

## Aux frontières de la Charte des droits fondamentaux : l'arrêt *TSN et AKT* et l'harmonisation minimale en droit européen

La problématique du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, la Charte) n'est pas nouvelle. Elle ne cesse toutefois de fasciner les observateurs du Kirchberg et de susciter les plus vives controverses. Pour cause, sous-tend cette problématique celle plus large et plus épineuse de l'équilibre constitutionnel entre l'Union et les États membres<sup>1</sup>. Récemment, c'est l'invocabilité directe de la Charte dans un litige entre particuliers qui fut sous les feux des projecteurs. Suite notamment aux arrêts *Egenberger* et *Bauer*, se dégage la possibilité pour les personnes privées de s'appuyer sur certaines dispositions de la Charte dans le cadre d'un « litige horizontal »<sup>2</sup>. L'attention légitimement portée à cette ligne de jurisprudence semble avoir eu pour effet de quelque peu occulter un arrêt rendu par la Cour de justice le 19 novembre 2019, lequel est tout aussi crucial pour saisir les contours fuyants du champ d'application *ratione personae* de la Charte.

S'il traite de manière accessoire de l'application horizontale de la Charte, l'arrêt de Grande Chambre *TSN et AKT* concerne en substance la portée du critère de « mise en œuvre » du droit de l'Union par les États membres, figurant à l'article 51, § 1, de la Charte, en cas d'harmonisation minimale par le droit de l'Union<sup>3</sup>. Sujet à controverse, l'harmonisation minimale peut se définir comme la situation dans laquelle le droit dérivé de l'Union établit un « plancher » de règles communes laissant aux États membres la faculté de conserver ou d'adopter des mesures plus strictes ou plus protectrices<sup>4</sup>. En l'espèce, se posait la question de savoir si les États membres sont tenus de se conformer au prescrit de la Charte lorsqu'ils octroient aux travailleurs un congé annuel payé allant au-delà de la durée minimale de quatre semaines prévue par la directive 2003/88<sup>5</sup>. En d'autres termes, l'exigence de « mise en œuvre » est-elle d'application lorsque ces derniers adoptent des mesures de protection nationale renforcée en matière de congé annuel payé ?

Dans son arrêt *TSN et AKT*, la Cour de justice y répond par la négative. Non sans surprise, cette conclusion emporte des implications importantes lorsque le législateur européen harmonise le droit dérivé *a minima* et laisse aux États membres la faculté d'adopter des mesures plus favorables ou des règles plus strictes. Compte tenu des profondes répercussions de cette affaire, la présente contribution propose de s'y arrêter, en procédant en deux étapes. En premier lieu, il est proposé de contextualiser l'arrêt et d'en offrir une synthèse (I). En second lieu, l'auteur se met au défi de le recadrer dans un cadre jurisprudentiel et conventionnel plus large et d'essayer d'en saisir la portée (II).

---

<sup>1</sup> Conclusions de l'avocat général Bot dans les aff. jtes CJUE C-609/17 et C-610/17, *TSN et AKT*, EU:C:2019:459, point 6.

<sup>2</sup> CJUE, arrêt du 17 avril 2018, *Egenberger*, aff. C-414/16, EU:C:2018:257 ; CJUE, arrêt du 6 novembre 2018, *Bauer*, aff. C-569/16, EU:C:2018:871. Voy., à ce propos, notamment E. MUIR, « The horizontal effects of charter rights given expression to in EU legislation, from Mangold to Bauer », *Review of European Administrative Law*, 2019, pp. 185 – 215.

<sup>3</sup> CJUE, arrêt du 19 novembre 2019, *TSN et AKT*, aff. jtes C-609/17 et C-610/17, EU:C:2019:981.

<sup>4</sup> F. DE CECCO, « Room to move? Minimum harmonization and fundamental rights », *Common Market Law Review*, 2006, p. 9.

