. Dieter SCHEUING, précité, p. 190, L'article 6 (3) TUE constitue non moins qu'une autorisation pour la CJCE de développer de nouvelles constellations dans lesquelles les États

Charte constitue avant tout une codification des droits fondamentaux et que son préambule rappelle à juste titre qu'elle vise à "réaffirmer" la jurisprudence de la Cour, cette dernière doit veiller à ce qu'une « solution à deux voies » puisse être évitée⁶³. La méthode de l'interprétation contextuelle, dont s'inspire notamment l'article 52 (4) de la Charte, lui fournit l'outil pour y parvenir.

Dans un processus de « *trial and error* » qui se manifeste à travers une série d'arrêts et d'ordonnances rendus entre 2010 et 2014 la Cour a progressivement forgé sa position, clairement inspirée de sa jurisprudence antérieure relative au champ d'applications des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit de l'Union.

Dans un premier temps, la Cour a ainsi rendu plusieurs ordonnances en 2010 dans lesquelles elle se déclare incompétente pour répondre à des questions préjudicielles relatives à la Charte. Elle le motive alors par le fait que « la décision de renvoi ne contient aucun élément concret permettant de considérer que la décision [litigieuse] constituerait une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union ». Jusque-là rien d'étonnant. La Cour poursuit cependant en ajoutant : « ou qu'elle présenterait d'autres éléments de rattachement à ce dernier ».⁶⁴ Elle laisse donc sous-entendre que la mise en œuvre du droit de l'Union n'est pas le seul critère qui puisse rendre la Charte applicable.

Ensuite, la Cour estime, dans l'affaire *Dereci*, qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier si « la situation des requérants relève du droit de l'Union » ou si « ladite situation ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union » afin d'examiner cette situation, dans le premier cas, au regard de la Charte ou bien, dans le second cas, au regard de la CEDH.⁶⁵ De nouveau, elle s'écarte du libellé de l'article 51 (1).

L'arrêt *N.S.* du 21 décembre 2011 confirme l'impression que la Cour ne souhaite pas se laisser enfermer dans une lecture trop stricte de l'article 51 (1). Elle y juge en effet qu'un État membre, qui exerce le pouvoir d'appréciation que lui confère le règlement n° 343/2003 en matière de détermination de l'État membre responsable d'une demande d'asile et qui constitue un élément du système européen commun d'asile, « doit être considéré comme mettant en œuvre le droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte ».⁶⁶

La même impression se dégage de l'arrêt *Kamberaj* du 24 avril 2012. La Cour y rappelle certes que les dispositions de la Charte s'adressent aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Elle indique cependant ensuite qu'il « s'ensuit que, en déterminant les mesures de sécurité sociale, d'aide sociale et de protection sociale définies par leur législation nationale et soumises au principe

membres sont liés par les droits fondamentaux. Cp. Jörg GERKRATH, Les principes généraux du droit ont-ils un avenir en tant qu'instrument de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ?, RAE 2007, pp. 31-43.

⁶³ Ainsi que l'affirme le vice-président de la Cour en s'appuyant sur l'arrêt DEB. Cf. Koen LENAERTS, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, EuR 2012, p. 16.

⁶⁴ Cf. à titre d'exemple CJ, 12 novembre 2010, *Asparuhov Estov e.a.*, ord. C-339/10, Rec. 2010 p. I-11465, point 14.

⁶⁵ CJ, 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, affaire C-256/11, Rec. 2011 p. I-11315, point 72.

⁶⁶ CJ, 21 décembre 2011, *Arrêt N.S.*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, non encore publié au Recueil, point 68.

d'égalité de traitement consacré à l'article 11, paragraphe 1, sous d), de la directive 2003/109, les États membres doivent respecter les droits et observer les principes prévus par la Charte ». ⁶⁷ Lesdites mesures, définies par la législation interne, ne constituant pas *stricto sensu* des mesures de transposition de la directive mentionnée, cet arrêt ne relève donc pas de la constellation *Wachauf*.

L'affaire *Åkerberg Fransson* fournit finalement à la Cour l'occasion de rendre un arrêt de principe. Une juridiction suédoise l'interroge en effet sur l'applicabilité du principe *ne bis in idem* de l'article 50 CDF à une affaire de fraude à la TVA dans laquelle les autorités suédoises ont infligé une sanction fiscale et introduit une action pénale prévues chacune par des dispositions de droit suédois qui en soi ne constituent pas une mise en œuvre du droit de l'Union. La Cour rappelle d'abord que l'article 51 (1) confirme « la jurisprudence de la Cour relative à la mesure dans laquelle l'action des États membres doit se conformer aux exigences découlant des droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ». ⁶⁸ Ce qu'elle voit corroborée par les explications y afférentes. ⁶⁹ A la question de principe elle répond ensuite de la manière suivante : « Les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte ». ⁷⁰

Cet arrêt de principe consacre donc une interprétation large des termes de l'article 51 et confirme le maintien de l'ancienne formule jurisprudentielle dans une affaire qui relève de la troisième constellation mentionnée ci-dessus. ⁷¹ Comme la Cour l'indique en effet très clairement, « le fait que les réglementations nationales qui servent de fondement auxdites sanctions fiscales et poursuites pénales n'aient pas été adoptées pour transposer la directive 2006/112 ne saurait être de nature à remettre en cause cette conclusion, dès lors que leur application tend à sanctionner une violation des dispositions de ladite directive et vise donc à mettre en œuvre l'obligation imposée par le traité aux États membres de sanctionner de manière effective les comportements attentatoires aux intérêts financiers de l'Union ». ⁷² En résumé, on peut donc retenir que l'application de dispositions de droit interne pour sanctionner une violation du droit de l'Union constitue aussi un cas de mise en œuvre du droit de l'Union.

Il résulte désormais d'une jurisprudence constante « que les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union ». ⁷³

⁶⁷ CJ, 24 avril 2012, *Servet Kamberaj*, affaire C-571/10, non encore publié au Recueil, points 79-80.

⁶⁸ CJ, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, affaire C-617/10, point 18, non encore publié au Recueil.

⁶⁹ Ibid, point 20.

⁷⁰ Ibid, point 21.

⁷¹ La Cour admet cette tierce constellation concernant les mesures nationales de sanction dès 2003, cf. CJCE, 16 octobre 2003, *Hannl-Hofstetter*, affaire C-91/02, Rec. p. I-12077 et les autres affaires citées *supra* à la note 51.

⁷² Ibid, point 28.

⁷³ Confirmé en dernier lieu par l'arrêt CJ, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, affaire C-176/12, non encore publié au Recueil, point 42.

En dépit de ces termes très généraux la Cour admet néanmoins certaines exceptions. Elle maintient en effet sa jurisprudence *Annibaldi* de 1997 qu'elle vient de confirmer par deux arrêts récents.⁷⁴ Dans l'affaire *Melloni* elle admet en outre que, « lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ». ⁷⁵ Le recours aux standards nationaux est donc toléré bien que soumis à des conditions strictes. La Cour rappelle en effet dans l'arrêt *Åkerberg Fransson* du même jour que cela ne concerne qu'une « situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union ». ⁷⁶ Par ailleurs, la Cour se montre également sensible à l'argument des États membres qui se fondent sur l'article 4 TUE pour invoquer ce que l'on appelle l'exception de l'identité constitutionnelle. ⁷⁷ Elle pourra en faire application dans de futures affaires concernant l'applicabilité aux États membres des droits fondamentaux de la Charte.

Bien que la Cour de justice ait ainsi pris soin d'expliquer sa position et qu'elle y admet des exceptions, sa lecture de l'article 51 (1) a provoqué une réaction de rejet de la part des juges constitutionnels allemands du *Bundesverfassungsgericht*. La position de la Cour constitutionnelle allemande quant à l'applicabilité de la Charte aux mesures nationales différerait d'ailleurs en plusieurs points de celle qui aura finalement été retenue par la Cour de justice. Cela se reflète notamment dans trois de ces décisions adoptées en 2011. ⁷⁸

Le coup de tonnerre vint d'une décision d'opposition frontale adoptée par le premier Senat de la Cour constitutionnelle le 24 avril 2013. ⁷⁹ Aux paragraphes 88 à 90 de cette décision relative à la constitutionnalité d'une loi allemande qui institue une base de données anti-terrorisme, la Cour constitutionnelle fédérale expose sa vision de l'applicabilité de la Charte. Selon elle, les droits fondamentaux européens de la Charte des droits fondamentaux ne sont pas applicables au cas à décider. Les dispositions attaquées sont à juger à l'aune des droits fondamentaux de la Loi fondamentale pour la raison « qu'elles ne sont pas déterminées par le droit de l'Union ». Par conséquent « il ne s'agit pas dans le présent cas d'une mise en œuvre du droit de l'Union qui seule pourrait entraîner une force obligatoire de la Charte pour les États membres ». ⁸⁰

Au point 89 de sa décision la Cour constitutionnelle admet cependant que la loi allemande établissant le fichier informatique anti-terrorisme soulève des questions

⁷⁴ Cf. supra, notes 53 et 54, CJ, 8 novembre 2012, *Iida*, affaire C-40/11, non encore publié au Recueil, point 79 et CJ, 8 mai 2013, *Ymeraga*, affaire C-87/12, non encore publié au Recueil, point 41.

