

**Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits
fondamentaux de l'Union européenne face à son destin
(C.J.U.E., *Stefano Melloni* et *Åkerberg Fransson*, 26 février 2013)**

PAR

Antoine Bailleux*,
Professeur à l'Université Saint-Louis (Bruxelles),
Avocat au barreau de Bruxelles

Résumé

La présente note a pour objet d'analyser les arrêts rendus le 26 février 2013 par la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires *Melloni* et *Fransson*. Elle fait l'hypothèse que ces arrêts traduisent, dans une certaine mesure, la préférence des juges de Luxembourg pour une approche « constitutionnelle » de la Charte, par opposition à des lectures « conventionnelle » et « intergouvernementale » de cette dernière.

Abstract

This article provides an analysis of the judgments delivered by the Court of Justice of the European Union in *Melloni* and *Fransson*. It is submitted that, to some extent, these judgments convey the ECJ's preference for a « constitutional » reading of the Charter, as opposed to « ECHR-like » and « intergovernmental » approaches to the EU's Bill of Rights.

Introduction

Si beaucoup de malentendus circulent autour de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, c'est peut-être parce que cette dernière est elle-même née d'un malentendu. Pour le dire vite, il semble que la Charte ait cristallisé trois types d'attentes très différents. Pour les tenants d'une vision *intergouvernementale*, elle devait avant tout apporter un frein à l'action des institutions européennes, garantissant que les politiques de l'Union soient fermement encadrés par des droits fondamentaux, au même titre que l'action des Etats membres dans leurs ordres juridiques respectifs¹. Dans une perspective radicalement différente, la Charte a parfois été considérée comme participant d'un processus de *constitutionnalisation* de l'Union européenne, comme un texte de nature à faire advenir

* La présente note a été rédigée dans le cadre du Pôle d'Attraction Interuniversitaire (P.A.I.) « The global challenge of human rights integration : Towards a users' perspective » (<http://www.hrintegration.be>). L'auteur remercie Jérémie van Meerbeeck et Thomas Bombois pour leurs commentaires relatifs à une version antérieure de ce texte.

¹ Voy. par exemple, Lord GOLDSMITH, « The Charter of Rights : a brake not an accelerator », *E.H.R.L.R.*, 2004, p. 473.

l'Union à la pleine maturité politique². Enfin, selon une troisième conception, la Charte traduisait l'ambition de doter l'Union européenne d'un authentique *Bill of Rights*, appelé à devenir l'instrument de référence de la protection des droits fondamentaux dans l'espace juridique européen – une manière de Convention européenne des droits de l'homme renforcée, taillée à la mesure de l'Union³.

Ces trois visions, intergouvernementale, constitutionnelle et conventionnelle, ont chacune laissé leur empreinte dans le texte de la Charte des droits fondamentaux, et singulièrement dans les clauses transversales qui en forment la septième partie. A titre d'exemple, on ne manquera pas d'épingler la logique intergouvernementale sous-jacente à l'article 51, § 2, de la Charte, qui précise que celle-ci ne crée aucune nouvelle compétence pour l'Union, et aux paragraphes 4 et 7 de l'article 52, qui font des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et des explications accompagnant la Charte des instruments de référence pour l'interprétation de cette dernière. A l'inverse, on observera une forme de dynamique constitutionnelle derrière l'article 51, § 1^{er}, selon lequel la Charte lie non seulement l'Union mais également les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Enfin, on décèlera la dimension conventionnelle de la Charte en filigrane de ses articles 52, § 3, et 53, desquels il ressort que si la Charte peut accorder une protection supérieure à celle assurée par la Convention, elle ne saurait en revanche être interprétée comme limitant les droits fondamentaux reconnus notamment, dans leur champ d'application respectif, par cette même Convention ou par les constitutions des Etats membres.

Ces aspirations divergentes n'ont guère eu d'impact sur l'application de la Charte pendant ses premières années d'existence. Celle-ci a donné lieu à une jurisprudence assez peu controversée, alimentée de cas relativement simples, permettant à la Cour de justice de poursuivre sans rupture son œuvre prétorienne de garantie des droits fondamentaux.

