Les contours du champ d'application de la Charte
Une tentative de recadrage

Antoine BAILLEUX

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat

Introduction

Il n'est pas exagéré d'affirmer qu'à l'heure actuelle, la question du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux figure parmi les plus complexes et les plus débattues du droit de l'Union européenne[1].

Il faut dire que les enjeux ne sont pas minces. De la réponse qu'on y apporte dépend notamment l'étendue du contrôle de la Cour de justice dans le domaine des droits de l'homme. Et lorsque l'on connaît la plasticité de ces derniers, leur capacité à s'infiltrer dans tous les champs de l'activité réglementaire, on mesure l'impact immédiat d'un tel débat sur les clés de répartition des compétences (verticale comme horizontale) qui soutiennent tout l'édifice européen. Pour le dire sans détours, une lecture généreuse du champ d'application de la Charte constitue aujourd'hui sans doute la façon la plus efficace pour la Cour de poursuivre son œuvre d' « intégration par le droit », jusque dans les domaines les plus politiquement sensibles. A l'inverse, militer en faveur d'une interprétation restrictive revient à ménager une « zone franche » aux juridictions constitutionnelles nationales, libres de fixer à leur guise le niveau requis de protection des droits fondamentaux – pour autant, bien sûr, qu'elles ne percent pas le « plancher » fixé par la Convention européenne des Droits de l'Homme et la jurisprudence strasbourgeoise.

Comme souvent en droit de l'Union, les incertitudes entourant le champ d'application de la Charte n'apparaissent pas au premier regard. Le style formulaire de la Cour de justice confère à la jurisprudence sur cette question une apparence de continuité. Cependant, une analyse minutieuse du credo officiel fait apparaître des dissonances et des changements d'intonation, témoins des controverses que continue de nourrir une question à l'apparence technique (Partie I). Sans surprise, ces remous à la surface se répercutent dans les profondeurs de la jurisprudence. Une analyse systématique – sans être exhaustive – nous révèle que les arrêts ne démontrent pas une très grande constance dans la nature et l'intensité du lien exigé entre la mesure nationale examinée et la norme (primaire ou secondaire) du droit de l'Union censée opérer la jonction avec la Charte (Partie II). On fait toutefois le pari que ce brouillard n'est pas – totalement – irrémédiable. En guise de conclusion, on suggère ainsi d'apporter à la jurisprudence existante certaines inflexions qui, sans guère bouleverser la situation actuelle, permettraient d'améliorer la sécurité juridique et d'accroître la légitimité du contrôle de la Cour dans les cas les plus difficiles.

1. Des balises théoriques sous tension

[1] Ce point de vue n'est pourtant pas partagé par tout le monde. Ainsi, dans son commentaire de l'article 51 de la Charte, A. Ward estime que « the case law to date on Article 51 has mapped out the contours of the provision with a high degree of precision. Consequently the legal questions that are relevant to its application are fairly clear-cut » (in S. PEERS *e.a.*, *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford, Hart – CH Beck – Nomos, 2014, p. 1449).

Une analyse macroscopique des grands principes gouvernant la portée de la Charte vis-à-vis des Etats membres fait apparaître une relative stabilité dans la jurisprudence (A). Cette apparence de netteté s'estompe toutefois à la lecture de quelques grands arrêts qui, depuis dix ans, s'efforcent d'orienter la ligne de la Cour de justice tantôt vers davantage de retenue, tantôt vers une plus grande ambition (B).

A. Des grands principes à peu près constants

L'article 51 prévoit que la Charte lie les Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Au premier abord, cette formulation peut surprendre. Le critère qu'elle institue (la « mise en œuvre du droit de l'Union ») semble en effet plus restrictif que celui qui fut classiquement utilisé par la Cour de justice pour déterminer le champ d'application des droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux, et en vertu duquel les Etats membres sont tenus au respect de ces droits dès lors qu'ils agissent « dans le champ d'application du droit de l'Union »[2].

Certains ont déduit de la formulation de l'article 51 qu'elle enjoint la Cour à faire marche arrière et à limiter son contrôle aux seuls actes nationaux qui exécutent ou transposent une mesure de droit dérivé[3]. La plupart des auteurs, cependant, se sont rapidement accordés pour dire que cette formulation sciemment ambiguë n'entendait pas revenir sur les acquis jurisprudentiels et autorise la Cour à contrôler toute action des Etats membres qui se situe dans le champ d'application du droit de l'Union[4]. Les explications *ad* article 51 semblaient accréditer cette position dès lors que, références jurisprudentielles à l'appui, elles exposent que « l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux Etats membres que lorsqu'ils agissent *dans le champ d'application du droit de l'Union* » (nous soulignons).

Sans surprise, cette lecture de l'article 51 s'est vue confirmée par la jurisprudence de la Cour de justice qui, au moins depuis son arrêt *Dereci*, répète que le critère applicable est bien celui du « champ d'application du droit de l'Union »[5]. En d'autres termes, toute mesure nationale qui relève du champ d'application du droit de l'Union doit également respecter les droits fondamentaux consacrés par cet ordre juridique. En revanche, la seule violation d'un droit fondamental ne suffit pas à attirer une situation donnée dans l'orbite du droit de l'Union et, par conséquent, à la soumettre au régime de protection des droits fondamentaux qu'il organise.

Les *dicta* de l'arrêt rendu dans l'affaire *Åkerberg Fransson*[6] font aujourd'hui autorité à cet égard et sont régulièrement répétés par la Cour : « les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations » (pt. 19). Par conséquent, « il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits

---

[2] Cf. e.a. arrêt du 24 mars 1994, *Bostock*, C-2/92, EU:C:1994:116, pt. 16.

[3] Voy. e.a. F. PICOD , « Article II-111 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, tome 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. p. 651.

[4] En ce sens, cf. e.a. E. BRIBOSIA, O. DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.T.*, 2001, spéc. p. 283-284 ; L. AZOULAI, « Article II-113 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, tome 2, spéc. p. 701-703 ; P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law. Politics and Treaty Reform,* Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 210-213

[5] Arrêt du 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, pt. 72. *Adde*, e.a., arrêt du 22 octobre 2013, *Sabou*, C-276/12, EU:C:2013:678, pt. 28 ; arrêt du 22 mai 2014, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, C-256/13, EU:C:2014:352, pt. 54 ; arrêt du 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, C-265/13, EU:C:2014:187.

[6] Arrêt du 26 février 2013, C-617/10, EU:C:2013:105.

fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte » (pt. 21). A l'inverse, lorsqu'« une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence » (pt. 22). Comme l'écrivent K. Lenaerts et J.A. Guttiérez-Fons, « metaphorically speaking, this means that the Charter is the "shadow" of EU law »[7].

Les difficultés ne se dissipent toutefois pas lorsque l'on s'est mis d'accord sur le critère déterminant l'applicabilité de la Charte à l'égard des Etats membres. C'est que tout l'enjeu réside bien sûr dans la capacité à délimiter ce « champ d'application du droit de l'Union ». Ce halo d'incertitude n'a cependant pas empêché la doctrine de dresser une typologie des actes des Etats membres considérés comme relevant classiquement du « noyau dur » du champ d'application du droit de l'Union et, partant, de la Charte[8]. Parmi les mesures nationales soumises au contrôle de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux figurent ainsi :

- Les mesures d'exécution d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne, que cette exécution soit le fait d'une autorité judiciaire[9] ou administrative[10]. Dans cette hypothèse, les autorités nationales agissent comme de simples agents chargés d'appliquer et de faire respecter les prescrits du droit de l'Union sans disposer de quelque pouvoir discrétionnaire que ce soit.