⁷⁵ CJ, 26 février 2013, *Melloni*, affaire C-399/11, non encore publié au Recueil, point 60.

⁷⁶ Ibid, point 29.

⁷⁷ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, affaire C-36/02, Rec. 2004 p. I-9609 ; CJ, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, affaire C-208/09, Rec. 2010 p. I-13693.

⁷⁸ Cf. la décision du premier Senat du 19 juillet 2011, « meubles Le Corbusier », (1 BvR 1916/09), la décision du second Senat 15 décembre 2011, « ne bis in idem », (« 2 BvR 148/11) et la décision du premier Senat du 15 décembre 2011, « AnyDVD », (1 BvR 1248/11).

⁷⁹ Décision du 24 avril 2013, « base de données anti terrorisme », (1 BvR 1215/07), https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20130424_1bvr121507.html.

⁸⁰ Point 88, traduction effectuée par l'auteur.

qui touchent en partie des domaines règlementés par le droit de l'Union et que la loi du fichier anti-terrorisme n'est pas sans lien avec le droit de l'Union. Elle estime cependant qu'il est évident que cette loi ne constitue pas une mise en œuvre du droit de l'Union dans la mesure où elle n'est pas déterminée par le droit de l'Union et qu'il n'y ait ni obligation, ni interdiction, ni aucune indication dans le droit de l'Union sur le contenu d'un tel fichier. La loi allemande poursuivrait donc des objectifs de droit interne qui ne peuvent déterminer le fonctionnement de relations juridiques ordonnées par le droit de l'Union que de manière indirecte. Conformément à la jurisprudence *Annibaldi*, cela ne serait pas suffisant pour la soumettre à un contrôle au regard des droits fondamentaux de l'Union.

Jusque-là, le raisonnement de la Cour allemande peut encore se concilier avec celui de la Cour de justice. Au point 91, survient cependant la contestation de l'arrêt *Åkerberg Fransson*. Le *Bundesverfassungsgericht* cherche en effet à imposer une lecture restrictive de cet arrêt. Elle invoque « l'ensemble coopératif » des deux juridictions et exige que cet arrêt ne puisse être lu dans un sens selon lequel il serait à considérer comme un acte *ultra vires* ou bien menacerait la protection et la mise en œuvre des droits fondamentaux des États membres d'une manière qui met en cause l'identité de l'ordre constitutionnel allemand. Selon les juges allemands, cet arrêt ne doit être ni compris ni appliqué dans un sens « que n'importe quelle relation factuelle d'une réglementation avec le champ d'application du droit de l'Union, considéré dans l'abstrait, serait suffisante pour entraîner l'applicabilité de la Charte ». ⁸¹

Bien que l'interprétation large de l'article 51 (1), telle que retenue par la Cour de justice dans ses arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* du 26 février 2013, a rencontré la critique virulente des juges constitutionnels allemands, on estime qu'il existe de bonnes raisons pour aller encore plus loin.

C. Un champ d'application prédestiné à connaître une certaine extension

L'impulsion vers une extension raisonnable du champ d'application de la Charte peut se déduire tant de sa nature que des relations qu'elle entretient avec des domaines particulièrement dynamiques du droit de l'Union. Son champ d'application peut ainsi être décrit comme étant évolutif, à vocation générale et potentiellement fédéralisant.

L'extension dont il est question ici devra conduire les juges à appliquer la Charte à des situations qui ne sont pas (encore) couvertes par les lignes jurisprudentielles *Wachauf* et *ERT*. Cette extension devra rester raisonnable, claire et respectueuse des autres instruments applicables. Elle devra en outre tenir compte du fait que les institutions de l'Union chargées de veiller à son respect ne sont pas nécessairement bien armées pour devenir des gardiennes des droits de l'homme. ⁸²

Afin d'appuyer cette thèse on rappellera tout d'abord les motifs qui peuvent être avancés (1.). On conduira ensuite une réflexion sur les critères envisageables afin de déterminer avec la plus grande précision possible le champ d'application élargi (2.) et on expliquera enfin pourquoi la mise en œuvre de cette extension peut être confiée à l'appréciation (décentralisée) des juridictions nationales (3.).

⁸¹ Traduction effectuée par l'auteur.

⁸² On pense notamment à la Cour, à la Commission et à l'Agence des droits fondamentaux. Cf. Clemens LADENBURGER, Institutional report, FIDE 2012, précité.

1. Les motifs avancés

Les motifs invocables pour justifier l'extension du champ d'application de la Charte sont en fait pour la plupart les mêmes que ceux qui permettent de la qualifier de clef de voûte (ou de pièce manquante) de l'édifice européen des droits fondamentaux. Ils tiennent ainsi à ses qualités intrinsèques. A la différence de la CEDH, la Charte bénéficie non seulement de la suprématie reconnue au droit originaire dans l'ordre juridique de l'Union, mais aussi de la primauté à l'égard de toutes les normes nationales des États membres. Instrument davantage constitutionnel que conventionnel par son élaboration, la Charte remplit toutes les conditions pour devenir dans les mains des juges un instrument d'ordre public.

Elle constitue sans doute par ailleurs un instrument des droits fondamentaux qui peut être considéré à jour au regard des exigences d'une société humaine du vingt-et-unième siècle. Sans vouloir lui attribuer l'adjectif d'« exhaustif », il est patent que, comparée aux instruments plus anciens, la Charte consacre une palette de droits nouveaux et peut d'ailleurs toujours être complétée par le recours de la Cour de justice aux principes généraux du droit de l'Union tel que le permet l'article 6, paragraphe 3, TUE. Elle comprend, en tout état de cause, un catalogue de droits largement plus complet que les catalogues lacunaires de certains États membres tels que par exemple ceux du Danemark et du Luxembourg au sein desquels la CEDH est entre-temps devenu l'instrument principal de protection de droits.⁸³ L'ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme, Jean Paul Costa, admet, quant à lui, que comparée à la CEDH « les forces de la Charte sont évidemment son caractère plus utilisable, plus complet et plus moderne ».⁸⁴

Le sort qu'a connu la Charte depuis son adoption en 2000 confirme ces affirmations. Même encore dépourvu de force contraignante à l'égard des États membres, la Charte avait en effet rapidement connu - dans la pratique interprétative des juges et avocats généraux - ce que Laurence Burgorgue-Larsen a appelé un « fabuleux destin ».⁸⁵ Les justiciables s'y réfèrent d'ailleurs de plus en plus fréquemment et ne comprennent pas bien la limitation de son champ d'application. Ils s'attendent au contraire à ce que les juges nationaux s'en saisissent.

Aux yeux des justiciables l'invocabilité des droits garantis par la Charte apparaît en effet comme une conséquence logique dès lors qu'existe un lien avec les libertés de circulation. Dans la mesure où l'application de la Charte ne devrait pas dépendre des circonstances de fait dans chaque affaire, il semble cependant contre-productif de retenir un tel lien au titre de la définition de son champ d'application. Un critère abstrait paraît de prime abord préférable. La jurisprudence de la Cour de justice consacrant le « statut des citoyens de l'Union » pourrait fournir à cet égard une piste à suivre. L'une des raisons avancée lors de la décision de faire élaborer la Charte

⁸³ Pour le Danemark, cf. Jens Elo RYTTER et Kristian CEDERVALL LAUTA, Denmark, FIDE 2012, précité, p. 1. En raison de l'ancienneté et du caractère lacunaire du catalogue constitutionnel du Luxembourg, la CEDH y constitue la première source de droits fondamentaux pour les juridictions.

⁸⁴ Jean Paul COSTA, La Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, EUI working paper, 2004/5, p. 8.

⁸⁵ Laurence BURGORGUE-LARSEN, "La force de l'évocation ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", in *L'équilibre des pouvoirs et l'esprit des institutions. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 77-104.

était en effet liée au besoin de rendre les droits fondamentaux visibles pour les citoyens. Le conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 avait en effet donné mandat de rédiger un projet de Charte estimant qu'il « est nécessaire d'établir une Charte de ces droits afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union ».