Cette jurisprudence « ronronnante » ne pouvait cependant pas durer. La multiplication des références à la Charte devant la Cour de justice devait, tôt ou tard, conduire cette dernière à se saisir de la délicate question du statut et du rôle de la Charte à travers l'interprétation de ses clauses les plus ambiguës.

Rendus en formation de Grande Chambre, les arrêts prononcés le 26 février 2013 dans les affaires *Fransson* (C-617/10) et *Melloni* (C-399/11) revêtent à cet égard une importance considérable. La Cour s'y prononce sur des questions sensibles, relatives notamment au champ d'application de la Charte et à ses relations avec les constitutions nationales, livrant ainsi d'importants enseignements sur la conception qu'elle se fait du *Bill of Rights* de l'Union européenne. Si ces arrêts laissent apparaître une Cour sans doute divisée, en tout cas hésitante quant à la direction à imprimer à la Charte, on fait l'hypothèse qu'ils attestent néanmoins d'une inclination des juges européens envers l'approche constitutionnelle, préférée aux lectures intergouvernementale et conventionnelle décrites plus haut.

Nous traiterons en trois temps de ces avancées jurisprudentielles. Après avoir décrit les arrêts de la Cour et l'arrière-plan factuel dans lequel ils interviennent (I), nous analyserons

² Voy. par exemple P. EECKHOUT, « The EU Charter of fundamental rights and the federal question », *C.M.L.Rev.*, 2002, pp. 945-994 ; G. DE BURCA et J. ASCHENBRENNER, « The development of European constitutionalism and the role of the EU Charter of fundamental rights », *Columbia Journal of European Law*, 2003, pp. 355-382.

³ Cette vision semble particulièrement populaire chez les praticiens du droit – avocats et juges – qui n'hésitent pas à invoquer la Charte au même titre que la Convention dans quelque domaine que ce soit, aussi éloigné fût-il de l'ordre juridique de l'Union. Sur cette tendance, voy. A. BAILLEUX et E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in S. VAN DROOGHENBROECK, P. WAUTELET (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement. Questions choisies d'actualité*, Bruxelles, Anthémis, 2012, pp. 73-151.

les enseignements de ces arrêts pour les articles 51, 52 et 53 de la Charte, traitant respectivement de son champ d'application et de son interprétation d'une part (II), et du niveau de protection qu'elle garantit d'autre part (III)⁴.

I. Les affaires *Fransson* et *Melloni*

L'affaire *Fransson* est parvenue à la Cour par le biais d'un renvoi préjudiciel du tribunal de Haparanda (Suède). M. Fransson était poursuivi devant ce tribunal du chef de fraude fiscale aggravée. Il encourait des sanctions pénales pour avoir fourni des informations inexactes dans ses déclarations TVA afférentes aux exercices 2004 et 2005. Constatant que M. Fransson avait déjà fait l'objet de sanctions fiscales pour les mêmes faits, sanctions qu'il n'avait pas contestées en appel, le juge suédois décida de déférer à la Cour de justice une série de questions préjudicielles. En substance, ces questions portaient sur la compatibilité du cumul de sanctions pénales et administratives avec le principe *ne bis in idem* énoncé à l'article 50 de la Charte et à l'article 4 du protocole n°7 à la Convention. A cette question de fond s'ajoutait une interrogation plus générale, sur la conformité aux principes de primauté et d'effet direct de la pratique judiciaire de droit suédois qui veut que le juge *a quo* ne puisse écarter une règle de droit national pour contrariété à un droit fondamental garanti par la Convention ou par la Charte qu'à la condition que ladite contrariété apparaisse clairement des textes concernés ou de la jurisprudence qui s'y rapporte.

Dans son arrêt du 26 février 2013, la Cour répond dans un premier temps aux objections de la Commission et de plusieurs Etats membres, qui contestaient l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux au litige en cause et, partant, la compétence de la Cour pour répondre aux questions posées. La Cour rappelle d'abord qu'aux termes de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, celle-ci lie les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Considérant que cette disposition ne fait que consolider sa jurisprudence antérieure, la Cour affirme que les droits fondamentaux qui y sont consacrés « ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union », et notamment « lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union » (pt. 19). La Cour estime qu'en l'occurrence, cette condition est remplie dans la mesure où les sanctions fiscales et pénales auxquelles s'expose M. Fransson relèvent d'une obligation imposée aux Etats membres par le droit de l'Union. D'une part, plusieurs dispositions de la Directive 2006/112/CE relative au système commun de TVA contraignent les Etats à prendre toutes les mesures propres à garantir la perception de la TVA et à combattre la fraude. D'autre part, l'article 325 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, TFUE), impose aux Etats de lutter contre les activités illicites attentatoires aux intérêts financiers de l'Union, dont les ressources propres sont notamment alimentées par les recettes provenant de la TVA.

