

II.3° - La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son application « sectorielle »

Cass., 2 mars 2012

CHARTRE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE (ART. 51) –
CHAMP D'APPLICATION – ETATS MEMBRES – MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE
L'UNION

Extrait

III. La décision de la Cour

(...)

Sur le second moyen :

(...)

Quant à la deuxième branche :

En vertu de l'article 332*quinquies*, § 2, alinéa 1er, du Code civil, si l'opposition à l'action en contestation de paternité émane de celui des auteurs de l'enfant à l'égard duquel la filiation est établie, le tribunal ne rejette la demande que si l'établissement de la filiation est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.

Le moyen soutient que cet article est contraire, d'une part, à l'article 3.1 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et, d'autre part, aux articles 24.2 et 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007.

Pour bénéficier de l'effet direct, la norme d'une convention internationale doit être suffisamment précise et complète.

Aux termes de l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

L'article 3 de la Charte des droits fondamentaux consacre le droit à l'intégrité de la personne, l'article 24.2 énonce que, dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale et l'article 24.3 dispose que tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.

Aucune de ces dispositions n'est, en soi, suffisamment précise et complète pour avoir un effet direct dès lors qu'elles laissent à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant. Elles ne peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers. Elles permettent notamment à l'État et aux autorités contractantes de déterminer au mieux les intérêts de l'enfant dans le cadre des modalités d'établissement de la filiation biologique. Les articles 318, 331*nonies* et 332 du Code civil contiennent une réglementation qui protège les intérêts de l'enfant.

Il n'appartient pas au juge d'écarter la protection des intérêts de l'enfant imposée par le législateur au profit d'une appréciation personnelle qu'il considère comme plus appropriée.

En outre, conformément à l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux précitée, les dispositions de celle-ci ne s'adressent aux États membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. L'article 332*quinquies* du Code civil ne met pas ce droit en œuvre. Le moyen, en cette branche, manque en droit.

(...)

Observations

L'arrêt commenté¹ est intéressant à un double titre. D'une part, il traite de l'effet direct des conventions internationales, déniaut un tel attribut à l'article 3, § 1^{er}, de la Convention relative aux droits de l'enfant ainsi qu'aux articles 3 et 24, §§ 2 et 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. D'autre part, il conclut à l'inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux au motif que la disposition mise en cause – l'article 332quinquies du Code civil – ne constitue pas une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de ladite Charte.

Les enseignements de cet arrêt relatifs à l'effet direct ne retiendront pas notre attention. Qu'il nous soit permis de renvoyer à cet égard au commentaire de l'arrêt n°106/2003 de la Cour constitutionnelle, dans lequel Isabelle Hachez dresse une synthèse limpide et convaincante de la notion d'effet direct et des dévoiements auxquels elle a pu donner lieu².

Le deuxième enseignement de l'arrêt annoté appelle de plus amples développements. Il tient dans le constat, posé par la Cour, que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas applicable au litige qui lui est présenté. La Cour considère en effet que, dans la mesure où il ne constitue pas la mise en œuvre d'une norme du droit de l'Union, l'article 332quinquies du Code civil n'est pas soumis aux dispositions de la Charte. Au soutien de ce constat, la Cour mentionne l'article 51 de la Charte, en vertu duquel celle-ci s'applique « aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

On doit louer la Cour de cassation pour n'avoir pas perdu sa lucidité quand nombre de juges belges semblent l'avoir sacrifiée sur l'autel d'une europhilie trop zélée. Il faut lui savoir gré d'avoir assumé son rôle de cour suprême en rappelant que le *Bill of Rights* de l'Union n'est pas une nouvelle Convention européenne des droits de l'homme opposable en toutes circonstances aux autorités nationales.

¹ Cass., 2 mars 2012, C.10.0685.F; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2012, pp. 712 et suiv. et obs. J. Sosson, « L'équivocité de la possession d'état : une notion... équivoque ? »

² Voy. cet ouvrage, p. [XXX]. A la lumière de ce commentaire, l'on ne peut s'empêcher d'exprimer un certain scepticisme à l'endroit de la position de la Cour de cassation. En application de sa jurisprudence *Le Ski*, la Cour était appelée à effectuer un contrôle *objectif* de conformité de l'article 332quinquies du Code civil aux standards internationaux de protection des droits de l'homme. Il lui incombait donc de se prononcer sur l'*invocabilité* des dispositions internationales dont se prévalaient les demandeurs en cassation (effet direct au sens large) sans avoir à déterminer si ces mêmes dispositions conféraient à ces derniers de véritables *droits subjectifs*, ne ménageant aucun pouvoir d'appréciation dans le chef de leur débiteur (effet direct au sens strict). L'arrêt commenté semble procéder d'une confusion entre ces deux questions. Constatant qu'elles n'imposent pas aux Etats parties une seule façon de satisfaire l'intérêt de l'enfant, la Cour considère que les dispositions invoquées ne sont pas suffisamment claires et complètes, de sorte qu'elles ne peuvent présider au contrôle du choix législatif incarné par l'article 332quinquies du Code civil. Ce raisonnement n'emporte pas la conviction. Une chose est de constater que la mise en œuvre du droit à la dignité humaine et des droits de l'enfant ménage, dans le chef du législateur, une marge d'appréciation substantielle limitant d'autant l'intensité du contrôle juridictionnel. Une (tout) autre est de considérer, en amont de cette appréciation au fond, que ces dispositions ne sont pas invocables en justice, avec pour conséquence que le juge n'est *jamais* compétent pour constater leur violation, fût-ce par le biais d'un contrôle marginal (Comp. l'approche adoptée, à propos du même article 24 de la Charte, par le *Raad van State* néerlandais dans un arrêt du 18 juillet 2012 *Vreemdeling / Minister voor Immigratie en Asiel*, 201101617/1/V4, point 2.5 : « Uit het voorgaande volgt, voor zover hier van belang, dat de voorliggende zaak binnen de materiële werkingssfeer van het Handvest valt en daarmee aan artikel 24 daarvan kan worden getoetst. Uit de uitspraak van 7 februari 2012 in zaak nr. 201103064/1/V2 (www.raadvanstate.nl) volgt, voor zover thans van belang, dat artikel 24 van het Handvest, dat gebaseerd is op artikel 3 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, beoordelingsruimte bevat voor de nationale instanties en dat de rechter bijgevolg alleen kan toetsen of deze beoordelingsruimte in het bij hem aan de orde gestelde geval door de minister is overschreden »).