- Les mesures de transposition d'une directive européenne après écoulement du délai de transposition. Le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'État membre dans ce cadre ne l'exonère pas du respect des droits fondamentaux consacrés dans l'ordre juridique de l'Union[11].

- Les mesures portant *prima facie* atteinte à une liberté économique de circulation[12]. L'hypothèse est ici celle d'un acte – ou d'une omission d'agir – qui entrave l'exercice

---

[7] « The Charter in the EU Constitutional Edifice », in S. PEERS, *e.a.*, *op. cit.*, p. 1567-1568.

[8] Cf. aussi la classification éclairante proposée par D. SARMIENTO, « Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe », *C.M.L. Rev.*, vol. 50, 2013, p. 1267-1304.,

[9] Pour un exemple récent, cf. arrêt du 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, C-404/15 et C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

[10] Pour un exemple récent, cf. arrêt du 12 juin 2014, *Peftiev*, C-314/13, EU:C:2014:1645.

[11] Pour un exemple récent, cf. arrêt du 29 juillet 2019, *Spiegel Online*, C-516/17, EU:C:2019:625 : « Dès lors que la transposition d'une directive par les États membres relève en tout état de cause de la situation, visée à l'article 51 de la charte (…), le niveau de protection des droits fondamentaux prévu par la Charte doit être atteint lors d'une telle transposition, indépendamment de la marge d'appréciation dont disposent les États membres lors de cette transposition ».

[12] Pour deux exemples récents, cf. arrêt du 21 mai 2019 *Commission c. Hongrie (Usufruits sur terres agricoles)*, C-235/17, EU:C:2019:432, et arrêt du 14 juin 2017, *Online Games*, C-685/15, EU:C:2017:452. Il semble en revanche aujourd'hui acquis qu'une mesure qui, en vertu de la jurisprudence *Keck et Mithouard* (arrêt du 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267 et 268/91, EU:C:1993:905) tombe en dehors du champ d'application de la libre circulation des marchandises, ne relève pas du domaine d'application de la Charte. L'arrêt *Karner* du 25 mars 2004 (C-71/02, EU:C:2004:181) mais dix ans plus tard, l'arrêt *Pelckmans Turnhout* du 8 mai 2014 (C-483/12, EU:C:2014:304) conclut, fort logiquement, en sens inverse. Pour des exemples plus anciens, cf. arrêt du 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, C-352/85, EU:C:1988:196 ; arrêt du 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254 ; arrêt du 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress*, C-368/95, EU:C:1997:325 ; arrêt du 11 juillet 2002, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2002:434 ; arrêt du 13 décembre 2007, *United Pan-Europe*, C-250/06, EU:C:2007:783. Depuis ses origines, cette jurisprudence a fait l'objet de certaines contestations en doctrine : cf. e.a. J. COPPEL, A. O'NEILL, « The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ? », *C.M.L.Rev.*, 1992, vol.

d'une des libertés de circulation consacrées dans le traité. La simple existence de cette gêne fait rentrer l'acte ou l'omission en question dans le champ d'application du droit de l'Union, et le ou la soumet donc au respect des droits fondamentaux de l'Union.

Enfin, dans la droite ligne d'une jurisprudence constante, et sans que ce type de situation ne relève du champ d'application du droit de l'Union, la Cour se considère autorisée à contrôler le respect des droits fondamentaux d'une mesure nationale qui *renvoie* au contenu d'une norme de droit dérivé dans un domaine étranger au droit de l'Union[13]. L'objectif n'est ici pas tant d'assurer la protection des droits humains en tant que tel que d'éviter le développement d'interprétations divergentes du droit de l'Union.

B. Des évolutions contrastées

Au-delà de ce « noyau dur »[14], la jurisprudence offre un visage très contrasté. Si les premières années d'application de la Charte ont vu la Cour proposer des lectures « expansionnistes » de son article 51 *(1)*, ces interprétations volontaristes ont suscité des réactions en sens inverse *(2)*, vouant à l'échec toute tentative de dégager, sur cette question, une position univoque dans le chef des juges de Luxembourg.

(1) Des lectures généreuses

Les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Charte ont donné lieu à certaines tentatives d'extension du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Quatre arrêts qui ont connu un important retentissement – dont trois rendus en grande chambre –, illustrent cette tendance expansionniste.

Épinglons d'abord l'arrêt *Kücükdeveci*, relatif au principe général de non-discrimination sur la base de l'âge et à la Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La Cour y considère qu'une législation allemande relative au calcul des indemnités de préavis relève du champ d'application du droit de l'Union dès lors qu'elle « appréhende une matière régie par » la Directive, quoiqu'elle ne puisse s'analyser en une mesure de transposition de cette dernière[15].

L'arrêt *N.S.* témoigne lui aussi d'un certain relâchement dans le lien de rattachement exigé entre la législation européenne et l'acte national mis en cause. En l'occurrence, la Cour y affirme que lorsque les Etats membres mettent en œuvre le droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte lorsqu'ils font usage de la clause – parfaitement facultative[16] – prévue à l'article 3, § 2,

---

29, p. 669-692 ; F. JACOBS, « Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice », *E.L.R.*, 2001, p. 331-341. Elle a du reste été abandonnée par la Cour le temps d'un arrêt : arrêt du 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, C-60/84, EU:C:1985:329.

[13] Cf. e.a. arrêt du 11 janvier 2001, *Kofisa Italia*, C-1/99, EU:C:2001:10 ; arrêt du 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla e.a*, C-175/08 e.a., EU:C:2010:105. Comp. arrêt du 7 novembre 2013, *Romeo*, C-313/12, EU:C:2013:718.

[14] Qui ne l'est du reste peut-être plus tant que cela… Ainsi dans certains arrêts en matière de citoyenneté tels que celui rendu dans l'affaire *Ymeraga*, la Cour a considéré qu'une mesure de transposition d'une directive n'était pas nécessairement une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte (Arrêt du 8 mai 2013, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291).

[15] Arrêt du 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21, pt. 25.

[16] « Par dérogation au paragraphe 1, chaque État membre *peut* examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement » (nous soulignons). En ce sens, cf. arrêt du 30 mai 2013, *Halaf*, EU:C:2013:342, pts 33-39.

du Règlement Dublin II[17] leur permettant de prendre en charge une demande d'asile même s'ils n'y sont pas contraints par les règles de répartition posées par ce Règlement[18].

Deux autres décisions rendues au cours de la même période ancrent leur lecture généreuse de l'article 51 dans des considérations d'effectivité.

Dans l'arrêt *DEB*[19], la Cour est interrogée sur la compatibilité avec l'article 47 de la Charte (principe de protection juridictionnelle effective) d'une législation allemande qui exclut les personnes morales de l'assistance judiciaire. Sans doute influencée par le contexte de l'affaire– qui concernait une action en responsabilité de l'Etat pour violation du droit de l'Union –, la Cour considère à demi-mots qu'une telle mesure de droit judiciaire, pourtant de portée générale et adoptée dans un contexte étranger au droit de l'Union, tombe dans l'orbite de la Charte dès lors qu'elle est de nature, dans les litiges qui concernent le droit de l'Union, à compromettre l'effectivité de ce dernier.