Après avoir résolu la question de sa compétence, la Cour apporte des réponses succinctes aux questions posées par le juge *a quo*. D'une part, la Cour estime que l'interdiction de la double peine ne s'oppose pas à une combinaison de sanctions fiscales et pénales. En revanche, poursuit la Cour, il appartient au juge national de vérifier si les sanctions fiscales infligées à M. Fransson ne doivent pas en réalité s'analyser en de véritables peines, auquel cas seraient exclues toutes sanctions pénales subséquentes. A cet égard, la Cour fait sienne la fameuse jurisprudence *Engel* de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui consacre l'autonomie de la notion de « peine » pour les besoins de l'application

⁴ Nous ne traiterons pas des enseignements de l'affaire *Fransson* pour le contenu et la portée du principe *ne bis in idem*, qui mérite des développements séparés.

des droits fondamentaux⁵. D'autre part, la Cour censure la pratique judiciaire suédoise voulant que seule une contrariété « claire » avec les droits fondamentaux de l'Union européenne autorise un juge à écarter l'application d'un acte de droit interne. S'appuyant sur les arrêts *Simmenthal*, *Filipiak* et *Melki et Abdeli*, la Cour affirme à cet égard qu'une telle pratique aurait pour effet de nuire à l'efficacité du droit de l'Union. En revanche, la Cour estime qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité de cette pratique à l'égard de la Convention, dès lors que « le droit de l'Union ne régit pas les rapports entre la [Convention] et les ordres juridiques des Etats membres » (pt. 44).

L'affaire *Melloni* trouve quant à elle son origine dans un mandat d'arrêt européen délivré par le procureur général près la Cour d'appel de Bologne pour l'exécution de la condamnation de M. Melloni à dix ans de prison pour faillite frauduleuse, condamnation prononcée par défaut par le Tribunal de Ferrare et confirmée par la Cour d'appel de Bologne. Arrêté en Espagne, M. Melloni s'opposa à sa remise aux autorités italiennes au motif que le droit italien ne lui offrait pas la possibilité de former un recours contre cette condamnation. La chambre pénale de l'Audiencia Nacional rejeta la demande de M. Melloni, arguant du fait qu'il s'était volontairement abstenu de comparaître devant les juridictions italiennes, mandatant à cet effet des avocats pour le représenter. Cette conclusion n'était pas remise en cause par le fait que, dans le cadre de la procédure d'appel, les autorités italiennes avaient continué à envoyer leurs notifications aux avocats désignés par M. Melloni en première instance sans tenir compte du fait que M. Melloni avait entre-temps changé d'avocat.

Saisi par le biais d'un « *recurso de amparo* », le Tribunal constitutionnel espagnol observa qu'en vertu de sa jurisprudence, est constitutive d'une violation indirecte du droit à un procès équitable l'extradition d'une personne condamnée par défaut pour une infraction grave lorsque cette personne n'est plus en mesure de contester cette condamnation une fois de retour dans l'Etat requérant. Le Tribunal nota cependant que cette jurisprudence ne semblait pas conforme à l'article 4*bis*, § 1^{er}, b), de la décision-cadre 2002/584 relative au mandat d'arrêt européen, en vertu duquel les Etats membres ne peuvent refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen fondé sur une condamnation par défaut si l'intéressé « ayant eu connaissance du procès prévu, a donné mandat à un conseil juridique [...] pour le défendre au procès, et a été effectivement défendu par ce conseil pendant le procès ».