Certains avocats généraux de la Cour de justice avaient eux aussi établi un lien étroit entre la citoyenneté européenne et les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union.⁸⁶ S'agissant du principe de non-discrimination, il est désormais de jurisprudence constante qu'il protège le citoyen européen dans un autre État membre. Son statut de citoyen de l'Union lui confère d'ailleurs une protection même s'il n'a jamais fait usage de sa liberté de circulation et se trouve de ce fait dans une situation dite « purement interne ». Ceci peut être le cas lorsqu'une mesure nationale telle qu'une expulsion risque de le priver de « l'exercice effectif de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen ».⁸⁷

Le risque non négligeable de la survenance de discriminations à rebours fournit un argument supplémentaire en faveur d'une certaine extension du champ d'application de la Charte à l'égard des États membres. Tant que l'application des droits de la Charte reste en effet circonscrite aux mesures et situations qui entrent dans le champ d'application du droit de l'Union, les droits de la Charte ne peuvent bénéficier à ceux qui se trouvent dans une situation purement interne ne présentant aucun lien de rattachement avec les situations envisagées par le droit de l'Union. Ceux-là seront alors tentés de créer artificiellement de tels liens de rattachement.

Elargir le champ d'application de la Charte à l'égard des États membres aura par ailleurs pour avantage de permettre l'harmonisation de son champ d'application général avec celui, plus large, de certains des droits qu'elle reconnaît.

On remarquera en dernier lieu que ce champ d'application connaît de toute façon une sorte d'évolution dynamique du fait du nombre croissant d'actes de droit dérivé qui se réfèrent à la Charte.⁸⁸ Dans la mesure où la Charte devient une source d'inspiration pour les institutions qui y font référence dans les préambules des directives et règlements touchant aux domaines les plus divers, son champ d'application au sens matériel augmente de la même manière. Pour ne citer que le seul domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, il est évident que le respect des droits de la Charte constitue une condition *sine qua non* pour établir et maintenir la confiance mutuelle nécessaire pour le bon fonctionnement de cet espace.

⁸⁶ En premier lieu, les conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 9 décembre 1992, *Konstantinidis*, affaire C-168/91 et celles présentées le 19 mars 1998, *Horst Otto Bickel et Ulrich Franz*, affaire C-276/96. Voir aussi Frauke BROSIUS GERSDORF, précité, p. 31, Contra Thomas VON DANWITZ, Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nach der Charta der Grundrechte, précité, p. 29 selon lequel « le seul séjour d'un citoyen de l'Union sur le territoire d'un autre EM ne constitue pas encore un titre d'être traité par ce dernier conformément aux droits fondamentaux communautaires ».

⁸⁷ CJ, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, affaire C-34/09, Rec. 2011 p. I-1177 ; CJ, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy*, C-434/09, Rec. 2011 p. I-3375 ; CJ, 15 novembre 2011, *Dereci*, affaire C-256/11, Rec. 2011 p. I-11315.

⁸⁸ Cp. Romain TINIÈRE, Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l'Union européenne : Le discours sans la méthode, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, RDLF 2013, chron. n°14, <http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=4023>.

Reste à savoir quel critère permettra de délimiter ce champ d'application élargi de manière satisfaisante.

2. Les critères envisageables

Confrontés au libellé restrictif de l'article 51 (1) CDF, la doctrine et les avocats généraux de la Cour ont fait preuve d'imagination pour trouver le critère le plus pertinent, le plus clair et le plus opérationnel pour déclencher l'applicabilité de la Charte. On se bornera en ce lieu à ne rappeler que les propositions les plus prometteuses.

Une première solution pourrait consister à maintenir tout simplement la formule jurisprudentielle ouverte du champ d'application du droit de l'Union, ce que Dieter Scheuing appelait « *die offene Suchformel* ». Ainsi, l'avocat général Yves Bot considérait déjà en 2011 que « la formule retenue par les rédacteurs de la Charte ne signifie pas qu'ils ont voulu restreindre le champ d'application de celle-ci par rapport à la définition prétorienne du champ d'application des principes généraux du droit de l'Union ».⁸⁹

Il demeure cependant qu'il s'agit d'une formule dans les contours exacts restent à déterminer. Il se pose notamment la question de savoir si une mesure nationale, qui d'un point de vue spécifique tombe dans le champ d'application du droit communautaire, peut être soumise au contrôle de sa conformité avec les droits fondamentaux de la Charte d'une manière générale. Le maintien de cette formule maintiendrait en même temps une certaine insécurité juridique. D'un côté, cette approche casuistique engendre des difficultés pour les juridictions nationales et les justiciables qui ne savent pas par avance si une mesure nationale donnée relève du champ d'application de la Charte ou non. D'un autre côté, cette formule éprouvée depuis près de vingt-cinq ans permet de conserver une flexibilité qui sied bien à la nature évolutive du droit de l'Union.

La proposition la plus radicale en faveur de l'extension du champ d'application de la Charte a été faite par l'avocat général Eleanore Sharpston, dans ses conclusions présentées le 30 septembre 2010, dans l'affaire *Zambrano*. Rappelant que « la transparence et la clarté exigent que l'on puisse déterminer avec certitude ce que le 'champ d'application du droit de l'Union européenne' signifie aux fins de la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne », elle y propose en effet de subordonner « la disponibilité de la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne non pas à l'applicabilité directe d'une disposition du traité ni à l'adoption de dispositions de droit dérivé, mais plutôt à l'existence et à l'étendue d'une compétence matérielle de l'Union européenne ». Selon elle, et pourvu que l'Union européenne dispose d'une compétence dans un domaine juridique particulier, « les droits fondamentaux de l'Union européenne protègent le citoyen de l'Union européenne, même si cette compétence n'a pas encore été exercée ».⁹⁰ Elle a cependant admis elle-même que cette solution à « effet fédéralisant » ne pouvait pas être adoptée de manière unilatérale par la Cour dans cette affaire.

⁸⁹ Conclusions de l'avocat général Yves Bot présentées le 5 avril 2011, *Scattolon*, affaire C-108/10, point 118.

⁹⁰ Conclusions de l'avocat général Sharpston présentées le 30 septembre 2010, *Gerardo Ruiz Zambrano*, affaire C-34/09, points 163 et ss.

Un autre critère proposé à la discussion est celui de l'existence d'un lien de rattachement suffisamment étroit à une norme concrète du droit de l'Union.⁹¹ Ainsi l'avocat général Cruz Villalon suggère dans ses conclusions dans l'affaire *Åkerberg Fransson* de retenir comme premier critère « l'exigence d'une *présence* du droit de l'Union à la source de l'exercice de la puissance publique », précisant qu'il doit s'agir d'une présence qualifiée « de nature à déterminer ou à influencer, dans une plus ou moins large mesure, le contenu de ces manifestations de la puissance publique dans l'État membre ». A cela il ajoute, comme second critère, la justification par « un intérêt spécifique de l'Union à ce que cet exercice du pouvoir s'adapte à sa conception des droits fondamentaux ».⁹² Pour intellectuellement séduisante que cette formule puisse paraître, elle pêche cependant par son haut degré d'abstraction et par son caractère peu opérationnel.

Plus prometteur apparaît alors la proposition doctrinale publiée sous le titre de « Solange à rebours ».⁹³ Fondée sur une combinaison des valeurs de l'Union qui s'imposent aux États membres (article 2 TUE), de la citoyenneté de l'Union et de l'article 51 (1) de la Charte, cette proposition part d'une présomption du respect des droits fondamentaux de l'Union par l'État membre. Cette présomption ne s'effacera que si l'essence des droits résultant du statut fondamental de citoyen européen est affectée. Dans ce cas seulement le champ d'application de la Charte sera ouvert. Une idée similaire a été avancée par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Iida*. Elle considère en effet qu'il existe un lien suffisant avec la mise en œuvre du droit de l'Union dès lors que le refus du permis de séjour à un de ses membres de la famille, ressortissant d'État tiers, restreint le droit de libre circulation dont jouit le citoyen de l'Union mineur.⁹⁴

On comprendra aisément que la tâche de préciser ce critère de rattachement d'une manière non seulement abstraite et claire, mais aussi opérationnelle relève d'« une mission de construction jurisprudentielle qui ne pourra aboutir du jour au lendemain ».⁹⁵ La difficulté de développer un test positif unique ne doit pas être sous-estimée. La Cour semble privilégier pour l'instant la recherche d'un lien de rattachement suffisamment étroit avec une des situations gouvernées par le droit de l'Union. Ce lien se rattache alors à la mesure litigieuse ou bien à la situation de fait et permet d'appréhender des situations aussi diverses que le renvoi du droit national au droit de l'Union, le co-financement de certaines actions, les aides d'État ou encore la reconnaissance mutuelle de jugements. L'application de cette méthode à des situations concrètes ayant fait ses preuves, il serait peut-être dangereux de l'abandonner au bénéfice d'un critère nouveau et plus abstrait. Il est néanmoins

⁹¹ Cp. les propositions de Thomas VON DANWITZ, *Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nach der Charta der Grundrechte*, précité, p 28 : « rapports ou statuts juridiques qui résultent exclusivement ou principalement du droit communautaire » et Clemens LADENBURGER, FIDE 2012, Institutional report, précité p.16.