<sup>5</sup> Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

## I. Tentative de contextualisation et de synthèse

Pendant de nombreuses années, l'une des controverses majeures entourant le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union était de savoir si les États membres mettaient en œuvre le droit de l'Union quand ces derniers allaient au-delà de l'harmonisation minimale imposée par le droit européen. Tant la jurisprudence que la doctrine divergeaient radicalement sur la question, au point que certains auteurs aient qualifié de « chaotique » le traitement de la problématique<sup>6</sup> (A). L'arrêt *TSN et AKT* semble couper court à cet imbroglio en matière de congé annuel payé : la Charte n'a pas vocation à s'appliquer lorsque les États membres vont au-delà des prescriptions minimales en la matière (B).

### A. L'imbroglio initial : droits fondamentaux et harmonisation minimale

Les droits garantis par la Charte s'adressent aux États membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »<sup>7</sup>. Définir ce qui ressort de la notion de « mise en œuvre » est donc essentiel en vue de circonscrire le champ d'application de la Charte. À gros traits, rappelons que dans son arrêt *Akerberg Fransson*, la Cour de justice a opté pour une interprétation résolument large de cette notion : 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 »<sup>8</sup>. La Cour a par ailleurs introduit une série de critères permettant d'apprécier si la condition de mise en œuvre était satisfaite dans telle ou telle situation<sup>9</sup>. De manière schématique, on peut distinguer deux grandes catégories de mesures étatiques qui rencontrent cette exigence : d'une part, celles qui appliquent ou mettent en œuvre le droit de l'Union et, d'autre part, celles qui entravent une liberté économique de circulation<sup>10</sup>. Autour de ce « noyau dur »<sup>11</sup> gravite un certain nombre d'hypothèses difficiles à qualifier : elles sont soit « inclassables »<sup>12</sup>, soit se situent aux frontières du champ d'application de la Charte.

---

<sup>6</sup> X. GROUSSOT, L. PECH et G. PETURSSON, « The Scope of application of fundamental rights on Member States' action: in search of certainty in EU adjudication », *Eric Stein Working Paper*, 2011, p. 14.

<sup>7</sup> Sur l'applicabilité de la Charte aux États membres, voy., notamment K. LENAERTS, « Exploring the limits of the EU Charter of fundamental rights », *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 375 – 403 ; E. DUBOUT, « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de Justice de l'Union Européenne », *European Journal of Legal Studies*, 2013, pp. 5 – 23 ; S. PLATON, « Le périmètre de l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union européenne », in R. TINIÈRE et C. VIAL (eds.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruylant, 2015, pp. 67 – 86 ; M. DOUGAN, « Judicial review of Member State action under the general principles and the Charter: defining the 'scope of Union law' », *Common Market Law Review*, 2015, pp. 1201 – 1246 ; A. BAILLEUX, « Les contours du champ d'application de la Charte. Une tentative de recadrage » in A. ILIOPOULOU PENOT et L. XENOU (eds.), *La charte des droits fondamentaux. Source de renouveau constitutionnel européen*, Bruylant, 2020, pp. 201 – 222.

<sup>8</sup> CJUE, arrêt du 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, point 19.

<sup>9</sup> Voy., CJUE, arrêt du 18 décembre 1997, *Annibaldi*, aff. C-309/96, EU:C:1997:631 ; CJUE, arrêt du 29 mai 1997, *Kremzow*, aff. C-299/95, EU:C:1997:254 ; CJUE, arrêt du 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, EU:C:2012:691 ; CJUE, arrêt du 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13.

<sup>10</sup> Ces deux hypothèses classiques font l'objet de plusieurs variantes dans la doctrine, voy., K. LENAERTS, *op.cit.*, pp. 378 – 386 ; E. DUBOUT, *op.cit.*, pp. 7 – 10 ; M. DOUGAN, *op.cit.*, pp. 1210 – 1219 ; A. BAILLEUX, *op.cit.*, pp. 204 – 205.

<sup>11</sup> Cette expression est empruntée à A. BAILLEUX, *op.cit.*, p. 204.

<sup>12</sup> Cette expression est empruntée à E. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne » in A. BOVERESSE et D. RITLÉNG (eds.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2018, p. 99.