Fort de ce constat, le Tribunal constitutionnel adressa trois questions préjudicielles « enchâssées » à la Cour de justice. Il demanda d'abord à la Cour de confirmer ou d'infirmier que l'article 4*bis*, § 1^{er}, de la décision-cadre s'opposait effectivement à sa jurisprudence rappelée ci-dessus. En cas de réponse affirmative, la Cour était invitée à se prononcer sur la conformité de cette disposition avec le droit à un procès équitable et les droits de la défense, garantis aux articles 47 et 48, § 2, de la Charte. Enfin, si cette conformité devait être constatée, la Cour était encore priée d'indiquer si la jurisprudence restrictive du Tribunal pouvait néanmoins s'autoriser de l'article 53 de la Charte dès lors qu'elle vise à garantir une protection plus élevée du droit à un procès équitable et des droits de la défense que celle qui découle du droit de l'Union.

La Cour examine successivement ces trois questions dans son arrêt du 26 février 2013. Sans surprise, elle confirme d'abord que l'article 4*bis*, § 1^{er}, de la décision-cadre s'oppose à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel. La Cour observe à cet égard que cette interprétation découle tant de la lettre de l'article 4*bis* que de l'esprit de la décision-cadre, qui entend harmoniser pleinement les motifs de non-reconnaissance des décisions rendues par défaut. S'attaquant ensuite à la deuxième question, la Cour estime que l'article 4*bis*, § 1^{er}, de

⁵ Cour eur. dr. h., *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, pts 80-82.

la décision-cadre n'est pas incompatible avec les articles 47 et 48, § 2, de la Charte dès lors que le droit de comparaître en personne « n'est pas absolu ». S'appuyant sur sa jurisprudence et sur celle de la Cour de Strasbourg, la Cour relève à cet égard que le droit à un procès équitable n'est pas violé lorsque l'accusé « a été informé de la date et du lieu du procès ou a été défendu par un conseil juridique, auquel il a donné mandat à cet effet » (pt. 50).

Quant à la troisième question enfin, la Cour considère qu'en vertu du principe de primauté du droit de l'Union sur les droits internes, l'article 53 de la Charte ne saurait être interprété comme autorisant « un Etat membre à appliquer le standard de protection des droits fondamentaux garanti par sa Constitution lorsqu'il est plus élevé que celui qui découle de la Charte et à l'opposer, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit de l'Union » (pt. 56). La Cour admet que cet article permet aux Etats d'appliquer les standards nationaux de protection des droits de l'homme « pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union » (pt. 60). Cependant, conclut la Cour, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel ne remplit pas ces conditions dans la mesure où son application aboutirait à « porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles que [la décision-cadre] tend à conforter et, partant, à compromettre l'effectivité de ladite décision-cadre » (pt. 63).

II. Le champ d'application et l'interprétation de la Charte

La question de l'applicabilité de la Charte aux Etats membres se trouve au cœur de l'affaire *Fransson*. Cette question n'est pas neuve, tant s'en faut. Elle cristallise l'opposition entre les approches *intergouvernementale* et *constitutionnelle* de la Charte mentionnées plus haut. L'approche intergouvernementale milite en faveur d'une interprétation restrictive de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, qui dispose que celle-ci lie les Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Selon cette conception, la Charte n'a vocation à s'appliquer aux Etats membres que de manière tout à fait marginale, lorsque ces derniers font office d'agents de l'Union européenne, que ce soit pour exécuter ou pour transposer une règle de droit de l'Union.

A cette première approche s'oppose une conception *constitutionnelle*, qui fait de la Charte le véhicule d'une certaine harmonisation de la protection des droits fondamentaux sur le territoire de l'Union. Cette approche repose sur une interprétation large du libellé de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte et sur une extension maximale de son champ d'application. Selon cette perspective, toute situation qui entretient un lien, aussi ténu soit-il, avec l'Union européenne, est soumise à l'empire de la Charte et, partant, au contrôle de son respect par la Cour de justice.

Il semble difficilement contestable que, sur le spectre qui sépare les approches « intergouvernementale » et « constitutionnelle », la jurisprudence de la Cour de justice relative aux droits fondamentaux se situe plus près de la seconde que de la première. 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'Union⁶. Ce champ d'application a lui-même été défini de manière assez large puisque, outre les situations dans lesquelles les Etats exécutent⁷ ou transposent⁸ directement un acte de droit européen, il

⁶ Voy. par exemple C-260/89 *ERT*, 18 juin 1991, pt. 42.