Cette prise de position nous offre ainsi l'occasion d'examiner l'attitude des juridictions belges à l'égard du champ d'application de la Charte (A) avant de synthétiser l'interprétation de l'article 51 telle qu'elle se dégage de la jurisprudence de la Cour de justice (B).

A. Le champ d'application de la Charte dans la jurisprudence belge

Si la Charte est assez fréquemment invoquée par et devant les juridictions belges³, il s'en faut de beaucoup qu'elle le soit toujours à bon escient. La majorité des plaideurs traitent la Charte comme un instrument de protection des droits de l'homme parmi d'autres, invoquant ses garanties pêle-mêle avec celles de la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres conventions internationales de protection des droits fondamentaux, dans des domaines parfois très éloignés du droit de l'Union européenne⁴.

Confrontés à ces feux nourris de références aux droits de l'homme, les juges ne prennent généralement pas la peine de séparer le bon grain de l'ivraie et examinent *in globo* le bien-fondé du grief⁵. Ils n'hésitent pas, du reste, à procéder eux-mêmes à de telles confusions⁶, voire à se référer à la seule Charte dans des domaines qui ne présentent pas de lien de rattachement évident avec le droit de l'Union⁷. Si elle se comprend eu égard à la grande proximité de contenu de ces différents instruments⁸, une telle pratique doit être critiquée, qui témoigne d'une mécompréhension des limites du champ d'application de la Charte.

En revanche, on peut souscrire à la méthode consistant à s'appuyer sur une disposition de la Charte des droits fondamentaux pour confirmer l'existence, en droit belge, d'un principe général de droit⁹. Si le contenu de la Charte s'inspire largement des « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres », il n'y a rien d'illogique à considérer qu'en sens inverse, le *Bill of Rights* de l'Union européenne peut influencer le contenu de ces traditions en dehors même de son champ d'application.

³ Sur l'invocation de la Charte devant les juridictions belges avant que celle-ci n'ait acquis une valeur juridiquement contraignante par l'effet de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, voy. XX (Soft law)

⁴ Voy. p. ex. C.E., 16 mai 2012, n° 219.399 ; C.C., n° 201/2011, 22 décembre 2011.

⁵ Voy. p. ex. C.C., n° 201/2011, 22 décembre 2011, points B.11 et B.12 ; C.C.E., 29 mai 2012, n° 81 860, point 3.5.4 ; C.C.E., 25 avril 2012, n° 80 102 ; C.C.E., 21 décembre 2010, n° 53 514, point 4.3.

⁶ Voy. Civ. Nivelles (ch. du conseil), 6 avril 2011, *Rev. tr. dr. fam.*, 2011, p. 695-700 ; C.E., 7 avril 2011, n° 212.557 : « Considérant que les deuxième et sixième moyens seraient de nature à entraîner une annulation aux effets plus étendus que les moyens jugés fondés ci-avant ; que, toutefois, leur examen requerrait que des questions préjudicielles soient posées à la Cour constitutionnelle ; que poser de telles questions quand d'autres moyens sont fondés et de nature à entraîner l'annulation de l'acte attaqué provoquerait dans la procédure un retard déraisonnable alors que l'affaire a une incidence déterminante sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 de la [CEDH] et de l'article 14 du [PIDCP] ; que ces dispositions, ainsi que l'article 47 de la Charte (...), arrêtent les effets de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle dans la mesure où cet article prescrit de poser une question préjudicielle qui n'est pas utile à la solution du litige » (nous soulignons).

⁷ Voy. C.C., n° 156/2011, 13 octobre 2011, point B.6 ; C. Trav. Anvers, 14 novembre 2011, *T.O.R.B.*, 2011-2012, p. 281-294 ; Civ. Namur, 24 février 2010, *F.J.F.*, 2010, p. 1126-1139.

⁸ Et encore... voy. C.C.E., 28 novembre 2011, n° 70 729, point 3.3.4., dans lequel le Conseil oublie manifestement que le droit à une bonne administration consacré dans la Charte ne concerne que les institutions de l'Union.