Le célèbre arrêt *Åkerberg Fransson* s'inspire du même type de raisonnement[20]. La Cour y affirme que des poursuites pénales intentées en Suède contre un ressortissant suédois pour fraude à la TVA relèvent du champ d'application du droit de l'Union. Elle justifie cette conclusion au motif que de telles poursuites visent 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 » (pt. 28).

(2) Des réactions de repli

Ces lectures généreuses de l'article 51 de la Charte ne manquèrent pas d'éveiller rapidement des contre-feux. Dans deux affaires touchant au droit de séjour des membres de la famille de citoyens européens – où l'actuelle vice-présidente de la Cour officiait comme juge rapporteur –, la Cour de justice renoue avec un arrêt vieux de quinze ans[21] pour proposer une interprétation plus restrictive de la portée du droit européen des droits fondamentaux. Dans *Iida*[22] d'abord et dans *Ymeraga*[23] ensuite, la Cour estime que pour vérifier si une mesure nationale constitue un acte de mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51, il convient 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 ».

Moins d'un an plus tard, une chambre de trois juges répète cette formule dans un arrêt *Siragusa*. Sans doute soucieuse de dissiper toute ambiguïté, la Cour y précisait que « l'article 51 de la Charte, impose l'existence d'un lien de rattachement d'un certain degré, dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre »[24]. Cette

[17] Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (J.O., 2003, L 50, p. 1)
[18] Arrêt du 21 décembre 2011, *N.S.*, C-411/10, EU:C:2011:865, pt. 68.
[19] Arrêt du 22 décembre 2010, *DEB*, C-279/09, EU:C:2010:811.
[20] Arrêt du 26 février 2013, C-617/10, EU:C:2013:105.
[21] Arrêt du 18 décembre 1997, *Annibaldi*, C-309/96, EU:C:1997:631.
[22] Arrêt du 8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, pt. 79.
[23] Arrêt du 8 mai 2013, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, pt. 41.
[24] Arrêt du 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13, EU:C:2014:126, pt. 24.

affirmation est reprise dans un certain nombre de décisions ultérieures, tantôt pour constater l'applicabilité de la Charte[25], tantôt pour l'écarter[26].

Cette jurisprudence plus restrictive semble s'être progressivement cristallisée autour d'un critère principal en vue de vérifier la solidité du lien entre le droit de l'Union et la mesure de droit interne mise en cause. Il consiste à considérer que seule une réglementation nationale qui découle d'une *obligation spécifique* mise à charge de l'Etat membre par le droit de l'Union constitue un acte de mise en œuvre de ce dernier au sens de l'article 51 de la Charte[27].

Dans un arrêt récent, rendu sur conclusions (en partie) contraires de l'avocat général Bot, la grande chambre de la Cour se rallie partiellement à cette lecture très littérale de l'article 51, estimant que « lorsque les dispositions du droit de l'Union dans le domaine concerné ne réglementent pas un aspect et n'imposent aucune obligation spécifique aux États membres à l'égard d'une situation donnée, la réglementation nationale qu'édicte un État membre quant à cet aspect se situe en dehors du champ d'application de la Charte et la situation concernée ne saurait être appréciée au regard des dispositions de cette dernière »[28]. Si la Cour reprend ainsi à son compte le critère de l'obligation spécifique, elle le double cependant d'une seconde condition, nettement plus floue, qui concerne la situation où un même « aspect » d'une « situation donnée » est « réglementé » par le droit de l'Union et le droit national. L'imprécision de la formule est encore renforcée par l'utilisation de la conjonction « et », qui suppose que ces conditions soient cumulatives alors que la logique aurait voulu qu'elles fussent alternatives.

2. Des applications divergentes

Sans surprise, ces hésitations sur la doctrine officielle de la Cour génèrent un certain désordre dans l'application même de l'article 51. Si tout le monde s'accorde à considérer qu'une situation ou une mesure nationale ne relève de la Charte qu'en présence d'un lien avec une autre norme de droit de l'Union, des divergences demeurent quant à la nature et l'intensité de ce lien. Ces dissensions sont particulièrement claires lorsque c'est un acte de droit dérivé qui fait office de trait d'union entre le droit national et la Charte *(A.)*. Mais la jurisprudence récente recèle également quelques interprétations peu orthodoxes du droit primaire *(B.)*

A. Le rattachement au droit dérivé

Si la présence d'un acte de droit dérivé peut attirer une mesure nationale dans l'orbite la Charte, les conditions auxquelles est soumise cette force gravitationnelle n'en demeurent pas moins singulièrement floues. Sans doute la jurisprudence offre-t-elle deux points d'ancrage stables. D'un côté, une mesure nationale ne doit pas nécessairement être fondée sur un acte de droit de l'Union pour tomber sous l'empire de la Charte[29]. De l'autre, « le seul fait qu'une mesure nationale relève d'un domaine dans lequel l'Union dispose de compétences ne saurait la placer

[25] Arrêt du 17 septembre 2014, *Liivimaa Lihaveis MTÜ*, C-562/12, EU:C:2014:2229, pt. 62 ; arrêt du 6 octobre 2016, *Paoletti*, C-218/15, EU:C:2016:748, pt. 14.
[26] Arrêt du 10 juillet 2014, *Julián Hernández e.a.*, C-198/13, EU:C:2014:2055, pt. 34 ; ordonnance du 7 septembre 2017, *Demarchi Gino Sas*, C-177 et 178/17, EU:C:2017:656, pt. 19 ; ordonnance du 24 septembre 2019, *QR*, C-467/19, EU:C:2019:776, pt. 40.
[27] Outre les décisions précitées, cf. principalement les arrêts du 14 décembre 2017, *Miravitlles Ciurana e.a.*, C-243/16, EU:C:2017:969, pt. 34, ainsi que du 19 avril 2018, C*onsorzio Italian Management et Catania Multiservizi*, C-152/17, EU:C:2018:264, pts 34 et 35.
[28] Arrêt du 19 novembre 2019, *TSN*, C-609/17, EU:C:2019:981, pt. 53.
[29] Arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz*, C-682/15, EU:C:2017:373.

dans le champ d'application du droit de l'Union et, donc, entraîner l'applicabilité de la Charte »[30].

Force est toutefois de reconnaître qu'entre ces deux balises, il existe un éventail de mesures ou de situations dont le sort demeure incertain. C'est en particulier le degré de rattachement que l'acte de droit interne doit présenter avec le droit dérivé qui reste sujet à discussion, que cet acte ait une portée générale *(1)* ou individuelle *(2)*.

(1) Les actes à portée générale

Pour tenter d'y voir plus clair dans la jurisprudence actuelle, on a pris le parti de procéder à une classification des mesures nationales en fonction du lien qu'elles entretiennent avec le droit dérivé. Inutile de souligner que comme toute classification, celle-ci est très imparfaite dès lors qu'en appliquant des cadres rigides à des situations toujours individuelles et donc irréductibles à quelque idéal-type, elle « force » quelque peu la réalité et implique une certaine dose de subjectivité. Cet exercice ne nous paraît néanmoins pas dépourvu d'intérêt heuristique dans la mesure où il dévoile l'étendue de la confusion qui semble aujourd'hui régner sur le champ d'application de la Charte.