⁷ Voy. par exemple aff. 5/88 *Wachauf*, 13 juillet 1989.

recouvre les cas dans lesquels les Etats entravent l'exercice de l'une des libertés économiques de circulation consacrées dans les traités⁹ ainsi que les situations qui relèvent d'un domaine régi par un acte de droit dérivé¹⁰.

L'entrée en vigueur de la Charte et le libellé plutôt restrictif de son article 51, § 1^{er} (« *uniquement* lorsqu'ils mettent en œuvre ») n'ont pas conduit la Cour de justice à infléchir sa position. Après avoir laissé planer le doute sur ses intentions, les juges de Luxembourg ont fini par considérer que l'article 51, lu à lumière des explications y afférentes, devait s'entendre comme une consolidation de leur jurisprudence antérieure. La Cour en a déduit que la Charte s'applique à toute situation qui présente un « élément de rattachement »¹¹ avec le droit de l'Union ou qui relève du « champ d'application »¹² de ce dernier.

La portée exacte de la Charte ne s'en est pas trouvée clarifiée pour autant, la Cour continuant de louvoyer entre interprétations restrictives¹³ et extensives¹⁴ de son champ d'application, optant parfois pour un silence embarrassé qui dissimule mal des dissensions internes¹⁵. Ces atermoiements n'ont pas manqué de trouver écho dans les conclusions des avocats généraux, qui de longue date s'évertuent à introduire un peu de sécurité juridique dans la casuistique de la Cour¹⁶.

C'est dans ce contexte qu'intervient l'affaire *Fransson*. Dans la mesure où il concerne l'application d'une législation pénale qui incrimine la fraude fiscale, le litige ne semble pas présenter de lien avec le droit de l'Union. Certes, l'application de cette législation concerne *in casu* une fraude à la T.V.A., laquelle taxe fait l'objet d'une harmonisation – partielle – au niveau de l'Union mais l'élément européen semble ici purement circonstanciel et aléatoire.

C'est en ce sens que se prononce l'avocat général Cruz Villalón qui, dans ses conclusions précédant l'arrêt, rompt une lance en faveur de l'approche intergouvernementale et, partant, d'une interprétation stricte de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte. S'appuyant sur le concept de *Verfassungsverbund* européen forgé par la doctrine allemande, l'avocat général

⁸ Voy. par exemple C-506/04 *Graham J. Wilson*, 19 septembre 2006 ; C-2/97 *Borsana*, 17 décembre 1998, pt. 48 ; C-20/00 et C-64/00 *Booker Aquaculture*, 10 juillet 2003, pt. 88 ; C-387, 391 et 403/02 *Berlusconi*, 3 mai 2005, *Rec.*, p. I-3565.

⁹ Aff. 352/85 *Bond van Adverteerders*, 26 avril 1988 ; C-260/89 *ERT*, 18 juin 1991 ; C-368/95 *Vereinigte Familiapress*, 26 juin 1997 ; C-60/00 *Carpenter*, 11 juillet 2002 ; C-250/06 *United Pan-Europe*, 13 décembre 2007.

¹⁰ Voy. par exemple C-482/01 et C-493/01 *Orfanopoulos et Oliveri*, 29 avril 2004 ; aff. 36/75 *Roland Rutili* 28 octobre 1975 ; C-156/12 *GREP*, 13 juin 2012 (ord.).

¹¹ C-27/11 *Vinkov*, 7 juin 2012, pt. 59 ; C-339/10 *Aspachurov Estov*, 12 novembre 2010, pt. 14 ; C-267/10 et C-268/10 *Rossius*, 23 mai 2011, pt. 19.

¹² C-256/11 *Murat Dereci*, 15 novembre 2011, pt. 72. Cette position avait déjà été défendue avec force par l'avocat général Bot dans ses conclusions dans l'affaire C-108/10 *Scattolon*, pts 110-120.

¹³ C-40/11 *Iida*, 8 novembre 2012, pts 78-81.

¹⁴ Voy. par exemple C-555/07 *Küçükdeveci*, 19 janvier 2010, *Rec.*, p. I-365, pts 23 à 25.

¹⁵ C-489/10 *Bonda*, 5 juin 2012, 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.