L'une de ces zones grises est celle qui suscite la présente contribution : les États membres mettent-ils en œuvre le droit de l'Union, au sens de l'article 51 de la Charte, lorsqu'ils vont au-delà d'un socle minimal imposé par le droit européen ? Répondre dans un sens ou dans l'autre est peu aisé tant la tension est manifeste entre l'harmonisation minimale comme expression d'une préférence législative pour la différenciation réglementaire et les liens étroits qui existent entre l'exercice des compétences nationales et le droit de l'Union<sup>13</sup>. Nombreux sont ceux qui se sont aventurés sur ce terrain glissant<sup>14</sup>. Citons par exemple l'avocat général Mr. Villalón dans l'affaire *Alemo-Herron* selon lequel la question n'appelle aucune ambiguïté : « on le sait, les États membres, y compris lorsqu'ils disposent d'une marge de manœuvre expressément conférée par le droit de l'Union, doivent l'exercer en conformité avec ce droit. Cette subordination inclut, entre autres, naturellement, les droits fondamentaux (...). »<sup>15</sup> Malgré une certaine cacophonie en la matière, il est possible de rationaliser le débat autour de deux thèses principales<sup>16</sup>.

La première thèse fait valoir que des mesures allant au-delà du socle minimal européen sont indissociables au droit de l'Union et, partant, entrent dans le champ d'application de la Charte. Les États membres ne faisant qu'user d'une faculté qui leur est accordée par le droit de l'Union, les mesures nationales allant au-delà des prescriptions minimales doivent être vues comme le « prolongement interne » du droit de l'Union, voire comme une « modalité de mise en œuvre » de ce droit<sup>17</sup>. Cette thèse trouve son expression jurisprudentielle la plus marquante dans l'arrêt *Alemo-Herron*, dans lequel la Cour de justice a considéré, de manière implicite, que la liberté d'entreprise, garantie à l'article 16 de la Charte, avait vocation à s'appliquer à des mesures nationales qui étaient plus protectrices des droits des travailleurs que la directive 2001/23<sup>18</sup>.

La seconde thèse soutient quant à elle que seules les prescriptions minimales fixées par le droit de l'Union rentrent dans le périmètre de ce droit, tandis que toute mesure nationale plus stricte relève de la seule compétence des États membres<sup>19</sup>. C'est ici l'affaire *Julian Hernandez* qui symbolise ce courant, où la Cour de justice estimait qu'« une disposition du droit national, (...), qui se limite à accorder aux travailleurs salariés une protection plus favorable résultant de l'exercice de la seule

---

<sup>13</sup> F. DE CECCO, *op.cit.*, p. 10.

<sup>14</sup> Voy., dans la jurisprudence de la Cour de justice : CJUE, arrêt du 17 décembre 1998, *IP*, aff. C-2/97, EU:C:1998:613, point 40 ; CJUE, arrêt du 28 octobre 1999, *ARD*, aff. C-6/98, EU:C:1999:532, point 43 ; CJUE, arrêt du 14 avril 2005, *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, aff. C-6/03, EU:C:2005:222, points 61 à 64 ; CJUE, arrêt du 16 septembre 2010, *Chatzi*, aff. C-149/10, EU:C:2010:534, points 63 à 75 ; CJUE, arrêt du 18 juillet 2013, *Sky Italia*, aff. C-234/12, EU:C:2013:496, points 13 et 14. Voy., dans les conclusions des avocats généraux : conclusions de l'avocat général Mischo dans l'aff. C-2/97 CJUE, *IP*, EU:C:1998:176, points 34 et 35 ; conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'aff. C-519/03 CJUE, *Commission/Luxembourg*, EU:C:2005:29, points 49 à 51 ; Voy., dans la doctrine : F. DE CECCO, *op.cit.*, pp. 9 – 30 ; N. BOEGER, « Minimum harmonisation, free movement and proportionality » in P. SYRPIS (ed.), *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge University Press, 2012, pp. 62 – 91 ; M. BARTL et C. LEONE, « Minimum harmonisation and article 16 of the CFREU: difficult times ahead for social legislation? » in H. COLLINS (ed.), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Intersentia, 2017, pp. 113 – 123.

<sup>15</sup> Conclusions de l'avocat général Villalón dans l'aff. C-426/11 CJUE, *Alemo-Herron*, EU:C:2013:82, point 47.

<sup>16</sup> Conclusions de l'avocat général Bot dans les aff. jtes CJUE C-609/17 et C-610/17, *op.cit.*, points 77 et suivants.