⁹ En ce sens, voy. Liège (6^e ch), 15 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 468. Il nous semble déjà moins évident d'utiliser la Charte comme une boussole « à la lumière » de laquelle une norme constitutionnelle doit être interprétée, dans un domaine échappant au droit de l'Union. Pour un exemple d'une telle utilisation de la Charte, voy. C.C., n° 167/2005, 23 novembre 2005, point B.18.3. Sur l'utilisation d'instruments conventionnels de protection des droits de l'Homme comme « source matérielle » de principes généraux du droit, voy. XXX

Ces difficultés liées à la portée de la Charte sont à l'origine de plusieurs questions préjudicielles relatives à la compatibilité, avec le droit de l'Union, du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁰. Dans un jugement du 24 juin 2010 rendu en matière fiscale, le tribunal de première instance de Liège considère ainsi que « le droit fiscal étant une atteinte au droit de propriété [garanti par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux], l'impôt dans son ensemble entre dans le champ d'application du droit communautaire »¹¹. Il en déduit que les droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique de l'Union s'appliquent au cas de l'espèce et qu'en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, il doit écarter d'office toute norme contraire auxdits droits. Le juge poursuit son raisonnement en constatant que l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 l'empêche de procéder à ce contrôle avant d'avoir interrogé la Cour constitutionnelle sur la conformité de la règle en cause avec les dispositions analogues de la Constitution. Il entreprend donc d'interroger la Cour de justice de l'Union sur la légalité d'un tel dispositif.

Sans surprise, la Cour de justice se déclare manifestement incompétente pour répondre à cette question, au motif que le litige au principal, « qui oppose un ressortissant belge à l'État belge à propos de la taxation d'activités exercées sur le territoire de cet État membre, ne présente aucun élément de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes, des services ou des capitaux. En outre, ledit litige ne porte pas sur l'application de mesures nationales par lesquelles l'État membre concerné mettrait en œuvre le droit de l'Union »¹². La Cour avait rendu une ordonnance de rejet similaire quelques mois auparavant, en réponse à une question préjudicielle de même nature posée par le même tribunal dans le cadre d'un litige très comparable¹³. Elle réitérera sa position dans une troisième ordonnance, en réponse à la même question préjudicielle posée, une fois encore, par le tribunal de première instance de Liège¹⁴.

Notons encore que des considérations du même ordre ont conduit la Cour de justice à se déclarer incompétente pour répondre à des questions préjudicielles posées par le tribunal de première instance de Namur relatives à la compatibilité, avec le « droit » à la santé publique tel que garanti par l'article 35 de la Charte, d'une législation qui taxe le tabac au lieu de l'interdire¹⁵.

Certaines juridictions de fond sont cependant conscientes des limites du champ d'application de la Charte. On notera ainsi le souci de la Cour d'appel de Bruxelles de justifier la nécessité de contrôler la compatibilité de l'article 75 de la Loi sur la protection de la concurrence économique avec la Charte des droits fondamentaux par le fait que l'Auditorat visé par cette disposition applique non seulement le droit belge, mais aussi le droit européen de la concurrence¹⁶. De même, évoluant dans la zone grise du champ d'application de la Charte, le Conseil du Contentieux des Étrangers a jugé qu'une ressortissante congolaise, ascendante d'un citoyen belge, ne pouvait utilement invoquer l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux au motif que ledit citoyen n'avait pas exercé son droit à la libre circulation¹⁷.

¹⁰ Sur ce mécanisme, voy. le commentaire de l'arrêt *Melki et Abdelli* livré par Christine Horevoets dans le présent ouvrage, p. [XXX].

¹¹ Civ. Liège (24^e ch.), 24 juin 2010, *R.G.C.F.*, 2010, p. 327-333.

¹² C-314/10 *Pagnoul*, 22 septembre 2011 (ord.), *Rec.*, p. I-136, point 24.

¹³ C-457/09 *Chartry*, 1^{er} mars 2011 (ord.), *Rec.*, p. I-819, point 25.

¹⁴ C-538/10 *Lebrun*, 22 septembre 2011 (ord.), *Rec.*, p. I-137, point 19.

¹⁵ C-267/10 et C-268/10 *Rossius*, 23 mai 2011 (ord.), *Rec.*, p. I-81.

¹⁶ Bruxelles, 6 avril 2011, R.G. n° 2011/MR/3, point 40.

¹⁷ C.C.E., 19 mai 2011, arrêt n° 61 748. Comp. Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 49.356/4 du 4 avril 2011, *A.P.T.*, 2011, p. 330-333.

La Cour de cassation s'est elle aussi montrée vigilante, comme en témoigne l'arrêt commenté. On peine ainsi à voir comment l'article 332*quinquies* du Code civil – relatif aux actions en recherche de paternité – pourrait de quelque manière que ce soit être rattaché au droit de l'Union et, partant, à la Charte. On notera que la haute juridiction a confirmé cette attitude critique dans un arrêt du 3 octobre 2012, qui déclare l'article 47 de la Charte inapplicable à une affaire de dépassement du délai raisonnable en matière pénale¹⁸.