¹⁶ Voy. e.a. les conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 9 décembre 1992 dans l'affaire C-168/91 *Konstantinidis*, et présentées le 30 mai 2005 dans l'affaire C-96/04 *Niebuil*, 27 avril 2006 ; les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 12 septembre 2007 dans l'affaire C-380/05 *Centro Europa 7* ; et les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire C-34/09 *Ruiz Zambrano*. Sur tout ceci, voy A. BAILLEUX et E. BRIBOSIA, *op. cit.*, *supra* note 3, spéc. pp. 114-116.

considère que les Etats membres sont par principe les premiers garants des droits fondamentaux sur leur territoire, l'Union européenne n'étant appelée à intervenir en cette matière qu'à titre exceptionnel. L'avocat général espagnol estime ainsi que la compétence de l'Union pour contrôler le respect des droits fondamentaux par les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union n'est justifiée que lorsque l'Union a un « intérêt spécifique [...] à ce que cet exercice du pouvoir s'adapte à sa conception des droits fondamentaux », c'est-à-dire lorsque « la légitimité de la *res publica* européenne peut être en cause » (pts 40-41). Estimant que la présence du droit européen dans l'affaire *Fransson* relève de la simple « *occasio* » et non pas d'une quelconque « *causa* », l'avocat général conclut à l'inapplicabilité de la Charte au cas de l'espèce.

Ces conclusions sont intéressantes à plus d'un titre. Outre qu'elles expriment une voix discordante dans le concert de plaidoyers en faveur d'une interprétation large de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, elles procèdent d'une véritable tentative de clarification de la jurisprudence à l'aide du concept d'« intérêt spécifique de l'Union » et de la distinction entre cause et aléa. On est cependant en droit de se demander dans quelle mesure cet effort d'éclaircissement ne vient pas en réalité brouiller davantage les cartes. Comment déterminer, en effet, l'existence d'un intérêt spécifique pour l'Union européenne ? N'est-on pas en droit de considérer que l'Union a, par exemple, un intérêt spécifique à ce que les particuliers qui font usage de leur liberté de circulation jouissent, dans l'Etat d'accueil, d'un niveau uniforme de respect des droits fondamentaux ? Dans le même sens, le *distinguo* entre *causa* et *occasio* peut se prêter aux interprétations les plus diverses. Ainsi, ne peut-on pas estimer que le droit de l'Union européenne est à la source (*causa*) de la création, par ses Etats membres, du Mécanisme européen de Stabilité, celui-là même dont la Cour a considéré qu'il échappait à la Charte parce qu'en dehors du champ d'application du droit de l'Union¹⁷ ?

On le sait, la Cour a pour sa part adopté une position diamétralement opposée à celle de son avocat général. S'inscrivant clairement dans une dynamique « constitutionnelle », la Cour se considère compétente au motif que les poursuites pénales à l'encontre de M. Fransson concernent une fraude à la TVA et que : (1) la Directive 2006/112/CE relative au système commun de TVA contraint chaque Etat à prendre les mesures nécessaires pour lutter contre de tels cas de fraude et (2) l'article 325 du TFUE oblige les Etats à lutter contre les activités illicites qui portent atteinte aux intérêts financiers de l'Union, dont les ressources propres sont en parties alimentées par la TVA.

Que penser de cette motivation ? D'abord, qu'elle ressemble étrangement à celle développée par l'avocat général Kokott dans l'affaire *Bonda*¹⁸. Cette affaire concernait des poursuites pénales intentées par les autorités polonaises à l'encontre d'un agriculteur qui s'était rendu coupable de fraude aux subventions agricoles octroyées par l'Union. L'avocat général Kokott avait estimé que de telles poursuites rentraient dans le champ d'application du droit de l'Union dès lors qu'elles visaient à réprimer une violation de la législation agricole de l'Union et, partant, à sanctionner une atteinte portée aux intérêts financiers de celle-ci.

Il convient toutefois de se demander si cette argumentation est aussi pertinente dans l'affaire *Fransson* qu'elle ne l'était dans l'affaire *Bonda*. La seconde concerne une fraude directe au droit de l'Union européenne, à savoir au règlement organisant l'octroi des aides agricoles par l'Union. Dans la première en revanche, la tromperie n'est que très indirectement liée au droit de l'Union. C'est fortuitement que l'application de la réglementation suédoise assure ici l'effectivité du droit européen. Pour le dire autrement, les poursuites pénales contre

¹⁷ Voy. C-370/12 *Pringle*, 27 novembre 2012, pts 178-182.