<sup>17</sup> *Ibid.*, point 86.

<sup>18</sup> CJUE, arrêt du 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, C-426/11, EU:C:2013:521. Voy., à ce propos, M. BART et C. LEONE, « Minimum harmonisation after Alemo-Herron: The janus face of EU Fundamental rights review », *European Constitutional Law Review*, 2015, pp. 140 – 154. Par directive 2001/23/CE, on entend la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

<sup>19</sup> Voy., pour un résumé de cette thèse, les conclusions de l'avocat général Bot dans les aff. jtes CJUE C-609/17 et C-610/17, *op.cit.*, points 78 à 81.

compétence des États membres, (...), ne saurait être considérée comme relevant du champ d'application [du droit de l'Union]. »<sup>20</sup>

Dans son arrêt *TSN et AKT*, la Cour prend position en faveur de cette seconde thèse en matière de congé annuel payé : l'adoption de règles nationales plus protectrices en la matière ne relève pas du champ d'application de la Charte.

### **B. Inapplicabilité de la Charte aux congés annuels payés excédant le socle minimal du droit de l'Union**

L'arrêt *TSN et AKT* concerne des litiges opposant des syndicats d'employés et d'employeurs en Finlande, au sujet du refus d'accorder à deux travailleurs ayant été en situation de maladie durant une période de congé annuel payé un report de ces congés à hauteur de tout ou partie des jours de congé de maladie<sup>21</sup>. En vertu de l'article 7 de la directive 2003/88, les États membres sont tenus de garantir à tout travailleur un congé annuel payé d'au moins quatre semaines<sup>22</sup>. En l'espèce, les deux employés bénéficiaient de jours de congé annuel payé pour une durée supérieure à la période minimale de quatre semaines. Cette faculté pour les États membres, notamment par le truchement de conventions collectives de travail, d'accorder des jours de congé annuel payé supplémentaires est consacrée à l'article 15 de la directive 2003/88<sup>23</sup>. Toutefois, en l'occurrence, les jours de congé annuel payé additionnels ne pouvaient pas se voir reporter lorsqu'ils se chevauchaient avec des jours de congé de maladie.

Cette situation pouvait surprendre compte tenu des règles protectrices dégagées par la Cour de justice en la matière, cette dernière ayant consacré, moyennant certaines conditions, un droit au report des congés annuels payés pour tout travailleur qui se trouve en congé de maladie lors d'une période de congé annuel payé<sup>24</sup>. Ce faisant, le refus d'autoriser un report des jours de congé annuel payé additionnels était susceptible d'enfreindre le droit européen, et en particulier le droit fondamental au congé annuel payé, tel que consacré à l'article 31, § 2, de la Charte. Dans l'arrêt présentement commenté, la Cour de justice examine cette problématique en deux temps.

Dans un premier temps, à l'instar de l'avocat général Mr. Bot, la Cour se penche sur l'article 7 de la directive 2003/88 et estime que cette disposition ne s'oppose pas à des mesures nationales qui prévoient l'octroi de jours de congé annuel payé excédant la période minimale de quatre semaines, tout en excluant un report pour cause de maladie de ces jours de congé<sup>25</sup>. Pour étayer son raisonnement, la Cour observe que cette directive ne régit pas les droits au congé annuel payé accordés au-delà du minimum requis par son article 7<sup>26</sup>.

Dans un second temps, la Cour se penche sur l'applicabilité de la Charte, et singulièrement de son article 31, §2. A cet égard, la Cour considère que des mesures nationales octroyant aux travailleurs des jours de congé annuel payé allant au-delà de la période minimale prévue par la directive 2003/88

---

<sup>20</sup> Voy., CJUE, arrêt du 10 juillet 2014, *Julian Hernandez*, aff. C-198/13, EU:C:2014:2055, point 45.

<sup>21</sup> CJUE, arrêt du 19 novembre 2019, *TSN et AKT*, *op.cit.*, point 2.

<sup>22</sup> Article 7, § 1, de la directive 2003/88.

<sup>23</sup> Article 15 de la directive 2003/88.

<sup>24</sup> Voy., CJUE, arrêt du 30 juin 2016, *Sobczyszyn*, aff. C-178/15, EU:C:2016:502, points 24 à 26 et jurisprudence citée.