Quant à la Cour constitutionnelle, après avoir un temps péché par excès d'europhilie¹⁹, elle semble venue à résipiscence. Dans son arrêt 20/2013, la Cour laisse en suspens la question de l'applicabilité de la Charte, estimant que le grief qui s'y appuie est en tout état de cause non fondé (pt. B.12). Dans l'affaire relative à l'interdiction du port de tout vêtement cachant le visage, le ton est plus affirmatif : « Etant donné que les parties requérantes ne démontrent pas un lien de rattachement de leur situation avec la mise en œuvre du droit de l'Union, les moyens ne sont pas recevables en ce qu'ils sont pris de la violation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »²⁰. La Cour est sans doute bien inspirée de faire peser la charge de la preuve sur les requérants, se débarrassant ainsi d'un problème qui n'était simple qu'en apparence. On aurait en effet pu argumenter qu'une telle loi présente un lien de rattachement avec le droit de l'Union dès lors qu'elle est susceptible de dissuader un ressortissant d'un Etat membre dans lequel le port d'un tel vêtement est autorisé de se rendre en Belgique pour y travailler (entrave à la libre circulation des travailleurs), pour y passer des vacances (entrave à la libre prestation des services) voire pour s'y domicilier (entrave à la libre circulation des citoyens). On rétorquera peut-être que les requérantes n'étaient pas *in casu* des ressortissantes d'un autre Etat membre, de sorte que le litige se cantonnait au territoire du Royaume. A quoi l'on répondra, paraphrasant la jurisprudence *Libert*²¹ de la Cour de justice, qu'une telle affaire relevait du droit européen dès lors que (1) il ne saurait être exclu que des travailleurs, touristes et citoyens d'autres Etats membres voient, dans l'avenir, leurs libertés de circulation restreintes par une telle loi²² et que (2) s'agissant d'un recours en annulation, la décision de la Cour constitutionnelle produira également des effets à l'égard des ressortissants d'autres Etats membres.

Eu égard à ces difficultés, on ne peut qu'approuver le choix de la Cour constitutionnelle d'avoir, dans une autre affaire, déféré à la Cour de justice la question de l'applicabilité de la Charte²³. Interrogée sur la constitutionnalité de l'obligation de prévoir un jour de fermeture hebdomadaire dès lors qu'un certain nombre de commerces en sont exemptés, la Cour s'enquiert auprès des juges de Luxembourg de la conformité d'une telle législation aux libertés de circulation ainsi qu'au principe d'égalité, à la liberté professionnelle et à la liberté d'entreprise garantis par la Charte. La Cour pose expressément la question de l'applicabilité de la Charte au cas de l'espèce (pt. B.5.3), laissant à son homologue luxembourgeoise le soin d'y répondre. Une réponse qui n'a rien d'évident. D'un côté, il ressort de la jurisprudence

¹⁸ Affaire n° P.12.0709, www.juridat.be, avec les conclusions de l'Avocat général D. Vandermeersch.

¹⁹ Voy. not. les arrêts mentionnés en note n°5 et 7.

²⁰ Arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, point B.10.3.

²¹ C-197/11 et C-203/11 *Libert e.a.*, 8 mai 2013, non encore publié au Recueil, points 34-35.

²² On admettra cependant que ce premier argument est difficilement réconciliable avec une autre jurisprudence en vertu de laquelle « la perspective purement hypothétique de l'exercice du droit de libre circulation ne constitue pas un lien suffisant avec le droit de l'Union pour justifier l'application de ses dispositions » (C-40/11 *Jida*, 8 novembre 2012, non encore publié au Recueil, point 77 ; voy. aussi C-299/95 *Kremzow*, 29 mai 1997, *Rec.*, p. I-2629, point 16).

²³ Arrêt n° 119/2012 du 18 octobre 2012, et affaire C-483/12 *Pelckmans Turnhout* actuellement pendante devant la Cour de justice.

Keck & Mithouard de la Cour de justice que, pourvu qu'elle ne défavorise pas les produits importés, la réglementation concernant l'ouverture des commerces constitue une modalité de vente échappant à l'emprise de la libre circulation des marchandises et, partant, au droit de l'Union en général²⁴. D'un autre côté, cette jurisprudence n'a pas empêché la Cour de contrôler le respect des droits fondamentaux dans une situation analogue au cas de l'espèce²⁵. De plus, la Cour de justice s'est toujours refusée à étendre sa jurisprudence *Keck* à la libre prestation des services, laquelle est également épinglée dans la question posée par la Cour constitutionnelle.

On le voit, la question du champ d'application de la Charte demeure passablement complexe, et l'on ne saurait reprocher aux juridictions belges de procéder par tâtonnements quand le plateau du Kirchberg lui-même semble envahi par le brouillard. C'est pourquoi, sans prétention à l'exhaustivité, il semble opportun de consacrer la seconde partie de ce commentaire à tenter de débrouiller l'écheveau de la jurisprudence de la Cour de justice sur ce point.

B. Le champ d'application de la Charte dans la jurisprudence de la Cour de justice

Avant même l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour a considéré que les droits fondamentaux consacrés dans l'ordre juridique de l'Union européenne lient les Etats membres dès qu'ils agissent dans le « cadre » ou dans le « champ d'application » du droit de l'Union²⁶. Ce champ d'application a lui-même été défini de manière assez large comme couvrant un éventail de situations très diverses.