⁹² Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012, *Åkerberg Fransson*, affaire C-617/10, points 33 et 40.

⁹³ Cf. Armin VON BOGDANDY et alii., *Reverse Solange - Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, CML Rev. 2012, pp. 489-519.

⁹⁴ Conclusions de l'avocat général Trstenjak présentées le 15 mai 2012, *Iida*, affaire C-40/11, points 72 à 79.

⁹⁵ Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012, *Åkerberg Fransson*, affaire C-617/10, point 24.

envisageable de confier l'application du critère aux juges nationaux en leur reconnaissant une certaine marge d'appréciation.

3. L'extension peut être confiée à l'appréciation (décentralisée) des juridictions nationales

La solution de compromis pourrait consister à accepter l'applicabilité de la Charte dès lors qu'une mesure nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union largement entendu tout en laissant aux juges nationaux le soin de l'établir si cela est le cas dans une affaire donnée. En tant que juges de droit commun du droit de l'Union, ils sont en effet les mieux placés pour effectuer ce test, au besoin en coopération avec la CJUE par le biais du renvoi préjudiciel. Conformément à la philosophie de coopération judiciaire qui inspire le renvoi préjudiciel, la Cour devrait alors s'abstenir de « dicter » la solution d'espèce et se borner à leur fournir les critères permettant d'effectuer ce test d'une manière qui ne porte pas atteinte au principe d'application uniforme du droit de l'Union.

Une telle coopération permettrait une solution moins intrusive et plus respectueuse des particularités locales en matière de protection des droits fondamentaux sans pour autant mettre en péril le standard de protection établi par la Charte. Respectueuse d'une large marge d'appréciation laissée aux autorités et aux juridictions nationales, cette technique a déjà été éprouvée dans un certain nombre d'arrêts retentissants de la CJUE.⁹⁶ Cela ne revient pas non plus à donner carte blanche aux juridictions nationales.

Elles doivent en effet veiller à ce l'application décentralisée de la Charte permette de l'insérer harmonieusement dans l'espace européen des droits fondamentaux. Il s'agit là à n'en pas douter d'une tâche redoutable dont on tentera ci-après d'esquisser brièvement les contours.

II. L'application décentralisée de la Charte doit s'insérer harmonieusement dans l'espace européen des droits fondamentaux

Si le champ d'application de la Charte, tel que défini ci-dessus, est ouvert, son application doit être le principe. Cela conduira fréquemment à une application cumulée ou simultanée de plusieurs instruments constitutionnels (A.) et doit de ce fait aboutir à un effort d'interprétation conciliatrice (B.).

A. Une application cumulative de principe

On ne dispose pas encore de données quantitatives fiables sur l'application de la Charte par les juridictions nationales. A l'instar des justiciables, celles-ci semblent néanmoins s'approprier cet instrument nouveau comme elles l'ont fait dans le passé avec la CEDH. L'application de la Charte devenant la règle (1.) cela aboutira

⁹⁶ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, affaire C-112/00, Rec. p. I-5659 ; CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, affaire C-36/02, Rec. 2004 p. I-9609. Voir aussi CJ, 15 novembre 2011, *Dereci*, affaire C-256/11, Rec. 2011 p. I-11315, dans lequel la Cour laisse le soin à la juridiction nationale de décider si la situation des requérants relève du droit de l'Union.

inévitablement à un cumul d'instruments applicables (2.) que seule l'invocation de l'exception de l'identité constitutionnelle nationale sera en mesure de contourner (3.).

1. Application de principe

A condition que le juge national considère qu'une mesure nationale entre dans le champ d'application de la Charte tel que défini ci-dessus, il sera en principe amené à appliquer ses dispositions à l'affaire qui lui est soumise. Faisant partie du droit primaire de l'Union, les dispositions de la Charte peuvent en outre se voir reconnaître un effet direct au sens de la jurisprudence de la Cour, si les critères jurisprudentiels sont remplis.⁹⁷

S'agissant des droits reconnus par la Charte, aucune transposition n'est en effet nécessaire. Une loi organique espagnole, adoptée dans le processus de ratification du traité de Lisbonne, dispose néanmoins que la constitution doit être interprétée à la lumière de la Charte.⁹⁸ Conformément à l'article 10 (2) e la Constitution espagnole ainsi modifiée, le Tribunal constitutionnel espagnol doit par conséquent désormais effectuer son contrôle de la constitutionnalité des lois en tenant compte des dispositions de la Charte.⁹⁹ Au Luxembourg et aux Pays-Bas, la Charte a par ailleurs servi de source d'inspiration pour des projets de révision constitutionnelle.¹⁰⁰

S'agissant des dispositions de la Charte qui contiennent des principes, l'article 52 (5) prévoit qu'elles 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.

Si les parties omettent de se référer à la Charte, le juge national sera appelé à en faire une application d'office. On peut en effet estimer que la protection des droits et principes garantis par la Charte pourra constituer un moyen d'ordre public en vertu des règles procédurales nationales.¹⁰¹

Il appartiendra alors aux juges nationaux d'assurer la pleine application des dispositions de la Charte dans le cadre du contrôle complet de la légalité ou de la constitutionnalité qui leur est confié au sein du système juridictionnel national.

⁹⁷ Cp. Achim SEIFERT, L'effet horizontal des droits fondamentaux, RTDE 2012, pp. 801-826.

⁹⁸ Ley organica 1/2008, July 30 2008, Boletín Oficial del Estado, Número: 184, 31/07/2008, Disposición nº 13033, Páginas: 32919-32925.

⁹⁹ Cp. Enrique GUILLEN LOPEZ, The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Spanish Constitutional law: make a virtue of necessity, in P. Popelier, et alii (eds.), Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts, Intersentia, 2011, p. 309.

¹⁰⁰ Cf. Jörg GERKRATH, Some remarks on the pending constitutional change in the Grand Duchy of Luxemburg, EPL 2013, pp. 449-459. Cf. aussi Leonard BESSELINK FIDE 2012, general report, op. cit. p. 7, note 16.

¹⁰¹ Cf. Thomas VON DANWITZ, ACA-Europe, Colloque de Madrid 2012, précité, rapport pour la CJUE, p. 11; voir aussi Paul CASSIA et Suzanne VON COESTER, L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national, La Semaine juridique, Ed. gén., 2012, p. 298, point 11; ACA-Europe, général report, précité p. 10-11.

2. Application cumulative

En raison de ce qui a été appelé le « principe de coexistence », consacré par l'article 53 CDF, la Charte connaîtra fréquemment une application cumulative.¹⁰² La protection assurée par la Charte s'ajoute en effet, en règle générale, aux droits fondamentaux nationaux et aux standards minimaux de la CEDH.¹⁰³

Elle peut alors assurer trois fonctions distinctes. La Charte constitue en effet une aide interprétative, une norme de référence dans le contrôle de la légalité ou de la validité des actes et une source d'inspiration pour la consécration de nouveaux principes généraux du droit de l'Union.¹⁰⁴ Pour ne pas confondre les fonctions exercées il faut soigneusement distinguer deux cas de figure susceptibles de se présenter en pratique.

Dans le premier cas, lorsque le champ d'application de la Charte est ouvert, l'applicabilité de la Charte aboutira devant le juge national à une situation dans laquelle il est confronté à une pluralité de normes applicables. En vertu du principe de primauté du droit de l'Union, il sera alors obligé d'appliquer la Charte et d'écarter les dispositions de la CEDH ou de sa constitution à moins qu'il ne parvienne par la méthode de l'interprétation conforme à leur conférer un sens compatible avec la Charte. Une des solutions les plus élégantes consiste alors à conférer à la CEDH et à la Charte une valeur constitutionnelle dans l'ordre juridique interne en les plaçant ainsi sur un pied d'égalité.

En Autriche, la Cour constitutionnelle a ainsi dit pour droit que « sur le fondement de la situation juridique interne, il découle du principe d'équivalence que les droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux peuvent également être invoqués en tant que droits constitutionnellement garantis ». ¹⁰⁵ En tant que tels, les droits garantis par la Charte « constituent par conséquent des normes de référence dans le cadre du contrôle effectué par la Cour constitutionnelle ». ¹⁰⁶

Par rapport au sort réservé dans ce contexte aux constitutions nationales, l'article 53 CDF ne doit pas être compris comme une loi de conflit, mais plutôt comme une règle destinée à renforcer la primauté du droit de l'Union en ce que la Cour de justice est chargée d'exposer ses motifs lorsqu'elle souhaite imposer le standard de protection de la Charte. La Cour a ainsi jugé qu'une interprétation de l'article 53 laquelle « permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État » porterait en effet « atteinte au principe de la primauté du droit de l'Union ». ¹⁰⁷ Si l'article 53 de la Charte confirme certes qu'il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de

¹⁰² Clemens LADENBURGER, « principle of co-existence », FIDE institutional report , précité, p. 24.