<sup>25</sup> CJUE, arrêt du 19 novembre 2019, *TSN et AKT*, *op.cit.*, points 32 à 40 ; conclusions de l'avocat général Bot dans les aff. jtes CJUE C-609/17 et C-610/17, *op.cit.*, points 40 à 64.

<sup>26</sup> CJUE, *ibid.*, point 35.

ne sauraient être qualifiées de mesures de « mise en œuvre » du droit de l'Union, au sens de l'article 51, §1, de la Charte<sup>27</sup>. D'une part, la Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle le seul fait que des mesures internes relèvent d'un domaine dans lequel l'Union dispose de compétences ne saurait entraîner l'applicabilité de la Charte<sup>28</sup>. D'autre part, la Cour insiste sur les spécificités constitutionnelles du domaine que constitue la politique sociale. Ce domaine, nous rappelle la Cour, relève d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres, en vertu de laquelle l'Union soutient et complète l'action des États membres<sup>29</sup>. Aux termes de l'article 153, §4, du TFUE et de l'article 15 de la directive 2003/88, le droit de l'Union a vocation à établir des prescriptions minimales en la matière, tandis que les États membres sont en droit de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes.<sup>30</sup> Lorsqu'ils décident d'user de cette faculté, tel qu'en octroyant des jours de congé annuel payé supplémentaires, les États membres exercent leur seule compétence<sup>31</sup>. Dans une telle situation, la Charte n'est donc même pas mise en concurrence avec d'autres sources, au titre de son article 53, elle est tout simplement inapplicable.

## **II. Tentative de recadrage et de projection**

Si, de prime abord, l'approche de la Cour de justice dans son arrêt *TSN et AKT* peut paraître sans équivoque, elle se révèle néanmoins entachée de certaines inconsistances lorsqu'elle est placée dans un cadre jurisprudentiel et conventionnel plus large. Il est permis de considérer que ces quelques affaires traduisent les tensions qui sous-tendent le champ d'application de la Charte (A). Indépendamment de ces difficultés, cet arrêt est susceptible d'avoir des conséquences allant au-delà de la question du congé annuel payé. Il est donc souhaitable de se pencher sur ses implications futures (B).

### **A. Les affaires de l'arrêt *TSN et AKT* et leurs ressorts**

Dans son arrêt *TSN et AKT*, la Cour de justice propose de clarifier la portée du critère de « mise en œuvre » en cas d'harmonisation *a minima* par le droit de l'Union, à tout le moins en matière de congé annuel payé. Cette tentative, quoique bienvenue, n'est pas sans soulever quelques questions lorsque l'on envisage ce jugement dans une perspective plus globale. Si elle ne prétend pas pouvoir revenir sur tous les « angles morts » suscités par cette affaire, la présente contribution propose d'en épingler trois.

Premièrement, il est pour le moins surprenant de constater que la Cour ignore en grande partie les critères qu'elle a dégagés dans sa jurisprudence *Ida* et *Siragusa* en vue de faciliter la détermination de l'applicabilité de la Charte<sup>32</sup>. Ainsi, le critère de la concordance entre les objectifs du droit national

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, points 41 à 55.

<sup>28</sup> *Ibid.*, point 46.

<sup>29</sup> *Ibid.*, point 47.

<sup>30</sup> *Ibid.*, points 48 à 49.

<sup>31</sup> *Ibid.*, point 52.

<sup>32</sup> Ceci rejoint la thèse de certains auteurs selon laquelle la Cour n'accorde que peu d'attention systématique à ces critères, voy., M. DOUGAN, *op.cit.*, pp. 1229 – 1243.

et ceux du droit de l'Union est passé sous silence, alors qu'il était susceptible de revêtir un rôle décisif dans cette affaire<sup>33</sup>.

Deuxièmement, sur un plan plus formel, l'article 153, §4, du TFUE dispose que les États membres peuvent maintenir ou établir des mesures de protection plus strictes en matière de politique sociale, à condition qu'elles soient « compatibles avec les traités ». La Charte ayant désormais la même valeur juridique que les traités, il semblait légitime que la Cour s'interroge sur la portée de ces termes<sup>34</sup>.