Les actes à portée générale peuvent d'abord être distingués selon que leur existence est *(i)* ou non *(ii) prévue* par le droit de l'Union.

(i) Les actes prévus par le droit de l'Union peuvent encore se décomposer en deux catégories distinctes.

La première regroupe les mesures *encadrées* par le droit de l'Union. On vise ici les réglementations – qu'elles soient ou non adoptées en vue de mettre en œuvre une obligation européenne – *dont le contenu est au moins partiellement déterminé par un acte de droit dérivé*. Cette prédétermination peut être tantôt légère[31], tantôt substantielle[32], le pouvoir discrétionnaire de l'État variant d'autant. Ces situations sont généralement jugées par la Cour comme relevant du champ d'application de la Charte. Les limites de l'encadrement ne sont toutefois pas toujours faciles à poser. Dans l'arrêt *Gueye*, la Cour a ainsi considéré, en dépit d'une disposition européenne enjoignant les Etats à assurer la protection des victimes pendant les procédures pénales, que ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union une réglementation nationale n'exigeant pas le consentement de la victime pour prononcer une peine d'éloignement à l'encontre de l'auteur de faits de violence domestique[33].

La seconde catégorie concerne les règlementations nationales qui sont simplement *autorisées* par le droit dérivé. Dans ces situations, le droit de l'Union se limite à consacrer ou reconnaître l'existence d'une liberté réglementaire que les Etats sont en droit – mais pas dans l'obligation

---

[30] Cf. e.a. arrêt du 19 novembre 2019, *TSN*, C-609/17, EU:C:2019:981, pt. 46 ; arrêt du 10 juillet 2014, *Hernández*, C-198/13, EU:C:2014:2055, pt. 36.

[31] Ainsi de l'obligation pour les Etats membres de prendre des sanctions « effectives, dissuasives et proportionnées » (l'exercice par les Etats de leur pouvoir sanctionnateur est encadré par cette triple exigence) (arrêt du 6 octobre 2016, *Paoletti*, C-218/15, EU:C:2016:748) ou même de « prendre toutes les mesures nécessaires » pour assurer le bon fonctionnement d'un dispositif de coopération mis en place par une réglementation européenne (Arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz*, C-682/15, EU:C:2017:373). Cf. également l'arrêt du 13 juin 2017, *Florescu*, C-258/14, EU:C:2017:448.

[32] Ainsi des exceptions aux droits d'auteur et droits voisins (arrêts du 29 juillet 2019, *Funke Medien*, C-469/17, EU:C:2019:623 ; *Spiegel Online*, C-516/17, EU:C:2019:625).

[33] Arrêt du 15 septembre 2011, *Gueye e.a.*, C-483/09 e.a., EU:C:2011:583.

– d'exercer. Les directives et règlements effectuant une harmonisation minimale relèvent notamment de ce cas de figure. La jurisprudence est très divisée sur l'applicabilité de la Charte aux mesures nationales qui concrétisent cette autonomie régulatoire. En réalité, il semble que les solutions s'opposent selon que l'on considère l'acte de droit dérivé comme *reconnaissant* l'existence d'une souveraineté réglementaire nationale « d'arrière-fond », « toujours-déjà là », seulement temporairement et partiellement occultée par une mesure d'harmonisation européenne – et qui dès lors échappe par défaut à l'emprise de la Charte[34] –, ou qu'on le conçoit comme *aménageant* positivement, dans la toile serrée du droit européen, un pouvoir discrétionnaire dont seraient sinon dépourvus les Etats membres – qui dès lors agissent sur habilitation du législateur de l'Union et donc dans le cadre de la Charte[35]. Le problème, c'est qu'une analyse de l'acte de droit dérivé suffit rarement à justifier le choix de l'une de ces perspectives[36]. Du reste, il est à peu près certain qu'en rédigeant son texte, le législateur de l'Union n'avait pas à l'esprit de telles conséquences, de sorte qu'il est périlleux d'y lire la traduction d'un choix clair et informé.

(ii) A côté des réglementations nationales *prévues* par le droit de l'Union se rangent celles dont l'existence ou la possibilité n'est *pas même mentionnée* par la législation européenne. Cette seconde catégorie peut à son tour être divisée en deux sous-ensembles.

D'un côté, il y a les mesures de droit interne qui viennent *compléter ou prolonger* la réglementation européenne. Il s'agit typiquement de règles procédurales nécessaires à l'opérationnalisation ou à l'effectivité du droit de l'Union. Ici encore, la jurisprudence est éminemment casuistique. Dans un cas comme *Sabou*, la lacune observée dans le droit de l'Union est considérée comme faisant partie de l'interprétation de ce dernier, en manière telle que l'éventuelle violation qui en découle au niveau des procédures nationales entre dans le champ d'application de la Charte[37]. A l'inverse, dans une affaire *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, la question de la réparation des dommages causés par la mise en œuvre d'une interdiction prévue par le droit de l'Union est considérée comme étrangère à ce dernier[38].

---

[34] Cf. p. ex. arrêt du 19 novembre 2019, *TSN*, C-609/17, EU:C:2019:98 ; arrêt du 10 juillet 2014, *Hernández*, C-198/13, EU:C:2014:2055 ; ordonnance du 24 septembre 2019, *QR*, C-467/19, EU:C:2019:776.

[35] Cf. p. ex. arrêt du 16 septembre 2010, *Chatzi*, C-149/10, EU:C:2010:534 ; arrêt du 7 juillet 2016, *Muladi*, C-447/15, EU:C:2016:533 ; arrêt du 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, EU:C:2017:198 ; *mutatis mutandis*, arrêt du 10 mars 2016, *Interenvios*, C-235/14, EU:C:2016:154.

[36] L'arrêt *TSN* précité semble au contraire affirmer le caractère objectif d'une telle distinction : « Ainsi, l'article 15 de la directive 2003/88, selon lequel cette dernière "ne porte pas atteinte" à la "faculté" des États membres d'appliquer des dispositions nationales plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, ne confère pas aux États membres une faculté de légiférer en vertu du droit de l'Union, mais se limite à reconnaître le pouvoir qu'ont ceux-ci de prévoir dans le droit national de telles dispositions plus favorables, en dehors du cadre du régime établi par cette directive (voir, par analogie, arrêt du 10 juillet 2014, Julián Hernández e.a., C-198/13, EU:C:2014:2055, point 44). En cela, les situations en cause au principal diffèrent de la situation dans laquelle un acte de l'Union investit les États membres d'une liberté de choix entre plusieurs modalités d'application ou d'un pouvoir discrétionnaire ou d'appréciation qui fait partie intégrante du régime établi par cet acte, ou encore de la situation dans laquelle un tel acte autorise l'adoption, par les États membres, de mesures spécifiques destinées à contribuer à la réalisation de son objet (voir, à ces divers égards, arrêts du 21 décembre 2011, N. S. e.a., C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865, points 64 à 68 ; du 16 février 2017, C. K. e.a., C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, point 53 ; du 9 mars 2017, Milkova, C-406/15, EU:C:2017:198, points 46, 47, 52 et 53 ainsi que jurisprudence citée, et du 13 juin 2017, Florescu e.a., C-258/14, EU:C:2017:448, point 48) » (pts 49-50).

[37] Arrêt du 22 octobre 2013, *Sabou*, C-276/12, EU:C:2013:678.