¹⁰³ Cp. Thomas VON DANWITZ, Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nach der Charta der Grundrechte, précité, p. 31.

¹⁰⁴ Voir en ce sens Koen LENAERTS, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, précité, p. 3.

¹⁰⁵ Cf. l'arrêt de la Cour constitutionnelle autrichienne du 14 mars 2012 dans les affaires U 466/11, U 1836/11, par. 35, <http://www.vfgh.gv.at>

¹⁰⁶ Ibidem, par. 38.

¹⁰⁷ Cf. CJ, 26 février 2013, *Melloni*, affaire C-399/11, non encore publié au Recueil, point 58.

mise en œuvre, cette application ne doit cependant pas compromettre « le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ». ¹⁰⁸

Dans le second cas de figure, lorsque la mesure litigieuse ou la situation factuelle ne présente aucun lien de rattachement avec le droit de l'Union et n'entre donc pas dans le champ d'application largement entendu de celui-ci, le juge national ne sera pas dans l'obligation d'appliquer les dispositions de la Charte. Il pourra se contenter de faire application des droits fondamentaux reconnus au niveau de la CEDH et du droit constitutionnel national. Dans l'intérêt d'un fonctionnement harmonieux de l'espace européen des droits fondamentaux et afin de respecter le principe de coexistence des sources qui est à la base des articles 6 TUE et 53 CDF, les juges nationaux assument cependant une responsabilité particulière. Elle devrait, en bonne logique, les pousser à envisager une prise en compte cumulée des trois sources matérielles disponibles.

S'agissant des situations qui n'entrent pas dans le champ d'application du droit de l'Union, le recours à la Charte n'est pas en effet dénué de tout intérêt. Sa prise en compte par le juge en tant que source d'inspiration avec valeur de *soft law*, entrainera une meilleure harmonisation des droits fondamentaux dans l'espace européen. ¹⁰⁹ Cela vaut notamment à l'égard de la CEDH dont les droits ne devraient pas être interprétés dans un sens différent selon qu'elle s'applique seule ou en conjonction avec la Charte. ¹¹⁰

La Cour constitutionnelle belge a montré la voie à suivre dans ce domaine. Elle a en effet développé une doctrine intéressante des droits fondamentaux fondée sur l'idée de ce qu'elle appelle un « ensemble indissociable » des droits fondamentaux. Selon cette doctrine, chaque fois que la Belgique est liée par une disposition d'un traité international des droits de l'homme, dont la substance est analogue à un droit fondamental de la Constitution, leurs garanties constituent un tel ensemble indissociable. Dans le cas d'une violation alléguée d'un droit fondamental constitutionnel, la Cour constitutionnelle va, par conséquent, exercer son contrôle de constitutionnalité dans le respect des dispositions du droit international qui reconnaissent des droits ou libertés analogues. ¹¹¹

Dans une décision sur la liberté académique du 23 Novembre 2005, la Cour constitutionnelle a appliqué cette doctrine à l'égard de la Charte. La Cour a déclaré qu'elle doit prendre en compte, dans l'exercice de son examen, l'article 13 de la Charte, même si elle n'est pas obligatoire, car il prévoit également que la liberté académique a le statut d'une « valeur commune » de l'Union européenne. Selon ce jugement, « c'est donc également à la lumière de cette disposition que la liberté académique impliquée par les articles 19 et 24, § 1er, de la Constitution doit s'interpréter ». ¹¹²

¹⁰⁸ Ibid, point 60.

¹⁰⁹ Cp. Heidi KAILA, *The scope of application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the member states précité*, p. 312 ; Idem Koen LENAERTS, *Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung précité*, p. 3.

¹¹⁰ Heidi KAILA, *ibid.* p. 313, Idem Hans D. JARASS, *Charta der EU-Grundrechte, Artikel 51 Anwendungsbereich*, point 23.

¹¹¹ Cour Constitutionnelle arrêt n° 2004-136 du 22.7.2004, cf. <http://www.const-court.be/>.

¹¹² Cour Constitutionnelle arrêt n° 2005-167 du 23.11.2005.

Ainsi, la Charte devient un outil d'interprétation de la Constitution belge. La Cour constitutionnelle rappelle cependant que la Charte ne s'applique à proprement parler que si une mesure relève de son champ d'application.¹¹³ Pour le moment elle considère donc la Charte plutôt comme une norme d'interprétation que comme une norme de référence pour le contrôle de constitutionnalité. Cela pourrait changer si dans une affaire pendante, la Cour venait à considérer que l'objectif de prévention d'un cas de discrimination à rebours pouvait justifier un recours plus appuyé à la Charte et conduire ainsi à une application combinée des dispositions découlant de la Charte et de la Constitution.

L'approche suivie par la Cour constitutionnelle belge montre que les solutions permettant une coexistence harmonieuse entre les différentes sources des droits fondamentaux applicables dans l'espace européen peuvent être trouvées de manière décentralisée. Les exemples espagnol et autrichien cités ci-dessus fournissent à cet égard d'autres pistes de réflexion.¹¹⁴ Les juridictions constitutionnelles ou suprêmes nationales qui, à l'instar du *Bundesverfassungsgericht* allemand, ne se voient pas en mesure d'aller en ce sens pourront toujours faire valoir l'exception de l'identité nationale constitutionnelle pour échapper - le cas échéant - à l'emprise de la Charte, jugée, à tort ou à raison, comme étant insupportable.

3. L'exception de l'identité constitutionnelle nationale

On peut penser que le droit communautaire comprend depuis ses origines - au moins implicitement - une clause permettant aux États membres d'exiger le respect de leur identité constitutionnelle. Telle a notamment été la position de la Cour constitutionnelle allemande, exprimée dans son arrêt du 22 mars 1995 sur la directive « télévision sans frontières ».¹¹⁵ A bien comprendre les juges allemands, il existerait en effet une obligation de la Communauté, aujourd'hui de l'Union, au respect de la structure fédérale d'un État membre. Ils font référence à ce principe en indiquant qu'il en résulterait une obligation de considération réciproque (*wechselseitige Rücksichtnahme*).¹¹⁶ Une référence semblable se trouvait déjà dans la décision « Maastricht » où la Cour indiquait que « le principe majoritaire trouve, conformément à l'obligation découlant de la loyauté communautaire, une limite dans les principes constitutionnels et intérêts élémentaires des États membres »¹¹⁷.

La Cour allemande peut prendre appui à cet égard sur une évolution opérée au sein de la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci avait en effet peu à peu élargi son interprétation de l'ancien article 5 CEE (devenu article 10 CE puis article 4 (3) TUE), dont le texte ne vise que les obligations des États membres,¹¹⁸ pour en déduire l'existence d'une obligation de coopération loyale pesant à la fois sur les États

¹¹³ Cour Constitutionnelle arrêt n° CC 2012-145 du 6.12.2012.

¹¹⁴ Cf. sous II. A. 1 et sous II. A. 2.

¹¹⁵ 2 BvG 1/89, texte intégral in EuGRZ 1995, pp. 125-137; voy. aussi Jörg GERKRATH, L'arrêt du Bundesverfassungsgericht du 22 mars 1995 sur la directive « télévision sans frontières ». Les difficultés de la répartition des compétences entre trois niveaux de législation, RTDE 1995, p. 539-559.

¹¹⁶ EuGRZ 1995, p. 135.

¹¹⁷ EuGRZ 1993, p. 437.

¹¹⁸ Voy. sur cet aspect, Marc BLANQUET, L'article 5 du traité CEE, Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté, LGDJ 1994; et Michael LÜCK, Die Gemeinschaftstreue als allgemeines Rechtsprinzip im Recht der Europäischen Gemeinschaft, Nomos, 1992, 195 p.

membres et les institutions communautaires.¹¹⁹ Elle avait notamment considéré que l'article 5 CEE était « l'expression de la règle plus générale imposant aux États membres et aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopération et d'assistance loyale »¹²⁰.

La portée accordée à ce principe par la Cour allemande dépasse cependant de loin les interprétations qui en ont été faites dans la jurisprudence de la Cour de justice. Elle est également controversée dans la doctrine. Selon plusieurs auteurs, ce principe pourrait jouer le rôle d'une limite à l'exercice des compétences communautaires dès lors que cet exercice porterait atteinte au fédéralisme dans un État membre. Il obligerait en tout cas l'Union à tenir compte des structures fédérales des États membres.¹²¹

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, il est concevable de penser la référence à l'idée du respect, dû par l'Union, de « l'identité constitutionnelle nationale », qui figure désormais à l'article 4 (3) TUE, comme une sorte de droit fondamental de l'État membre au sein de l'UE.¹²² Cette exception, explicitement ancrée dans le droit de l'Union, est d'ores et déjà invoquée par les juges en Europe. Les exemples allemand, français, espagnol et autres le montrent à suffisance.¹²³ Les références que la Charte fait aux « traditions constitutionnelles communes des États membres », dans son préambule et à l'article 52, ainsi qu'à leurs constitutions, à l'article 53, amplifient encore le devoir de l'Union de respecter en particulier l'identité constitutionnelle des États membres telle qu'elle se reflète dans leurs garanties de droits fondamentaux.