Troisièmement, et plus fondamentalement, c'est au niveau de la cohérence avec la jurisprudence antérieure de la Cour que le bât blesse. En effet, comment réconcilier l'arrêt *TSN et AKT* avec l'arrêt de principe *Akerberg Fransson* ainsi que les innombrables affaires où la Cour de justice offre une lecture extensive du champ d'application de la Charte ?<sup>35</sup> Dans la même veine, la Cour distingue les mesures en cause dans cette affaire d'une série d'autres mesures nationales où le droit dérivé de l'Union octroie un pouvoir discrétionnaire aux États membres et pour lesquelles la Cour avait jugé que la Charte était applicable<sup>36</sup>. La ligne de démarcation ici tracée par la Cour semble quelque peu artificielle, notamment lorsque les États membres ont la *faculté d'agir* en vertu du droit européen et ne se voient imposer aucune obligation, et risque de générer de nombreux contentieux. Ceci est d'autant plus vrai que le concept d'harmonisation minimale est bien souvent implicite et se confond aisément avec d'autres types de pouvoir discrétionnaire dont disposent les États membres en vertu du droit de l'Union<sup>37</sup>.

Si ces écueils sont en partie le reflet de la casuistique inhérente à tout jugement<sup>38</sup>, ils sont aussi le fruit des tensions qui sous-tendent le champ d'application de la Charte. L'une d'entre elles, bien entendu, est celle qui oppose l'effectivité et l'uniformité du droit de l'Union et le principe d'attribution des compétences, mais il en existe bien d'autres<sup>39</sup>. Lorsque la Cour de justice se prononce sur des situations qui se situent aux frontières de ce champ, comme en l'espèce, ces tensions sont plus saillantes et amènent la Cour à privilégier certaines orientations normatives<sup>40</sup>. A l'instar de Janus, la Cour présente alors un visage très contrasté, oscillant entre des interprétations restrictives et

---

<sup>33</sup> Voy., les conclusions de l'avocat général Bot dans les aff. jtes CJUE C-609/17 et C-610/17, *op.cit.*, point 37. Il convient par ailleurs de noter que ce critère a été déterminant dans plusieurs affaires, dont notamment dans l'arrêt *Julian Hernandez* (*op.cit.*, points 41 et suivants).

<sup>34</sup> Conclusions de l'avocat général Bot, *ibid.*, points 94 à 96.

<sup>35</sup> Pour un aperçu récent des lectures extensives du champ d'application de la Charte, voy., A. BAILLEUX, *op.cit.*, pp. 201 – 222.

<sup>36</sup> CJUE, arrêt du 19 novembre 2019, *TSN et AKT*, *op.cit.*, point 50 : « 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 ».

<sup>37</sup> F. DE CECCO, *op.cit.*, p. 10 ; T. VAN DEN BRINK, « Refining the division of competences in the EU: national discretion in EU legislation. » in S. GARBEN et I. GOVAERE (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Hart Publishing, 2017, p. 257 et suivants.

<sup>38</sup> A. BAILLEUX, *op.cit.*, p. 218.

<sup>39</sup> Par manque d'espace, nous ne pouvons pas revenir sur l'ensemble de ces tensions, mais il s'agit aussi de la tension entre l'universalité des droits fondamentaux et le principe d'attribution des compétences ainsi que de celle entre une vision plus fédéraliste ou pluraliste de la protection des droits fondamentaux. Voy., aussi sur ces tensions : E. DUBOUT, « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de Justice de l'Union Européenne », *op.cit.*, pp. 14 – 28.

<sup>40</sup> Voy., en ce sens M. OVADEK, « Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les États membres : la malédiction du critère matériel », *Journal de droit européen*, 2017, pp. 386 – 390.

expansionnistes du champ d'application de la Charte<sup>41</sup>. Par son arrêt *TSN et AKT*, la Cour fait le choix d'une approche déférentielle envers les États membres, par laquelle le pluralisme et la diversité nationale se voient favorisés dans un domaine hautement sensible. Ainsi, ce jugement peut être vu comme une manifestation du principe de subsidiarité, à un niveau jurisprudentiel, consacré notamment à l'article 5, §3, du TFUE et à l'article 51, §1, de la Charte<sup>42</sup>. S'il peut donc être qualifié de « jugement de retrait », la question se pose encore de savoir si ses enseignements peuvent être transposés au-delà de la problématique du congé annuel payé.