[38] Arrêt du 22 mai 2014, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, C-256/13, EU:C:2014:352.

De l'autre côté, se trouvent des mesures nationales qui se situent simplement dans le *voisinage* plus ou moins proche d'une réglementation européenne. De telles réglementations semblent *a priori* échapper à l'orbite de la Charte[39] mais la pratique est là encore loin d'être constante[40].

(2) Les actes à portée individuelle

La jurisprudence relative aux actes à portée individuelle n'est pas moins empreinte de casuistique. Parmi ces actes, il est possible de distinguer les décisions *d'autorisation ou de refus* fondées au moins partiellement sur le droit de l'Union *(i)* et les décisions portant sur des *sanctions* pour violation de normes issues au moins en partie de la réglementation européenne *(ii)*.

(i) S'agissant des premières, elles peuvent à nouveau être réparties entre les décisions *encadrées* par le droit dérivé, et celles qui traduisent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire *reconnu* ou *ménagé* par le droit de l'Union.

Les décisions individuelles *encadrées* par le droit de l'Union relèvent en principe du champ d'application du droit de l'Union[41]. Dans certains cas particulièrement sensibles, la Cour s'efforce néanmoins d'éviter une telle conclusion. Ainsi, dans l'arrêt *Dano*, la Cour considère que, quand bien même la juridiction nationale est appelée à statuer sur une demande d'accès aux prestations sociales encadrée par le droit dérivé, la situation se trouve en dehors du champ d'application du droit de l'Union dès lors que l'impétrante – ressortissante d'un autre Etat membre ayant exercé son droit à la libre circulation – ne remplit pas l'ensemble des conditions prévues par la Directive 2004/38 pour résider légalement dans le pays hôte[42]. L'arrêt *X et X* fournit une illustration plus claire encore de ces efforts de contournement. La Cour va jusqu'à prendre en compte l'intention des demandeurs syriens d'un visa de court séjour auprès de l'ambassade de Belgique au Liban pour conclure qu'en réalité, la situation ne relève pas du « code communautaire des visas » mais concerne une demande d'asile, question qui n'est pas (encore) régie par le droit de l'Union – et échappe donc à la Charte[43].

Quant aux décisions d'autorisation ou de refus qui sont fondées sur une *faculté* conférée (ou reconnue, selon les points de vue) par l'Union, elles relèvent en principe elles aussi du droit de l'Union. On observera toutefois que, par un curieux retour de manivelle, ainsi placées dans le champ d'application de la Charte, ces libertés laissées aux Etats peuvent se transformer en obligations. C'est ce que nous apprend la jurisprudence *N.S.* et *C.K.*[44] à propos des clause dites « discrétionnaires » ou « de souveraineté » des Règlements Dublin II et III : si le transfert d'un demandeur d'asile par un premier État membre vers l'État membre compétent (ou l'un des Etats membres compétents) pour traiter sa demande en vertu de ces règlements comporte le risque réel et avéré que cette personne subisse des traitements inhumains et dégradants, le premier État membre est *tenu* d'exercer la faculté – que lui laisse le règlement – d'examiner lui-même la demande d'asile.

---

[39] Cf. p. ex. arrêt du 14 décembre 2017, *Ciurana*, C-243/16, EU:C:2017:969.
[40] Cf. p. ex. Arrêt du 13 juin 2019, *Moro*, C-646/17, EU:C:2019:489.
[41] Cf. p. ex. arrêt du 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, C-404/15 et C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.
[42] Arrêt du 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358.
[43] Arrêt du 7 mars 2017, *X et X*, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173.
[44] Arrêt du 21 décembre 2011, *N.S.*, C-411/10, EU:C:2011:865, pt. 98 et arrêt du 16 février 2017, *C.K.*, C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, pt. 96.

(ii) Les actes à portée individuelle peuvent aussi prendre la forme de *sanctions* ou, plus largement, de poursuites visant à réprimer la violation de règles qui, tantôt sont contenues dans le droit de l'Union – et éventuellement relayées par une mesure d'exécution ou de transposition nationale – tantôt complètent ou opérationnalisent des règles du droit de l'Union.

Le premier cas de figure ne pose guère de problème. Des arrêts tels que *Linqvist*[45] ou *Garlsson Real Estate*[46] nous apprennent que les autorités répressives doivent respecter le droit européen des droits fondamentaux lorsqu'elles sanctionnent la violation de règles issues du droit de l'Union. Moins évidente, la seconde situation est illustrée par l'affaire *Åkerberg Fransson* déjà mentionnée : les autorités suédoises sanctionnent M. Fransson non pas parce qu'il a violé le droit de l'Union, mais parce qu'il a méconnu l'obligation de communiquer une déclaration fiscale exacte prévue par le droit suédois – laquelle est nécessaire pour garantir l'effectivité du versement de la TVA. Le « fil » de l'effectivité se tend mais ne rompt pas, alors même qu'il est singulièrement raccourci dans d'autres décisions[47].

B. Le rattachement au droit primaire

La jurisprudence récente témoigne de « percées » intéressantes visant à utiliser certaines dispositions du droit primaire en vue d'étendre la portée des droits fondamentaux au-delà du « noyau dur » identifié plus haut. Ces avancées s'opèrent principalement le long de deux voies – la citoyenneté d'une part *(1)*, l'effectivité de l'autre *(2)*.

(1) La citoyenneté

Les articles 18, 20 et 21 TFUE ont récemment servi à étendre le contrôle du respect des droits fondamentaux des citoyens européens dans des situations non couvertes par le droit dérivé. Cette dynamique concerne tant les citoyens qui ont exercé leur liberté de circulation que les citoyens « sédentaires ».

S'agissant des premiers, on notera deux décisions relatives aux sort à réserver par un État membre à une demande d'extradition vers un État tiers qui concerne un citoyen ressortissant d'un autre État membre. Dans les affaires *Petruhhin*[48] et *Schotthöfer*[49], la Cour considère que de telles situations sont soumises au respect de la Charte dès lors qu'elles relèvent du droit de l'Union. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour fait une utilisation combinée de l'article 21 TFUE, qui garantit le droit à la libre circulation des citoyens européens, et de l'article 18 TFUE, selon lequel « dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». Constatant que les citoyens en question ont fait usage de leur liberté de circulation au sens de l'article 21 TFUE, elle en déduit qu'ils tombent dans le *domaine* d'application du droit de l'Union au sens de l'article 18 TFUE, et jouissent donc du droit de ne pas être

---

[45] Arrêt du 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, C-101/01, EU:C:2003:596.
[46] Arrêt du 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate*, C-537/16, EU:C:2018:193.
[47] Cf. p. ex. ordonnance du 7 septembre 2017, *Demarchi Gino Sas*, C-177 et 178/17, EU:C:2017:656, où la Cour rejette l'argumentation du juge national selon laquelle « bien que la loi n° 89/2001 ne puisse être considérée comme une mesure prise en application des articles 81 et 82 TFUE, ni en vertu d'un règlement ou d'une directive spécifique, elle garantit, en poursuivant l'objectif de maîtriser la durée de toute procédure juridictionnelle, le bon fonctionnement de l'espace de justice de l'Union, en évitant de réduire à néant, par la durée déraisonnable des procédures juridictionnelles, l'utilité de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice sur laquelle se fonde la coopération judiciaire en matière civile et pénale ».
[48] Arrêt du 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-182/15, EU:C:2016:630.
[49] Ordonnance du 6 septembre 2017, *Schotthöfer*, C-473/15, EU:C:2017:633.

discriminés par rapport aux nationaux de leur pays hôte. Jusqu'ici, le raisonnement n'est pas neuf[50]. La suite l'est davantage[51]. La Cour estime en effet que, dès lors que la situation en cause relève des articles 21 et 18 TFUE, elle tombe également dans le *champ* d'application du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte[52]. L'évolution – décidée en grande chambre – est audacieuse. Elle pourrait[53] être vue comme concrétisant, près de vingt ans plus tard, la célèbre proposition de l'avocat général Jacobs, selon lequel chaque citoyen européen a droit « à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales, en particulier celles inscrites dans la convention européenne des droits de l'homme. En d'autres termes, il a le droit d'affirmer "civis europeus sum" et d'invoquer ce statut pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux »[54].