Comme le rappelle le préambule de la Charte: « L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics aux niveaux national, régional et local ». L'invocation du respect, dû par l'Union européenne, de l'identité constitutionnelle des États membres doit, si elle est justifiée, par conséquent conduire, le cas échéant, à laisser inappliquée une disposition de la Charte dans une situation entrant pourtant dans le champ d'application du droit de l'Union.¹²⁴

¹¹⁹ Voy. notamment CJCE, ordonnance du 13 juillet 1990, Zwartfeld, aff. C-2/88, Rec. p. 2965; CJCE, 28 février 1991, S. Delimitis, aff. C-234/89, Rec. p. 977.

¹²⁰ CJCE 5 avril 1990, Commission c/ Belgique, aff. C-6/89, Rec. p. I-1595.

¹²¹ En ce sens, très convaincant, Astrid EPINEY, *Gemeinschaftsrecht und Föderalismus* : "Landes-Blindheit" und Pflicht zur Berücksichtigung innerstaatlicher Verfassungsstrukturen, EuR 1994, pp. 301-324.

¹²² Dominique RITLENG, Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale, in Barbato/Mouton (dir.) *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant 2010, p. 21 ss et Jean-Denis MOUTON, *Introduction : Présentation d'une proposition doctrinale*, Ibid. p. 1 ss.

¹²³ Cf. l'ouvrage dirigé par Laurence BOURGORGUE LARSEN, *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris 2011, 168 p.

¹²⁴ Cp. à ce titre les développements de Koen LENAERTS, *Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung*, précité, p. 15 ; Dominique RITLENG, *Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale*, précité ; Andreas VOßKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts*, EuConst 2010, p. 175 ss., spéc. p. 195.

Les droits fondamentaux constituent à n'en pas douter un élément constitutif de l'identité constitutionnelle. Combinées avec l'obligation énoncée - au préambule et aux articles 52 (4) et 53 de la Charte - d'interpréter ses dispositions en harmonie avec les traditions constitutionnelles communes, ces dispositions devraient fournir un ancrage plus solide pour une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union qui tiendrait largement compte de la diversité et des standards nationaux de protection des droits fondamentaux.¹²⁵ Ce serait un pas important envers une interprétation plus conciliatrice de la Charte.

B. Une interprétation conciliatrice de la Charte

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a dorénavant la même valeur juridique que les traités, se distingue toutefois de ces derniers en ce qu'elle énonce elle-même des instructions à l'intention de ses interprètes. Ces règles d'interprétation visent à apporter des éclaircissements quant à l'origine des différents droits et principes que la Charte ne fait que réaffirmer et, ce faisant, poursuivent le but plus ambitieux d'assurer leur coexistence avec les autres sources des droits fondamentaux en Europe dans un esprit de conciliation.

L'importance accordée aux explications relatives à la Charte a déjà été soulignée ci-dessus.¹²⁶ En vertu de l'article 6 (3) TUE « les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés (...) en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions ».

En indiquant pour chacune des dispositions de la Charte sa ou ses sources juridiques, les explications fournissent aux juridictions chargées de l'interpréter un précieux outil leur permettant d'en envisager une interprétation sinon conforme du moins conciliatrice avec la norme écrite ou non écrite ayant servi de modèle pour sa rédaction. La Charte entretient en effet, faut-il le rappeler, des rapports étroits avec les autres instruments de la protection des droits fondamentaux dans l'espace européen.

Toujours en vertu de l'article 6 (3) TUE, ses articles « doivent être interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci ». Les « droits correspondants », c'est-à-dire des droits qui correspondent aux droits garantis par les traités fondateurs de l'Union, par la CEDH ou en vertu des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doivent ainsi être interprétés d'une manière qui permette leur coexistence harmonieuse. Pour chacune de ces trois sources les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 52 indiquent ainsi des lignes directrices précises.

S'agissant en particulier des droits correspondants à des droits garantis par la CEDH, l'article 52 (3) va particulièrement loin. Il précise en effet que « leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». Cette disposition ne fait cependant « pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

¹²⁵ Voir aussi Jean Paul JACQUE, Protection nationale des droits fondamentaux et libertés fondamentale communautaires : conflit ou conciliation, L'Europe des libertés, n° 16, 2005.

¹²⁶ Cf. leur préambule. Publiées au JO C 303 du 14 décembre 2007, p. 17, elles n'ont « pas en soi de valeur juridique » mais « constituent un outil d'interprétation précieux destiné à éclaircir les dispositions de la Charte » (préambule des explications).

Cette règle d'interprétation de conformité absolue peut-elle souffrir des exceptions ? Dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, l'avocat général Cruz Villalón suggérerait d'admettre pour certains articles, tel que le principe *ne bis in idem*, une interprétation autonome. Dans ses conclusions, il exprime l'avis que « l'article 50 de la Charte requiert une interprétation partiellement autonome », ¹²⁷ tout en admettant qu'il « convient bien sûr de tenir compte de la jurisprudence actuelle de la Cour de Strasbourg ». Selon lui, « le seuil de protection auquel la Cour doit se tenir doit être le fruit d'une interprétation indépendante et exclusivement fondée sur les dispositions et la portée de l'article 50 précité ». ¹²⁸ Dans la mesure où cet aspect n'a cependant pas été abordé dans l'arrêt de la Cour du 26 février 2013, la question reste posée. On partage le sentiment de l'avocat général que la règle d'interprétation de l'article 52 (3) ne doit pas être comprise comme une norme impérative et inflexible.

La Charte doit s'intégrer dans un espace européen émergent des droits fondamentaux. Il faut donc privilégier une interprétation qui permette de concilier les droits, libertés et principes énoncés par d'autres sources et réaffirmés par elle. Cela ne peut se faire qu'à travers ce fameux « dialogue des juges » au sein du réseau européen des juges constitutionnels (*Verfassungsgerichtsverbund*) auquel appelle notamment le Président de la Cour constitutionnelle allemande. ¹²⁹

Dans l'espace européen des droits fondamentaux, tous les tribunaux sont appelés à s'inspirer mutuellement à travers le dialogue judiciaire. Cela conduit inévitablement à un certain degré « d'appropriation judiciaire » d'instruments « étrangers » par les différentes juridictions concernées. Aujourd'hui, la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales se réfèrent en effet couramment à la Charte de la même manière que la Cour de justice de l'Union continue à faire référence à la CEDH. Un nombre croissant de références croisées dans la jurisprudence des différentes juridictions démontre en effet que cette pratique appelée « cosmopolitisme normatif » ou « convergence matérielle » devient monnaie courante. ¹³⁰

La recherche de la complémentarité n'exclut pas en revanche tout chevauchement entre les sources des droits fondamentaux et les juges mis en place pour garantir leur respect. L'existence d'une sorte de concurrence entre eux peut même s'avérer bénéfique. Tous les juges sont en effet appelés à participer activement à ce que Andreas Voßkuhle appelle la « lutte discursive pour la meilleure solution ». ¹³¹

¹²⁷ Il s'appuie à cet égard sur Laurence Burgorgue-Larsen, « Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux », in Burgorgue-Larsen, L., Dubout, E., Maitrot de la Motte, A., et Touzé, S., *Les interactions normatives – Droit de l'Union européenne et droit international*, Pedone, 2012, Paris, p. 372 et 373.

¹²⁸ Cf. conclusions AG Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, C-617/10, point 6, points 81 ss. et spéc. point 87.

¹²⁹ Cf. Andreas VOßKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts*, précité.

¹³⁰ Cp. Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de J.-P. Jacqué*, Dalloz, Paris 2010, p. 145 ff., and Sébastien MARCIALI, *Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux*, in J. Rideau (éd.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles 2009, p. 345 ff.

¹³¹ Andreas VOßKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts*, *EuConst* 2010, p. 198: « discursive struggle for the best solution ».