### **B. L'imbroglio futur : l'arrêt *TSN et AKT* et après ?**

Compte tenu de l'insistance de la Cour de justice sur les spécificités constitutionnelles du domaine de la politique sociale, c'est avant tout dans ce domaine que ce jugement est susceptible de trouver application. A cet égard, de nombreux instruments prévoient expressément des clauses de prescriptions minimales en la matière. Les directives 2000/43/CE et 2000/78/EC en matière d'égalité de traitement et de non-discrimination prévoient par exemple que : « les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement ».<sup>43</sup> Cela étant, le chemin ne sera pas toujours sans heurts, tant la notion d'harmonisation minimale est empreinte d'un certain flou. L'arrêt *Milkova* est éloquent sur ce point : la Cour a estimé que la Charte s'appliquait aux « actions positives » des États membres, au sens de l'article 7, § 2, de la directive 2000/78, alors que le libellé de cette disposition ressemblait fortement à une clause d'harmonisation minimale<sup>44</sup>.

Saisir la portée de l'arrêt *TSN et AKT* au-delà de la politique sociale semble un exercice encore plus risqué. Peut-on déduire une corrélation entre le type de compétence exercée par l'Union et le champ d'application de la Charte, indépendamment du fait que le droit dérivé de l'Union octroie la faculté aux États membres d'adopter des mesures plus protectrices ?<sup>45</sup> Rien n'est moins sûr, en particulier à la lecture de certains paragraphes déterminants de ce jugement qui semblent omettre toute référence à la politique sociale<sup>46</sup>. En tout état de cause, il semble plausible que ce jugement aura des conséquences qui débordent le domaine de la politique sociale. Cela sera probablement le cas lorsque,

---

<sup>41</sup> Pour un aperçu récent des interprétations restrictives et expansionnistes de la Cour de justice en la matière, voy., A. BAILLEUX, *op.cit.*, pp. 201 – 222.

<sup>42</sup> Certains auteurs arguent en faveur d'une application jurisprudentielle du principe de subsidiarité lorsque les États membres disposent d'un pouvoir discrétionnaire en vertu du droit de l'Union, voy., notamment T. VAN DEN BRINK, *op.cit.*, p. 263 et suivants.

<sup>43</sup> Article 6, § 1, de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et article 8, § 1, de la directive 2000/78/CE 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

<sup>44</sup> L'article 7, § 2, de la directive 2000/78, dispose comme suit : « En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail. »

<sup>45</sup> Voy., pour une argumentation en ce sens à propos de l'arrêt *TSN et AKT*, M. TECQMENNE, « Minimum harmonisation and fundamental rights : A Test-Case for the identification of the scope of EU law in situations involving national discretion ? », *European Constitutional Law Review*, 2020, pp. 1 – 20.

<sup>46</sup> Voy., en particulier, CJUE, arrêt du 19 novembre 2019, *TSN et AKT*, *op.cit.*, point 53 : « Or, 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. »

d'une part, le droit dérivé de l'Union prévoit une clause d'harmonisation minimale et que, d'autre part, ce droit est adopté dans un domaine où les traités prévoient que les États membres sont libres d'adopter des mesures plus protectrices ou plus strictes. De telles références apparaissent à maintes reprises dans les traités, en particulier dans les domaines de la coopération judiciaire en matière pénale<sup>47</sup>, de la protection de l'environnement<sup>48</sup>, de la protection des consommateurs<sup>49</sup> et de la santé publique<sup>50</sup>. La question sera plus hasardeuse lorsqu'une clause d'harmonisation minimale dans le droit dérivé de l'Union ne rencontre pas de correspondance dans les traités<sup>51</sup>.