La deuxième avancée de la Charte concerne les citoyens sédentaires. Elle recouvre des situations dans lesquelles un citoyen risque de se voir privé soit de son statut de citoyen européen, soit de la « jouissance effective de l'essentiel des droits » conférés par ce statut.

S'agissant du premier cas de figure, les arrêts *Rottmann*[55] mais surtout *Tjebbes*[56] soulignent que la perte (ou la déchéance) de la nationalité d'un État membre, dès lors qu'elle entraîne la perte du statut de citoyen européen – et donc des droits qui y sont attachés –, « relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union ». Des décisions aboutissant à la perte du statut de citoyen européen doivent donc respecter la Charte des droits fondamentaux, et notamment le droit à la vie privée et familiale (art. 7) lu en combinaison avec l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 24)[57].

Le second cas de figure concerne, dans la droite ligne du célèbre arrêt *Ruiz Zambrano*[58], la situation où un citoyen de l'Union qui se trouve dans une relation de dépendance avec un ressortissant d'un État tiers se voit *de facto* forcé de quitter l'Union européenne en raison de l'interdiction faite à ce dernier d'y résider. Après avoir dans un premier temps déclaré que de telles situations d'exil forcé entraînaient *ipso facto* une violation de l'article 20 TFUE, la Cour avait ensuite semblé limiter la portée de cette jurisprudence aux cas de *dépendance matérielle absolue.* En d'autres termes, la détresse affective consistant à de se voir séparé de son conjoint ou de l'un de ses parents n'était pas nécessairement de nature à établir une impossibilité matérielle (réduite à une question de subsistance économique) de rester sur le territoire européen. De telles situations demeuraient donc en dehors du droit de l'Union – et donc hors de portée de la Charte, y compris du droit à la vie privée et familiale et de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'arrêt *Chavez Vilchez*[59] rebat les cartes en considérant que le bien-être affectif de l'enfant, et notamment le respect de ses droits fondamentaux, doit être pris

---

[50] Cf. déjà e.a. arrêt du 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539.
[51] Cf. néanmoins déjà, de manière moins explicite, l'arrêt du 2 juin 2016, *von Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401.
[52] Cf. le pt. 52 de l'arrêt *Petruhhin* précité.
[53] C'est le cas si la position de la Cour doit être interprétée comme signifiant que dès qu'un ressortissant européen a fait usage de sa liberté de circulation au sens de l'article 18 TFUE, sa situation rentre dans le champ d'application du droit de l'UE au sens de l'article 51 de la Charte. Une lecture plus restrictive de ces deux décisions consisterait à y voir la nécessité, non seulement de l'usage d'une liberté de circulation, mais en outre d'une atteinte au principe de non-discrimination consacrée à l'article 18 TFUE. Selon cette seconde hypothèse, si la situation ne mettait pas en cause une inégalité de traitement sur la base de la nationalité, elle ne relèverait pas du droit de l'Union.
[54] Conclusions présentées le 9 décembre 1992 dans l'affaire *Konstantinidis*, C-168/91, EU:C:1992:504, pt. 46.
[55] Arrêt du 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104.
[56] Arrêt du 12 mars 2019, *Tjebbes*, C-221/17, EU:C:2019:189.
[57] *Ibid.*, pts. 32 et 45.
[58] Arrêt du 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124.
[59] Arrêt du 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354.

en compte en vue d'établir l'existence d'une « privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen européen ». On ne saurait assez souligner le caractère révolutionnaire de cet arrêt (de grande chambre) : les droits fondamentaux sont ici invoqués *en amont* d'un quelconque rattachement de la situation avec le droit européen. Plus précisément, ces droits servent désormais eux-mêmes à établir ce lien de rattachement – à contre-courant de la jurisprudence classique selon laquelle la Charte ne peut en elle-même faire office de passerelle avec l'ordre juridique de l'Union.

(2) L'effectivité

Des considérations liées à l'effectivité du droit de l'Union sont également venues, ces dernières années, justifier une application de la Charte au-delà du noyau dur historique présenté plus haut.

L'arrêt *Toma*[60] en fournit une première illustration, sans doute la moins discutable car conforme à l'arrêt *Åkerberg Fransson* et reflétant, plus largement, la jurisprudence examinée plus haut relative aux actes individuels encadrés par le droit dérivé. Dans cette affaire, la Cour a considéré que les procédures de remboursement d'une taxe perçue en violation de l'interdiction des taxations discriminatoires ou protectionnistes visée à l'article 110 TFUE constituent une « mise en œuvre du droit de l'Union » au sens de l'article 51 de la Charte.

L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Delvigne*[61] est en revanche plus audacieux. La Cour y estime qu'une législation française prévoyant une interdiction du droit de vote en cas de condamnation pénale prononcée en dernier ressort entre dans le champ d'application de la Charte. Cette conclusion est justifiée au départ de deux prémisses. D'une part, une telle interdiction de vote concerne aussi les élections européennes. D'autre part, l'acte de 1976 portant élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct, lu en combinaison avec l'article 14, § 3, du TUE, oblige les Etats membres à assurer que l'élection des députés européens se déroule au suffrage universel direct, libre et secret. Le saut est périlleux de ces prémisses à la conclusion, mais il s'explique sans doute par le souci constant de la Cour de protéger « ses » citoyens jusque contre leurs propres Etats.