Cela pourra se faire par le biais d'un dialogue institutionnalisé et prenant la forme du renvoi préjudiciel tel qu'il existe déjà devant la Cour de justice ou tel qu'il reste à aménager, sous la forme d'une « intervention préalable », entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'accord d'adhésion de l'Union à la CEDH.¹³² Le protocole additionnel numéro 16 à la CEDH, ouvert depuis peu à la ratification et permettant aux juridictions constitutionnelles et suprêmes des États parties de saisir la Cour de demandes d'avis consultatifs « sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention », ouvrira à l'avenir une nouvelle voie pour le dialogue institutionnalisé. D'autres voies, plus informelles, prenant la forme de références croisées aux jurisprudences respectives ou empruntant la voie de visites réciproques et d'échanges de vue entre les juges, sont également empruntées à cette fin. S'agissant en particulier de l'application de la Charte, qui constitue l'objet principal de cette étude, on remarquera encore qu'un partage des rôles bien compris pourra également contribuer à assurer de la cohérence dans l'espace européen des droits fondamentaux.

C. Le partage des rôles dans l'application de la Charte

En ce qui concerne la division des tâches en matière de protection européenne des droits fondamentaux, tous les acteurs doivent se concerter pour œuvrer en vue d'une meilleure coordination. Dans la situation actuelle, les « responsabilités partagées » aboutissent en fait à une triple protection des droits fondamentaux dans le réseau des juridictions constitutionnelles nationales et européennes.¹³³ La nécessité d'aboutir au sein de ce réseau à une répartition claire et cohérente des tâches exige des efforts conjoints pour imaginer des méthodes et des outils novateurs.

On remarquera à cet égard que tout renforcement des compétences de contrôle des juridictions européennes, qu'il résulte d'une révision des traités ou de la jurisprudence, entraîne au retour une modification indirecte des compétences des juridictions constitutionnelles dans les États membres et une altération de la séparation des pouvoirs au niveau national. La position institutionnelle de ces juridictions constitutionnelles et suprêmes se trouvera en effet affaiblie au fur et à mesure que leur rôle de gardien des droits fondamentaux sera réduit du fait de l'emprise croissante de la Cour de justice.¹³⁴ L'eupéanisation du contrôle des droits fondamentaux entraîne ainsi une eupéanisation du droit constitutionnel dans les États membres de l'Union.¹³⁵

Afin de prévenir autant que possible les inévitables frictions et conflits de compétence entre les juridictions impliquées, il paraît indiqué de rechercher des lignes de conduite consensuelles vers lesquelles celles-ci peuvent s'orienter. En s'inspirant de deux principes, qui ont déjà fait leurs preuves dans la pratique des cours européennes, on suggère de réserver aux instances de l'Union un rôle subsidiaire mais digne d'une Union de droit (1.) tout en laissant aux juridictions nationales le soin de

¹³² Cf. Françoise TULKENS, La protection des droits fondamentaux en Europe et l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, KritV 2012, p. 14-28, spéc. p. 25.

¹³³ Cf. Andreas VOßKUHLE, Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts, précité p. 197.

¹³⁴ Cp. Editorial, After Åkerberg Fransson and Melloni, EuConst 2013, p. 169 ss. spéc. p. 171.

¹³⁵ Cp. Jörg GERKRATH, The figure of constitutional law of the "Integrated State": the case of the Grand Duchy of Luxembourg, EuConst 2014/1, à paraître.

l'application courante de la Charte conformément à une « doctrine de déférence », qu'il reste encore à définir (2.).

1. Aux instances de l'Union, une application subsidiaire mais digne d'une Union de droit

Parmi les « institutions, organes et organismes de l'Union », auxquels s'adresse la Charte en vertu de l'article 51 (1), tous n'ont pas vocation à œuvrer en vue de faire respecter les dispositions de la Charte. Si le Conseil et le Parlement ont certes un rôle à jouer au titre de la fonction législative de l'Union, ce rôle se cantonne à prendre en compte la Charte dans le processus législatif, ce qui se traduit fréquemment par une référence à la Charte dans les préambules des actes qu'ils adoptent.¹³⁶ Par ce biais, ils contribuent à en promouvoir le respect à l'égard des autorités nationales chargées de leur exécution. Ces actes doivent en effet être interprétés et appliqués dans le respect des droits et des principes de la Charte. Leur contribution demeure toutefois indirecte.

Ce sont donc avant tout la Commission, l'Agence européenne des droits fondamentaux et la Cour de justice qui peuvent intervenir pour assurer le bon respect des dispositions de la Charte au niveau des États membres. S'agissant de la Commission, des voix autorisées s'élèvent cependant pour mettre en garde contre toute tentation de transformer la Charte en un « federal bill of rights » et pour rappeler que la Commission n'est pas équipée pour devenir un « super flic des droits fondamentaux ».¹³⁷

En vertu de l'article 2 de son règlement fondateur, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne a notamment pour objectif de fournir « aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, une assistance et des compétences en matière de droits fondamentaux, afin de les aider à respecter pleinement ces derniers, lorsque, dans leurs domaines de compétence (...), ils prennent des mesures ou définissent des actions ».¹³⁸ Son rôle relève donc davantage du conseil que de la surveillance.

En ce qui concerne la Cour de justice, on peut légitimement penser qu'elle devrait se concentrer sur l'application de la Charte aux institutions, organes et organismes de l'Union. Certains rappellent qu'en vertu du principe de subsidiarité, connu aussi bien dans le système de la CEDH que dans l'ordre juridique de l'Union, les deux cours européennes siégeant à Strasbourg et au Luxembourg seraient bien avisées de se tenir à un contrôle moins intrusif du respect des droits fondamentaux dans les États parties.

La « présomption de protection équivalente » que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnue au bénéfice de l'Union européenne dans l'affaire *Bosphorus* pourrait servir d'exemple en cette matière.¹³⁹ Certains suggèrent à juste

¹³⁶ Cf. par exemple le règlement (CE) No 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1), point 37.

¹³⁷ Cf. Clemens LADENBURGER, Institutional report, FIDE 2012, précité p. 11 ss. et Viviane REDING, Speech 12/403, précité, p. 11.

¹³⁸ Cf. Règlement (CE) No 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Journal officiel de l'Union européenne, L 53/1 du 22.2.2007

¹³⁹ Cour EDH, Grande Chambre, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS contre Irlande*, req. n° 45036/98.

titre que la Cour edh devrait également faire jouer cette présomption si une juridiction suprême d'un État partie a d'ores et déjà effectué un contrôle approfondi du respect des droits de l'homme. Appliquer à l'égard des juridictions constitutionnelles et suprêmes la même retenue que vis-à-vis de la Cour de justice constituerait en effet « une solution élégante ». ¹⁴⁰ Et si cela fait sens du côté de la Cour de Strasbourg, on ne voit pas pourquoi la Cour de Luxembourg ne pourra suivre la même voie. Cela les aidera par ailleurs à résorber l'engorgement de leurs prétoires.

La Cour de justice pourra alors focaliser son attention sur le contrôle du respect de la Charte par les institutions de l'Union. Elle encourt en effet la critique d'appliquer une politique jurisprudentielle faisant deux poids deux mesures. ¹⁴¹ Lorsqu'on laisse passer en revue la jurisprudence pertinente ce reproche n'est pas dénué de tout fondement. Certains arrêts récents rendus dans les affaires concernant par exemple la décision cadre relative au mandat d'arrêt européen, la directive sur le regroupement familial ou encore le règlement instituant le passeport numérique peuvent en effet nourrir des soupçons quant à la volonté de la Cour de justice d'attacher au respect des droits fondamentaux la même attention qu'à la sauvegarde d'autres objectifs clé de l'Union. ¹⁴²

Elle aura l'occasion de le démontrer très prochainement avec l'arrêt très attendu qu'elle rendra sur renvoi préjudiciel dans les affaires jointes *Digital Rights Ireland* et *Seitlinger e.a.* ¹⁴³ Comme l'a indiqué très pertinemment l'avocat général Pedro Cruz Villalón, la Cour est ainsi « saisie d'une double question préjudicielle en appréciation de validité de la directive 2006/24/CE ¹⁴⁴ lui offrant l'opportunité de se prononcer sur les conditions dans lesquelles il est constitutionnellement possible pour l'Union européenne d'établir une limitation de l'exercice des droits fondamentaux au sens particulier de l'article 52 (1) CDF, au moyen d'une directive et de ses mesures nationales de transposition ». ¹⁴⁵ Il y propose sans ambages à la Cour de déclarer la directive 2006/24/CE dans son ensemble incompatible avec l'article 52 (1) de la Charte. Selon lui, « les limitations à l'exercice des droits fondamentaux qu'elle comporte, du fait de l'obligation de conservation des données qu'elle impose, ne s'accompagnent pas des principes indispensables appelés à régir les garanties nécessaires à l'encadrement de l'accès aux dites données et de leur exploitation ». ¹⁴⁶

¹⁴⁰ Cf. Jörg Paul MÜLLER, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – Einleitungsreferat, 3. Europäischer Juristentag, ZSR/RDS, 2005, p. 9 ss. spéc. p. 17 qui s'appuie sur une proposition avancée par Helen Keller.

¹⁴¹ C. Editorial comments, Fundamental rights and EU membership: Do as I say, not as I do!, *EuConst* 2012, p. 481 ss.