Certains ont déduit de la formulation de l'article 51 qu'elle enjoint la Cour à faire marche arrière par rapport à cette jurisprudence et à limiter son contrôle aux seuls actes nationaux qui *exécutent* ou *transposent* une mesure de droit dérivé²⁷. La plupart des auteurs, cependant, s'accordent à dire que cette formulation sciemment ambiguë n'entend pas revenir sur les acquis jurisprudentiels et autorise la Cour à continuer de contrôler toute action des Etats membres qui se situe dans le champ d'application du droit de l'Union²⁸.

La Cour de justice conforte cette seconde thèse en filigrane lorsque, pour constater que le prescrit de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte n'est pas satisfait, elle affirme qu'« il ne résulte pas de la décision de renvoi [préjudiciel] que la réglementation nationale constitue une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union *ou présente d'autres éléments de rattachement à ce droit* »²⁹. Dans son arrêt *Dereci*, la Cour laisse du reste entendre que le critère applicable est

²⁴ C-267 et C-268/91 *Keck et Mithouard*, 24 novembre 1993, *Rec.*, p. I-6097. Concernant les jours et heures d'ouverture des commerces, voy. C-401 et C-402/92 *Boermans*, 2 juin 1994, *Rec.*, p. I-2199 ; C-69/93 *Punto Casa*, 2 juin 1994, *Rec.*, p. I-2355 ; C-418/93 e.a. *Semeraro*, 20 juin 1996, *Rec.*, p. I-2975.

²⁵ C-71/02 *Karner*, 15 mars 2004, *Rec.*, p. I-3025.

²⁶ Voy. p. ex. C-260/89 *ERT*, 18 juin 1991, *Rec.*, p. I-2925, point 42.

²⁷ Voy. e.a. F. PICOD, « Article II-111 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, tome 2, sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE ET F. PICOD, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. p. 651.

²⁸ 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 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, tome 2, sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE ET F. PICOD, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. p. 701-703. Adde, P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, University Press, 2010, p. 210-213.

²⁹ C-27/11 *Vinkov*, 7 juin 2012, non encore publié au Recueil, point 59 (nous soulignons). Dans le même sens, voy. e.a. C-339/10 *Aspahurov Estov*, 12 novembre 2010, *Rec.*, p. I-11465, point 14 ; C-267/10 et C-268/10 *Rossius*, 23 mai 2011, *Rec.*, p. 81, point 19.

bien celui du « champ d'application du droit de l'Union »³⁰. Les explications *ad* article 51 semblent également confirmer cette seconde thèse 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).

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 toute la difficulté réside bien sûr dans la capacité à délimiter ce « champ d'application du droit de l'Union ». À cet égard, force est d'observer que la Cour continue de louvoyer entre interprétations frileuses³¹ et généreuses³² de son champ d'application, optant parfois pour un silence embarrassé qui dissimule mal des dissensions internes³³. Ces atermoiements n'ont pas manqué de trouver écho dans les conclusions des avocats généraux, qui de longue date s'emploient à introduire un peu de sécurité juridique dans la casuistique de la Cour³⁴.

Ce brouillard jurisprudentiel n'empêche pas de discerner quatre cas de figure dans lesquels les Etats membres agissent indéniablement dans le champ d'application du droit de l'Union et, partant, de la Charte.

Il s'agit d'abord des situations dans lesquelles les Etats adoptent une mesure d'*exécution* d'un règlement ou d'une décision émanant de l'Union européenne³⁵. 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.

Il n'en va pas différemment des mesures de *transposition* des directives européennes. La législation ou la réglementation procédant à cette transposition est considérée comme tombant

³⁰ C-256/11 *Murat Dereci*, 15 novembre 2011, non encore publié au Recueil, point 72.

³¹ Voy. p. ex. C-370/12 *Pringle*, 27 novembre 2012, non encore publié au Recueil, points 178-182 ; Voy. aussi les arrêts rendus par la Cour (avec le même juge rapporteur) dans les affaires C-40/11 *Iida* (8 novembre 2012, non encore publié au Recueil, points 79-80) et C-87/12 *Ymeraga* (8 mai 2013, non encore publié au Recueil, points 41-42) qui, reprenant une solution dégagée dans un ancien arrêt, disposent que pour déterminer l'applicabilité 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 » (nous soulignons). Dans ces deux arrêts, la Cour en déduit que l'invocation d'une disposition visant à mettre en œuvre le droit de l'Union ne suffit pas nécessairement à déclencher l'applicabilité de la Charte.

³² Voy. les exemples mentionnés ci-dessous.

³³ Voy. C-489/10 *Bonda*, 5 juin 2012, non encore publié au Recueil, arrêt dans lequel la Cour élude la question de l'applicabilité de la Charte alors même que cette question avait fait l'objet de développements substantiels dans les conclusions de l'avocat général Kokott.