Mais l'évolution la plus remarquable concerne assurément le droit à une protection juridictionnelle effective. Dans une série d'arrêts d'une grande importance politique, la Cour estime que ce droit, en tant qu'il est consacré à l'article 19, § 1er, al. 2, du TUE (et pas seulement à l'article 47 de la Charte), a une portée plus large que celle prévue à l'article 51 de la Charte[62]. Porté par l'article 19, § 1er, al. 2, ce droit s'applique en effet aux « domaines couverts par le droit de l'Union européenne », expression que la Cour distingue soigneusement de celle inscrite à l'article 51 de la Charte, et qui donne à l'article 19, § 1er, al. 2, une portée plus vaste que cette dernière. Il en résulte que le droit à une protection juridictionnelle effective vient désormais encadrer l'organisation et le fonctionnement de toutes les instances nationales susceptibles de statuer sur des questions de droit de l'Union et qui peuvent être qualifiées de « juridiction » au sens de ce dernier. La Cour justifie cette extension par l'impact que toute entrave à l'exercice de la fonction juridictionnelle pourrait avoir sur le bon fonctionnement du droit de l'Union européenne. D'une part, ces juridictions sont les « premiers juges » du droit de l'Union, de sorte

[60] Arrêt du 30 juin 2016, *Toma*, C-205/15, EU:C:2016:499.
[61] Arrêt du 6 octobre 2015, *Delvigne*, C-650/13, EU:C:2015:648.
[62] Inaugurée par l'arrêt du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117), cette jurisprudence s'est vue confirmée par les arrêts *Vindel* (7 février 2019, C-49/18, EU:C:2019:106) et – surtout – *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)* (24 juin 2019, C-619/18, EU:C:2019:531) et *A.K.* (19 novembre 2019, C-585, C-624 et C-625/19, EU:C:2019:982)

que la bonne application de ce dernier pâtirait du non-respect du droit à une protection juridictionnelle effective devant elles. D'autre part, des atteintes à ces droits pourraient mettre à mal le principe de « confiance mutuelle », clé de voûte de l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui implique une présomption (réfragable) de respect des droits fondamentaux par tous les États membres. Considérable, la portée exacte de cette jurisprudence reste cependant à préciser[63]. Ce qui est certain, c'est qu'en instillant[64] une dose de géométrie variable dans le champ d'application des droits consacrés par la Charte, elle complexifie encore un peu un panorama déjà passablement encombré.

Conclusion

La complexité du paysage brossé ci-dessus est en partie inéluctable. Chaque affaire est unique et apporte avec elle des configurations particulières qui ne cadrent pas toujours parfaitement avec les principes posés par la Cour et les catégories forgées par la doctrine. Sans doute faut-il donc s'en accommoder. Cela ne signifie toutefois pas que rien ne puisse être tenté pour améliorer la lisibilité de la jurisprudence et, par la même occasion, asseoir la légitimité du contrôle opéré par la Cour dans des situations sur lesquelles des juridictions constitutionnelles pensaient avoir le monopole.

A cet égard, on voudrait commencer par observer que la jurisprudence actuelle est traversée par une double ligne de failles qui en obscurcit la compréhension.

Classique, la première relève de la « politique juridictionnelle » de la Cour. Celle-ci semble naviguer à vue entre deux conceptions diamétralement opposées du rôle de la Charte dans l'édifice européen. A une extrémité du spectre se trouve une approche « fédéraliste » de la Charte, qui implique d'en proposer une lecture maximaliste peu respectueuse du pluralisme constitutionnel européen. La Cour ne peut l'embrasser trop ouvertement, de peur de susciter l'ire des juridictions suprêmes nationales. Les « relations de voisinage » avec le droit de l'Union sur lesquelles elle bâtit parfois l'applicabilité de la Charte, de même que certaines intonations de sa jurisprudence sur la confiance mutuelle, attestent néanmoins le dangereux pouvoir de séduction d'une telle approche.

A l'autre extrême gît une conception strictement utilitariste du texte fondamental, « motivée par la nécessité d'éviter qu'une protection des droits fondamentaux susceptible de varier selon le droit national concerné porte atteinte à l'unité, à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union »[65]. Si certains arrêts de la Cour s'en font l'écho, cette voie ne paraît pas davantage recommandable que la première. Elle sous-estime la plus-value que représente le contrôle juridictionnel luxembourgeois pour la sauvegarde des droits fondamentaux en Europe. Plus indépendante que certaines cours constitutionnelles, mieux armée que la Cour européenne des Droits de l'Homme, la Cour de justice a des atouts qui justifient qu'elle assure le contrôle des

---

[63] On peut ainsi se demander si le contenu de l'obligation de prévoir une protection juridictionnelle effective imposé par l'article 19 TUE reprend l'ensemble de garanties consacrées à l'article 47 de la Charte. Une référence au « contenu essentiel » du droit à une protection juridictionnelle effective (arrêt *Commission c. Pologne* précité, pt. 58) semble indiquer le contraire, mais paraît quelque peu contredite par la suite du raisonnement. En effet, après avoir considéré que l'exigence d'indépendance fait partie de ce contenu essentiel, la Cour n'hésite pas, en contrariété avec l'article 52, § 1er, de la Charte, à se pencher sur l'éventuelle légitimité et proportionnalité des atteintes portées à cette exigence par la législation polonaise.

[64] Même si l'on peut argumenter que d'autres droits fondamentaux, et en particulier ceux liés aux libertés de circulation économiques consacrés à l'article 15, § 2, de la Charte, jouissaient déjà d'un champ d'application étendu en raison de leur ancrage dans d'autres dispositions du droit primaire.

[65] Arrêt du 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13, EU:C:2014:126, pt. 32.

droits fondamentaux *for their own sake*, et pas seulement pour le bénéfice de l'intégration européenne.

Le second clivage apparaît dans le raisonnement même de la Cour. Il oppose deux façons de penser les rapports entre la Charte et les autres dispositions du droit de l'Union. Dans certaines affaires, le litige est présenté comme portant sur l'existence d'une violation d'une norme de droit primaire ou de droit dérivé. La Charte n'intervient que de manière ancillaire, pour éclairer le sens à donner à ladite norme[66]. Pour reprendre une métaphore bien connue du droit de l'Union, la Charte agit ici comme la *lumière* sans laquelle il n'est pas possible de discerner les contours de l'objet interprété.

Dans d'autres cas de figure au contraire, c'est la Charte qui se retrouve au centre du litige, et le droit de l'Union qui se voit dans une certaine mesure « instrumentalisé », relégué dans le contexte normatif de l'affaire[67]. La question porte alors sur la violation « autonome » d'un article de la Charte, le droit de l'Union étant réduit au rôle de *passerelle*[68] permettant au *Bill of Rights* de l'Union d'investir des situations régies au moins partiellement par du droit interne. Ces configurations sont infiniment plus risquées. Les « passerelles » construites par la Cour paraissent parfois quelque peu fragiles ou artificielles. Elles reposent par ailleurs sur une distinction problématique entre la question du champ d'application d'une règle et celle de son (non-)respect. Enfin, les dispositifs de certains de ces arrêts manquent de clarté, qui font état d'une violation « combinée » de la Charte et de l'acte « passerelle »[69].

Il nous semble que la Cour devrait, autant que faire se peut, privilégier la première de ces deux options. En plaçant systématiquement le droit de l'Union au centre de son raisonnement et en utilisant la Charte de manière auxiliaire pour en éclairer le sens et la portée, la jurisprudence de la Cour gagnerait en lisibilité et en légitimité. D'abord, une telle approche bénéficierait non seulement d'un soutien évident dans le texte même de l'article 51 – ce sont les actes de droit de l'Union qui seraient lus au regard de la Charte, pas les mesures nationales – mais en outre de la forte assise jurisprudentielle de la théorie de l'interprétation conforme. Ensuite, cette approche neutraliserait toute accusation d' « impérialisme constitutionnel » car l'interprétation donnée par la Cour « colle » à la norme (primaire ou secondaire) de droit de l'Union au lieu de flotter dans l'éther du droit des droits de l'homme. Enfin, une telle stratégie n'implique aucun reflux vers une conception simplement utilitariste de la Charte. Utilisée adéquatement, elle n'est pas de nature à bouleverser le *contenu* de la jurisprudence actuelle – simplement de la rendre plus lisible et acceptable.