Enfin, de manière plus transversale, il convient de noter que le domaine des droits fondamentaux de l'Union pourrait se révéler un domaine fertile pour l'application de la jurisprudence *TSN et AKT*<sup>52</sup>. Au fil des deux dernières décennies, le législateur européen a de plus en plus souvent précisé la définition, le contenu et les limites des droits fondamentaux par le biais de mesures législatives<sup>53</sup>. S'il harmonise parfois entièrement le standard de protection d'un droit fondamental<sup>54</sup>, il n'est pas rare qu'il impose des mesures « planchers » qui permettent aux États membres d'offrir une protection plus élevée du droit fondamental concerné<sup>55</sup>. Tel est par exemple le cas en matière de coopération judiciaire en matière pénale où tant les traités que certains instruments du droit dérivé permettent aux États membres d'aller au-delà du droit de l'Union<sup>56</sup>.

## Conclusion

Le propre des situations aux frontières du champ d'application de la Charte est qu'elles appellent un véritable exercice de funambule de la part de la Cour de justice. Dans de telles situations, lorsqu'elle interprète l'exigence de mise en œuvre du droit de l'Union, cette dernière est amenée à opérer des arbitrages normatifs entre les différents principes qui sous-tendent ce champ. Tel était le cas dans l'arrêt *TSN et AKT* où la Cour devait répondre à la question houleuse de savoir si les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union quand ces derniers vont au-delà de l'harmonisation minimale imposée par le droit européen. La réponse négative de la Cour en matière de congé annuel payé n'est pas sans heurts et reflète toute la difficulté de statuer sur des situations situées aux confins de la Charte. S'il est particulièrement ardu à concilier avec la jurisprudence antérieure de la Cour, l'arrêt

---

<sup>47</sup> Article 82, § 2, du TFUE.

<sup>48</sup> Article 193 du TFUE.

<sup>49</sup> Article 169, § 4, du TFUE.

<sup>50</sup> Article 168, § 4, point a, du TFUE.

<sup>51</sup> C'est notamment le cas en ce qui concerne les domaines de l'asile et de l'immigration dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

<sup>52</sup> Pour une lecture critique de l'usage de l'harmonisation minimale dans le domaine des droits fondamentaux, voy., E. SPAVENTA, « Should we harmonize fundamental rights in the EU? Some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system », *Common Market Law Review*, 2018, pp. 997 – 1023.

<sup>53</sup> Voy., notamment E. MUIR, « The fundamental rights implications of EU legislation: some constitutional challenges », *Common Market Law Review*, 2014, pp. 219 – 246 ; Y. LORANS, « Le législateur européen et la protection des droits fondamentaux dans l'Union : vers une concrétisation législative de la Charte », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2021, à paraître.

<sup>54</sup> Par exemple, en matière du droit à la protection des données à caractère personnel, voy., le règlement 2016/679/UE du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CER.

<sup>55</sup> Y. LORANS, *op.cit.*, à paraître.

<sup>56</sup> Voy., par exemple, l'article 13 de la directive 2016/343/UE du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

soulève également de nombreuses questions pour l'avenir, notamment celle de savoir si ses préceptes sont valables en dehors du domaine de la politique sociale.

En toute hypothèse, et à titre de conclusion, si les États membres ne sont pas tenus par la Charte lorsqu'ils vont au-delà du socle minimal du droit de l'Union, cela ne signifie pas pour autant qu'ils se trouveront dans une situation de « totale liberté »<sup>57</sup>. En effet, les dispositions nationales plus favorables ne pourront servir à compenser une atteinte à la protection minimale assurée par le droit de l'Union<sup>58</sup>. Qui plus est, la Charte n'est qu'un instrument de protection des droits fondamentaux parmi d'autres : dans le système des droits fondamentaux européen foncièrement pluraliste, les États membres devront encore se conformer aux autres couches de droits fondamentaux, dont la Convention européenne des droits de l'homme<sup>59</sup>.

Victor DAVIO

*Doctorant en droit européen à la KU Leuven*

---

<sup>57</sup> L'expression est empruntée aux conclusions de l'avocat général Bot dans les aff. jtes CJUE C-609/17 et C-610/17, *op.cit.*, point 59.

<sup>58</sup> CJUE, arrêt du 19 novembre 2019, *TSN et AKT*, *op.cit.*, point 35.

<sup>59</sup> Voy., E. MUIR, « La plus-value de la charte : à la croisée de plusieurs systèmes juridiques », *Actes de la conférence : La Charte à 20 ans : regards croisés pour un anniversaire*, 2021, à paraître.