³⁴ Voy. e.a. les conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 9 décembre 1992 dans l'affaire C-168/91 *Konstantinidis* (*Rec.*, 1992, p. I-6577), et celles présentées le 30 mai 2005 dans l'affaire C-96/04 *Niebuil*, 27 avril 2006 (*Rec.*, 2006, p. I-3561) ; les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 12 septembre 2007 dans l'affaire C-380/05 *Centro Europa 7* (*Rec.*, 2008, p. I-349) ; et les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire C-34/09 *Ruiz Zambrano* (*Rec.*, 2011, p. I-1177). Sur ces trois propositions, voy A. BAILLEUX et E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Droits fondamentaux en mouvement. Questions choisies d'actualité*, sous la dir. de S. VAN DROOGHENBROECK ET P. WAUTELET, Bruxelles, Anthémis, 2012, p. 73-151, spéc. p. 114-116. Voy. encore les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire C-617/10 *Fransson*.

³⁵ Voy. p. ex. aff. 5/88 *Wachauf*, 13 juillet 1989, *Rec.*, p. 2609.

dans le champ d'application du droit de l'Union une fois écoulé le délai de transposition de la directive concernée. Le pouvoir discrétionnaire dont disposerait éventuellement l'Etat membre dans ce cadre ne l'exonère pas du respect des droits fondamentaux³⁶.

Le troisième cas de figure comprend tout acte administratif ou juridictionnel posé par un Etat membre dans un *domaine couvert* par une directive³⁷, un règlement³⁸ ou une décision-cadre³⁹. Ainsi en est-il notamment des décisions relatives à l'accès au territoire, à l'expulsion ou au non-renouvellement du permis de séjour de ressortissants d'Etats membres ou d'Etats tiers.

Enfin, il est de jurisprudence constante que relèvent du champ d'application du droit de l'Union les *entraves* à l'exercice d'une liberté – économique – de circulation⁴⁰. L'hypothèse est ici celle d'un acte – ou d'une omission d'agir – qui porte *prima facie* atteinte à l'une des libertés fondamentales consacrées dans le traité. La simple existence de cet obstacle fait entrer 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.

En marge de ces « cas types », il ressort de certains arrêts de la Cour que le contrôle exercé par celle-ci *pourrait* également s'étendre à d'autres mesures nationales, telles que des mesures de *transposition* d'une directive d'harmonisation *minimale* qui vont plus loin que les prescrits de celle-ci⁴¹, des mesures de *transposition* d'une *décision-cadre* adoptée dans le cadre de feu le « troisième pilier » de l'Union européenne⁴², des mesures qui *renvoient* au contenu d'un acte de droit dérivé dans un domaine qui échappe au droit de l'Union⁴³ ainsi que des actes individuels qui *touchent* une question réglée par une mesure de droit dérivé mais qui interviennent dans un contexte totalement *étranger* au droit de l'Union⁴⁴.

³⁶ Voy. p. ex. C-506/04 *Graham J. Wilson*, 19 septembre 2006, *Rec.*, p. I-8613 ; C-2/97 *Borsana*, 17 décembre 1998, *Rec.*, p. I-8597, point 48 ; C-20/00 et C-64/00 *Booker Aquaculture*, 10 juillet 2003, *Rec.*, p. I-7411, point 88 ; C-387, 391 et 403/02 *Berlusconi*, 3 mai 2005, *Rec.*, p. I-3565.

³⁷ Voy. p. ex. C-482/01 et C-493/01 *Orfanopoulos et Oliveri*, 29 avril 2004, *Rec.*, p. I-5257 ; Aff. 36/75 *Roland Rutili* 28 octobre 1975, *Rec.*, p. 1219. Pour le cas d'un Etat qui se prévaut d'un *droit* qui lui est offert par le droit de l'Union, cf. C-276/12 *Sabou*, 22 octobre 2013, non encore publié au Recueil, points 26-27.

³⁸ C-411/10 et C-493/10 *N. S.*, 21 décembre 2011, non encore publié au Recueil.

³⁹ Cf. C-105/03 *Pupino*, 16 juin 2005, *Rec.*, p. I-5285 ; C-404/07 *Katz*, 9 octobre 2008, *Rec.*, p. I-7607.

⁴⁰ Aff. 352/85 *Bond van Adverteerders*, 26 avril 1988, *Rec.*, p. 2085 ; C-260/89 *ERT*, 18 juin 1991, *Rec.*, p. I-2925 ; C-368/95 *Vereinigste Familiapress*, 26 juin 1997, *Rec.*, p. I-3689 ; C-60/00 *Carpenter*, 11 juillet 2002, *Rec.*, p. I-6279 ; C-250/06 *United Pan-Europe*, 13 décembre 2007, *Rec.*, p. I-11135. Depuis ses origines, cette jurisprudence a fait l'objet de certaines contestations en doctrine : voy. e.a. J. COPPEL, A. O'NEILL, « The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ? », *C.M.L.Rev.*, 1992, vol. 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 : Aff. 60/84 *Cinéthèque*, 11 juillet 1985, *Rec.*, p. 2605.

⁴¹ Voy. C-472/10 *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, conclusions présentées le 6 décembre 2011 par l'avocat général Trstenjak, non encore publiées au Recueil, point 54. Dans le même sens F. DE CECCO, « Room to Move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights », *C.M.L.Rev.*, 2006, vol. 43, p. 9-30.