A cet égard, il nous semble que l'immense majorité des arrêts présentés plus haut qui s'appuient sur la « passerelle du droit européen » pourraient être réécrits en utilisant la « lumière de la Charte ». Certaines décisions montrent du reste déjà la voie à suivre[70]. On ajoutera que la doctrine de l'interprétation conforme ne s'applique pas qu'au droit dérivé. La Cour a déjà considéré que le droit primaire devait lui aussi être lu à la lumière de la Charte[71]. Ainsi, par

---

[66] Ainsi par exemple de l'arrêt *Tjebbes* précité, où l'article 20 TFUE est lu à la lumière des articles 7 et 24 de la Charte, mais aussi les arrêts précités *Funke Medien*, *Spiegel Online* ou *Gueye*.

[67] Ainsi par exemple des arrêts précités *Berlioz*, *Paoletti* ou *Moro*.

[68] Cette métaphore est empruntée à l'AG Bobek dans ses conclusions dans l'affaire *Moro* (C-646/17, EU:C:2019:95).

[69] Ainsi par exemple de l'arrêt *Liivimaa Lihaveis MTÜ* précité.

[70] Cf. p. ex. arrêt du 5 octobre 2010, *J. McB.*, C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, pts 51-52.

[71] Cf. p. ex., à propos de l'article 263, al. 4 TFUE et du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective : arrêt du 28 avril 2015, *T & L Sugars Ltd e.a. c. Commission*, C-456/13 P, EU:C:2015:284, pt. 44. Cf. également les conclusions présentées le 25 juillet 2018 par l'AG Bobek dans l'affaire *Dzivev*, C-310/16,

exemple, il serait tout à fait possible de relire la jurisprudence *ERT* sur les entraves ou la jurisprudence *Chavez-Vilchez* sur la citoyenneté comme étant respectivement fondées sur une interprétation des libertés de circulation ou de l'article 20 TFUE *à la lumière* de la Charte.

Certains objecteront que l'interprétation conforme a ses limites et que le sens d'un texte ne peut pas non plus être dénaturé pour y faire rentrer toutes les exigences issues des droits fondamentaux. Cette objection n'est qu'en partie fondée. On connaît les trésors d'imagination que la Cour de justice attend des juridictions nationales lorsqu'elles sont appelées à interpréter leur droit interne en conformité avec une directive non transposée. Si elle « est limitée par les principes généraux du droit et elle ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national »[72], une telle obligation d'interprétation conforme exige de « modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie »[73], d'inclure dans le raisonnement d'autres textes normatifs que celui dont l'interprétation est discutée[74], peut aboutir à donner de nouvelles compétences à des organes nationaux[75], et même – s'agissant pourtant de directives – donner lieu à une interprétation défavorable aux particuliers[76].

Il ressort de cette jurisprudence que, contrairement à ce que défendent certains avocats généraux[77], la Charte pourrait être – et a déjà été[78] – invoquée pour *compléter* une réglementation de droit dérivé, voire même pour *étendre* son champ d'application, la seule limite imposée par l'article 51 de la Charte étant de rester dans les compétences – éventuellement non exercées – confiées à l'Union européenne par les Etats membres. Bien sûr, une telle interprétation doit en outre rester dans les limites du raisonnable et du convaincant – mais cela est vrai de toute interprétation.

EU:C:2018:623 : « je ne pense pas que, dans un cas comme celui qui nous occupe, la Charte n'ait vocation qu'à jouer le rôle, pour employer une métaphore, d'une "digue secondaire" lorsqu'une certaine interprétation, peut-être discutable en vérité, des règles matérielles de l'Union aurait au préalable été retenue concernant un problème donné. La Charte et ses dispositions imprègnent l'ensemble de l'ordre juridique de l'Union. La Charte est donc déjà applicable et pertinente pour l'"interprétation première" des règles matérielles en question, à savoir, en l'espèce, l'article 325, paragraphe 1, TFUE, la convention PIF et la directive TVA, qui doivent être interprétés à la lumière de ses dispositions » (pt. 40).

[72] Arrêt du 19 avril 2016, *D.I.*, C-441/14, EU:C:2016:278, pt. 32.

[73] *Ibid.*, pt. 33.

[74] Cf. Arrêt du 24 janvier 2012, *Dominguez*, EU:C:2012:33, pts 28 à 31.

[75] Cf. p. ex. Arrêt du 4 décembre 2018, *Siochana*, C-378/17, EU:C:2018:979.

[76] Cf. p. ex. à propos des directives, arrêt du 26 février 2019, *N Luxembourg 1 e.a.*, C-115/16 e.a., EU:C:2019:134, pt. 115 et jurisprudence citée. On sait par ailleurs que l'interprétation de certaines dispositions de la Charte a pour effet de modifier directement les droits et obligations de particuliers (cf. e.a. arrêt du 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257 ; arrêts du 6 novembre 2018, *Bauer*, C-569 et C-570/16, EU:C:2018:871, et *Max Planck*, C-684/16, EU:C:2018:874 ; arrêt du 22 janvier 2019, *Cresco*, C-193/17, EU:C:2019:43)

[77] « Si l'interprétation conforme doit demeurer une "interprétation", elle ne peut pas modifier le champ d'application de l'instrument du droit dérivé en question. Si cela était autorisé, une interprétation conforme pourrait rapidement permettre de contourner les limites de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte » (conclusions présentées le 5 février 2019 par l'AG Bobek dans l'affaire *Moro* (C-646/17, EU:C:2019:95, pt. 97). Dans un même sens, mais de façon moins explicite, cf. les conclusions présentées par l'AG Trstenjak dans l'affaire *Iida* (C-40/11, EU:C:2012:296), qui semblent exclure par principe l'idée d'une extension du champ d'application de la directive 2004/38 suite à son interprétation à la lumière de la Charte (pts 54 et 57).

[78] S'agissant de l'extension, à titre individuel, d'un droit au-delà du champ d'application d'un acte de droit dérivé, les exemples les plus célèbres datent d'avant la Charte et concernent les principes généraux du droit : arrêt du 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458 ; arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast*, EU:C:2002:493. De nombreux arrêts illustrent quant à eux des situations où l'invocation de la Charte vient ajouter du contenu matériel au régime juridique instauré par l'acte de droit dérivé invoqué. Cf. p. ex. l' arrêt *Moro* précité ; l'arrêt du 20 mars 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197.

A titre subsidiaire, lorsque les ressources de l'interprétation conforme paraissent trop « courtes » pour justifier le contrôle du respect des droits fondamentaux, des considérations liées à l'effectivité du droit de l'Union pourraient prendre le relais. Les arguments fondés sur l'effectivité du droit de l'Union sont monnaie courante dans la jurisprudence de la Cour de justice, qu'ils apparaissent sous les traits de la doctrine de l'effet utile, de la protection juridictionnelle effective, ou des principes d'équivalence et d'effectivité. La « banalité » d'un tel raisonnement paraît donc de nature à désamorcer les soupçons d'une jurisprudence « exceptionnelle » ou « politique » à l'égard de la Charte.

On l'a dit, les modifications proposées ici sont avant tout d'ordre stratégique et cosmétique. Elles n'éradiqueront pas toute casuistique. Mais elles sont de nature à renforcer la lisibilité et l'acceptabilité de la jurisprudence actuelle, ce qui n'est pas négligeable. *For justice must not only be done. It must also be seen to be done.*