¹⁴² Cf. CJ, 26 février 2013, *Melloni*, affaire C-399/11, non encore publié au Recueil, (décision cadre relative au mandat d'arrêt européen) ; CJ 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.* 2006 I-05769 (directive sur le regroupement familial) ; CJ, 17 octobre 2013, aff. C-291/12, *Schwarz c. Stadt Bochum*, non encore publié au Recueil, (règlement instituant le passeport numérique).

¹⁴³ Aff. C-293/12 et C-594/12.

¹⁴⁴ Directive du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, publié au JO L 105, p. 54.

¹⁴⁵ Cf. les conclusions Cruz Villalón présentées le 12 décembre 2013, aff. jtes. C-293/12 et C-594/12, point 1.

¹⁴⁶ *Ibid*, point 159.

On peut espérer que le juge rapporteur Thomas von Danwitz et ses collègues arrivent à la même conclusion et que, dans ce domaine sensible, la Cour montre ses dents au législateur européen comme elle a pris l'habitude de le faire vis-à-vis des autorités nationales. Il est vrai aussi que, saisie de nombreux recours de personnes contre l'inscription de leurs noms sur la liste d'organisations, d'entités et de personnes suspectées d'être impliquées dans des activités terroristes,¹⁴⁷ la Cour a déjà montré qu'elle sait le faire.¹⁴⁸ En contrepartie elle pourra « abandonner » aux juridictions nationales l'application courante de la Charte conformément à une « doctrine de déférence » qu'il reste cependant à forger.

2. Aux juridictions nationales, l'application courante conformément à une « doctrine de déférence » à définir

Des observateurs attentifs de la jurisprudence de la Cour edh et de la Cour de justice de l'Union plaident en faveur d'une doctrine jurisprudentielle reconnaissant une large marge d'appréciation aux juges nationaux en matière de protection des droits fondamentaux. Par déférence pour les juridictions constitutionnelles et suprêmes nationales, la Cour de justice devrait en effet développer une telle doctrine en s'inspirant de la doctrine que la Cour edh appliquait initialement.¹⁴⁹ Dans la jurisprudence récente de cette dernière, on peut cependant malheureusement déceler un certain déclin de sa doctrine de la marge d'appréciation nationale.¹⁵⁰

Une telle doctrine, bien conçue, aura néanmoins pour avantage de permettre un meilleur respect de la diversité constitutionnelle tout en permettant d'assurer une protection uniforme des droits garantis. Pour y parvenir, elle devra tenir compte de quatre facteurs : l'existence ou non d'un consensus européen relatif au droit en question, l'appréciation du point de savoir si le juge national n'est pas mieux placé pour décider, l'importance du droit fondamental en question et la gravité de l'ingérence.¹⁵¹

Dans le système de la CEDH, une telle doctrine de la marge d'appréciation trouvera d'ailleurs un support indirect avec le nouveau protocole n° 16, qui aménage une compétence consultative de la Cour edh et permettra, dès son entrée en vigueur, un meilleur respect de la subsidiarité.¹⁵² Les cours constitutionnelles et les plus hautes juridictions nationales seront en effet autorisées à demander à la Cour de Strasbourg «

¹⁴⁷ Liste annexée au règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Talibans, JO L 322, p. 25.

¹⁴⁸ Cf. notamment l'arrêt de la Cour (grande chambre) du 18 juillet 2013 dans les affaires jointes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, Commission européenne et autres contre Yassin Abdullah Kadi, non encore publié au Recueil.

¹⁴⁹ Cf. Janneke Gerards, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, *European Law Journal* 2011, pp. 80-120

¹⁵⁰ Janneke Gerards, *Diverging Fundamental Rights Standards and the Role of the European Court of Human Rights*, in: M. Claes and M. De Visser (eds), *Constructing European Constitutional Law*, à paraître Oxford: Hart, 2014. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344626

¹⁵¹ En ce sens les propositions de Janneke GERARDS, *The demise of the ECtHR's margin of appreciation doctrine – and its continuing relevance for the CJEU*, présentation lors du colloque « La marge d'appréciation du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel : dialogue des juges et balance des intérêts », Abbaye de Neumünster, 9 décembre 2013.

¹⁵² Cf. David SZYMCZAK, *L'institutionnalisation du dialogue des juges : un nouvel espoir pour une vraie subsidiarité ?*, *Journal d'actualité des droits européens*, (JADE), 10.12.2013, <http://jade.u-bordeaux4.fr/?q=node/675>

un avis consultatif sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou ses protocoles ». Ainsi que le répète inlassablement la Cour européenne des droits de l'homme: le juge national est en principe « le mieux placé pour statuer sur les violations de la CEDH ». La même remarque vaut pour les violations de la Charte commises par les autorités nationales.¹⁵³

Conclusion

L'émergence d'un espace européen des droits fondamentaux implique une certaine mais inévitable complexité. Les différents instruments doivent être considérés comme complémentaires. La notion de complémentarité des sources des droits de l'homme peut cependant être comprise de deux façons. Comme l'avocat général Paolo Mengozzi l'a écrit dans ses conclusions sous l'affaire *Dereci*: « Quant, en particulier, à la vie familiale, la protection qui lui est offerte par ces trois ordres juridiques – national, de l'Union et conventionnel – s'avère complémentaire. Ainsi, dans l'hypothèse d'un citoyen de l'Union qui a fait usage d'une des libertés prévues par le TFUE, le droit au respect de la vie familiale est, au stade actuel, protégé au niveau national et au niveau du droit de l'Union. Dans celle d'un citoyen de l'Union qui n'a pas fait usage d'une de ces libertés, cette protection est assurée aux niveaux national et conventionnel. »¹⁵⁴

Avec une complémentarité ainsi comprise, la protection accordée dépendra de la situation individuelle du citoyen et des instruments applicables. Pour de nombreux droits, tel que celui à la protection de la vie familiale, ce ne sera pas un problème car le niveau de protection est à peu près le même. Toutefois, en ce qui concerne d'autres droits, des différences importantes existent et le niveau de protection peut donc varier d'un instrument à l'autre.

Prendre l'idée de la complémentarité de ces instruments au sérieux impliquerait de les prendre tous en compte dans chaque situation - au moins en tant qu'outils d'interprétation. Ainsi, même dans les cas où il n'y a pas de lien évident avec le droit de l'Union, la juridiction nationale compétente doit apprécier la substance d'un droit de l'homme constitutionnel non seulement à la lumière de la CEDH, comme elle le fait déjà, mais également à la lumière du droit correspondant codifié dans la Charte.

En revanche, quand une mesure nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, elle doit respecter les droits fondamentaux nationaux ainsi que les dispositions de la Charte, qui en plus doivent être lues à la lumière des articles correspondants de la CEDH. Par conséquent, la complémentarité des différents instruments appelle à un examen largement décentralisé de la Charte par les juridictions nationales.

Cela signifie en outre que le raisonnement en termes de hiérarchie des normes ne sera pas toujours utile afin de résoudre les conflits entre les droits garantis au niveau constitutionnel ou européen. On pourrait bien sûr faire valoir qu'en vertu du droit de l'Union et du point de vue son ordre juridique interne, l'article 6 TUE implique une telle hiérarchie. Ayant la même valeur juridique que les traités, la Charte

¹⁵³ Cp. Les réflexions de Denys SIMON, Dialogue des juges et droits de l'homme : en 2014, j'écris ton nom ?, Europe, janvier 2014, p. 1.

¹⁵⁴ Conclusions présentées le 29 septembre 2011, *Dereci*, aff C-256/11, point 40.

bénéficie en effet de la suprématie dans l'ordre juridique de l'Union et de la primauté sur toute règle de droit national, alors que, après l'adhésion de l'Union, la CEDH entrera dans l'ordre juridique de l'Union en tant que « simple » accord externe. Pourtant, selon l'article 52 (3) CDF, les droits contenus dans la Charte, qui correspondent à des droits garantis par la CEDH, ont le même sens et la même portée que ces derniers. La hiérarchie formelle des normes est donc quelque peu contrebalancée par l'objectif d'assurer l'équivalence substantielle des droits.

Pour la même raison, il convient aussi d'éviter d'appréhender la situation actuelle comme un système « multi-niveaux » de protection des droits fondamentaux. Cette expression prête en effet à confusion en ce qu'elle implique différents niveaux dans une relation verticale. Ainsi que le suggère le président du *Bundesverfassungsgericht*, la réalité du droit constitutionnel européen et l'interaction des juges constitutionnels et européens devraient plutôt être conçue comme un entrelacement pluraliste « coopératif et non hiérarchique ».¹⁵⁵

¹⁵⁵ Voir Andreas VOßKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts*, précité, le concept du « *Europäischer Verfassungsgerichtsverbund* », p. 184.