⁴² Voy. les conclusions présentées le 10 juillet 2008 par l'AG Kokott dans C-404/07 *Katz*, *Rec.*, 2008, p. I-7607, points 44 à 46, et l'arrêt du 9 octobre 2008, points 48-49. Dans le même sens, E. SPAVENTA, « Remembrance of Principles Lost... », *op. cit.*, spéc. p. 170-172 ; A. EGGER, « EU-Fundamental Rights in the National Legal Order : The Obligations of Member States Revisited », *Y.E.L.*, 2006, spéc. p. 528.

⁴³ C-1/99 *Kofisa Italia*, 11 janvier 2001, *Rec.*, p. I-207 ; C-175/08 *Salahadin Abdulla e.a.*, 2 mars 2010, *Rec.*, p. I-1493. Comp. C-313/12 *Romeo*, 7 novembre 2013, non encore publié au Recueil. Pour être précis, il convient d'observer que ce type de situation ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, mais que la Cour se considère néanmoins autorisée à contrôler le respect des droits fondamentaux en vue d'éviter le développement d'interprétations divergentes du droit de l'Union.

⁴⁴ C-101/01 *Lindqvist*, 6 novembre 2003, *Rec.*, p. I-12971 ; C-465/00, C-138/01, C-139/01 *Rechnungshof*, 20 mai 2003, *Rec.*, p. I-4989. Cf. aussi, *mutatis mutandis*, C-617/10 *Åkerberg Fransson*, 26 février 2013, non encore

Le brouillard ne semble donc pas près de se dissiper. A dire vrai, la jurisprudence récente donne même à penser qu'il s'étend aujourd'hui à des provinces que l'on aurait pu croire hors d'atteinte du droit de l'Union et, partant, de la Charte des droits fondamentaux.

On songe notamment à la jurisprudence *Ruiz Zambrano*, dont il ressort que même des situations purement internes, concernant un citoyen européen qui n'a jamais fait usage de sa liberté de circulation, peuvent relever du droit de l'Union – dans des cas certes exceptionnels⁴⁵.

Mais on pense aussi, et surtout, à l'applicabilité directe horizontale conférée par la Cour de justice au principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré à l'article 21 de la Charte et concrétisé par la Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. D'une part, la Cour a estimé que ce principe s'imposait aux partenaires sociaux lorsqu'ils concluent des conventions collectives⁴⁶. D'autre part, dans ses arrêts *Mangold*⁴⁷ et *Kücükdeveci*⁴⁸, la Cour a reconnu aux particuliers le droit de se prévaloir dudit principe pour faire obstacle, dans un litige entre personnes privées,

publié au Recueil. Pour un commentaire de ce dernier arrêt, voy. A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte face à son destin. A propos des arrêts *Stefano Melloni* et *Åkerberg Fransson* de la Cour de justice », *R.T.D.H.*, 2014 (à paraître) ; D. RITLÉNG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *R.T.D.E.*, 2013, p. 267-291.

⁴⁵ Voy. C-34/09 *Ruiz Zambrano*, 8 mars 2011, *Rec.*, p. I-1177. La Cour n'hésite pas à y déclarer contraire au statut de citoyen européen contenu à l'article 20 TFUE toute mesure nationale « ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union » (point 42). Il ressort d'arrêts ultérieurs qu'une atteinte aux droits fondamentaux d'un citoyen de l'Union n'entraîne pas nécessairement une privation de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits (voy. spéc. C-434/09 *McCarthy*, 5 mai 2011, *Rec.*, p. I-3355, points 49-50 ; C-256/11 *Murat Dereci*, 15 novembre 2011, non encore publié au Recueil, points 68 et 72 ; C-356 et C-357/11 *O., S.*, 6 décembre 2012, non encore publié au Recueil, point 52 ; C-87/12 *Ymeraga*, 8 mai 2013, non encore publié au Recueil, point 38 ; C-86/12 *AdzoDomenyoAlokpa*, 10 octobre 2013, non encore publié au Recueil, point 32). À ce sujet, voy. A. VON BOGDANDY *e.a.*, « Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States », *C.M.L.Rev.*, 2012, vol. 49, p. 489-520, qui proposent de considérer que l'essentiel des droits d'un citoyen sont affectés lorsqu'il est démontré qu'un Etat membre ne protège plus l'« essence » des droits fondamentaux consacrés à l'article 2 TUE. Cette démonstration suffirait à attirer la situation en cause dans l'orbite du droit de l'Union et, dès lors, à fonder la compétence de la Cour de justice. Pour une réaction et un point de vue plus descriptif, cf. I. CANOR, « *My Brother's Keeper ? Horizontal Solange : “An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe”* », *C.M.L.Rev.*, vol. 50, 2013, p. 383-422. En revanche, il semble que si une mesure aboutissait à rendre *impossible* l'exercice de la libre circulation des citoyens, cette mesure tomberait dans le champ d'application du droit de l'Union et serait également soumise au contrôle de sa conformité au regard des droits fondamentaux (voy. C-256/11 *Murat Dereci*, précité, points 70-74). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Iida* (C-40/11 conclusions du 15 mai 2012, spéc. points 70-74), l'avocat général Trstenjak a été jusqu'à considérer qu'une mesure rentre dans le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux dès qu'elle a pour effet de restreindre ou de dissuader l'exercice du droit à la libre circulation des citoyens. L'avocat général plaide ainsi pour un alignement du régime juridique applicable à la libre circulation des citoyens sur celui relatif aux libertés économiques que nous avons mentionné plus haut. La Cour ne l'a cependant pas suivie...

⁴⁶ Cf. C-447/09 *Prigge*, 13 septembre 2011, *Rec.*, p. I-8003 ; C-297 et C-298/10 *Hennigs*, 8 septembre 2011, *Rec.*, p. I-2965 ; C-132/11 *Tyrolean Airways*, 7 juin 2012, non encore publié au Recueil. Voy. également, pour ce qui concerne le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, C-267/12 *Hay*, 12 décembre 2013, non encore publié au Recueil.

⁴⁷ C-144/04 *Mangold*, 22 novembre 2005, *Rec.*, p. I-9981.

⁴⁸ C-555/07 *Kücükdeveci*, 19 janvier 2010, *Rec.*, p. I-365.

à l'application d'une mesure nationale qui y porterait atteinte⁴⁹. Il est à ce stade difficile de cerner les contours exacts de cette jurisprudence, dont il n'est pas certain qu'elle puisse bénéficier à l'ensemble des droits fondamentaux ayant fait l'objet d'une mise en œuvre par le biais d'une directive⁵⁰. À cet égard, on observera que cette « invocabilité d'éviction » a été implicitement rejetée par la Cour dans son arrêt *Dominguez* relatif au droit au congé annuel payé⁵¹. Il est difficile de réconcilier ces solutions divergentes, qui ne paraissent pas pouvoir s'expliquer par des différences dans le degré d'impérativité des droits en cause⁵², et qui laissent planer le spectre de la hiérarchisation tant redoutée entre droits fondamentaux de la première (principe de non-discrimination et d'égalité de traitement) et de la seconde (droit au congé annuel payé) génération. Il est dès lors impératif que la Cour dissipe toute ambiguïté sur ces questions, qui sont grosses de conséquences concrètes

En guise de conclusion, force est d'observer que l'applicabilité de la Charte aux mesures nationales fait l'objet d'une jurisprudence embrouillée. Face aux cafouillages du professeur luxembourgeois, on ne s'étonnera pas que certains élèves belges de la classe européenne fassent preuve de distraction et oublient l'existence de l'article 51. Une attitude que leur maître jugera sans doute avec bienveillance au regard du chahut que de certains de leurs condisciples sont en train d'organiser⁵³.

Antoine Bailleur

⁴⁹ La Cour a jugé que ces cas de figure rentraient dans le champ d'application du droit de l'Union dès lors que la législation nationale visait à transposer la Directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*Mangold*) ou que cette législation concernait une matière visée par cette directive (*Küçükdeveci*). En revanche, ne rentre pas dans le champ d'application du droit de l'Union une violation commise avant l'expiration du délai de transposition de la Directive 2000/78 : C-427/06 *Bartsch*, 23 septembre 2008, *Rec.*, p. I-7245, point 24 ; C-147/08 *Römer*, 10 mai 2011, *Rec.*, p. I-3591, points 60-64.

⁵⁰ En ce sens, voy. G. THÜSING, S. HORLER, « Case C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Sweden* », *C.M.L.Rev.*, 2010, p. 1161-1172. Sur cet arrêt, voy. également E. DUBOUT, « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le bateau ivre a-t-il sombré ? », *R.T.D.E.*, 2010, p. 277-291 ; E. BRIBOSIA, T. BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *R.T.D.E.*, 2011, p. 41-84.

⁵¹ C-282/10 *Dominguez*, 24 janvier 2012, non encore publié au Recueil. Cf. en revanche les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire C-176/12 *Association de médiation sociale*, non encore publiée au Recueil, qui plaide pour l'invocabilité d'éviction du droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise. Cf également C-147/08 *Römer*, 10 mai 2011, *Rec.*, p. I-3591, points 60-64, qui ouvre la possibilité d'une application par analogie de la jurisprudence *Mangold – Küçükdeveci* à l'interdiction de discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

⁵² Comp. les conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez*, points 160-163 et l'arrêt de la Cour dans cette même affaire, points 34-35.

⁵³ On fait ici allusion à plusieurs décisions inquiétantes de juridictions nationales synthétisées dans l'édition spéciale « Charte des droits fondamentaux » du périodique *Reflets* confectionné par la DG de la Bibliothèque, Recherche et Documentation de la Cour de justice (disponible à l'adresse http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-03/fr_2013_reflets1.pdf). On pense notamment à une ordonnance de la Cour suprême suédoise du 29 juin 2011 concluant à l'inapplicabilité de la Charte dans un litige similaire à celui qui a donné lieu à l'arrêt *Fransson* précité de la Cour de justice, mais aussi à une décision de la Cour de cassation italienne du 15 mars 2012 déclarant que la Charte ne s'applique pas à la transcription d'un acte de mariage célébré aux Pays-Bas entre ressortissants italiens. On épinglera aussi nombre de décisions apparemment fondées sur une interprétation étroite de l'article 51 de la Charte, limitant l'application de la Charte aux seules mesures qui mettent en œuvre (*stricto sensu*) le droit de l'Union.