¹⁸ Voy. plus haut, note 15, pts 17-20. Voy. aussi C-367/09 *SGS Belgium*, 28 octobre 2010, pts 40-41.

M. Fransson auraient été menées sur la base de cette législation quand bien même la T.V.A. n'aurait fait l'objet d'aucune harmonisation au niveau de l'Union. L'argument tiré des intérêts financiers de l'Union ne paraît pas non plus très convaincant. D'une part, appliqué restrictivement, il est susceptible de donner lieu à d'injustifiables « discriminations à rebours », l'application d'une même législation tombant tantôt dans le champ d'application de la Charte (lorsqu'elle vise à sanctionner une fraude à la TVA), tantôt en dehors de ce dernier (lorsqu'elle concerne une fraude aux impôts directs, qui n'alimentent pas les ressources propres de l'Union). D'autre part, manié avec générosité, le critère des intérêts financiers est virtuellement infini dès lors que – les négociations budgétaires actuelles sont là pour le rappeler – la majeure partie des ressources de l'Union dépend de la situation budgétaire de chaque Etat membre, laquelle est elle-même tributaire de l'ensemble des politiques menées à l'échelon national.

On ne s'étonnera pas que, face à de telles perspectives, le Tribunal constitutionnel allemand se soit rapidement saisi de la question en privilégiant une lecture restrictive de *Fransson*. Dans un arrêt du 24 avril 2013¹⁹ relatif à une loi instaurant une base de données à des fins de lutte contre le terrorisme, les juges de Karlsruhe excluent l'application de la Charte au motif que, si la loi querellée affecte « indirectement » le droit de l'Union, elle ne constitue pas pour autant une mise en œuvre de ce dernier au sens de l'article 51 de la Charte. Le Tribunal souligne à cet égard que l'arrêt *Fransson* ne change rien à cette conclusion dès lors qu'eu égard à la « relation de coopération » unissant le Tribunal constitutionnel et la Cour de justice, cette décision ne saurait être lue comme un acte ouvertement *ultra vires* ou comme mettant en péril la protection des droits fondamentaux dans les Etats membres. Le Tribunal considère ainsi que la position de la Cour dans cette affaire s'explique uniquement par les caractéristiques particulières de la législation sur la TVA et qu'il ne faut en tirer aucun enseignement général.

Quoi qu'en dise Karlsruhe, il semble bien qu'avec *Fransson*, la Cour répudie la lecture *intergouvernementale* proposée par son avocat général pour pousser plus loin la vocation *constitutionnelle* de la Charte. Constitutionnelle, mais pas *conventionnelle*, comme en attestent trois éléments figurant dans la suite de l'arrêt.

Premièrement, on observera qu'après avoir développé des trésors d'imagination pour établir sa compétence dans le cas de l'espèce, la Cour laisse *in fine* au juge national le soin de vérifier si la sanction administrative infligée à M. Fransson est assimilable à une peine et, partant, si le principe *ne bis in idem* s'oppose à des poursuites pénales supplémentaires. Tout se passe ici comme si la Cour se souciait davantage des relations du droit de l'Union avec les ordres juridiques nationaux que de la protection effective des droits fondamentaux dans la situation individuelle qui lui est soumise. Le mode de saisine de la Cour – la voie préjudicielle – n'est sûrement pas étranger à cette prise de distance. On peut toutefois se demander ce qu'aura pensé le juge *a quo* de la réponse de la Cour qui, après dix-huit mois d'attente, se borne à rappeler la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme et lui laisse le soin de l'appliquer *in casu*²⁰.

Ensuite, on notera que la Cour censure la jurisprudence suédoise selon laquelle seule une violation claire de la Charte – soit sur la base de son libellé, soit sur le fondement de la jurisprudence y afférente – peut amener le juge interne à écarter une disposition contraire de droit national. Si la position de la Cour est parfaitement logique et légitime, motivée avant

¹⁹ BVerfG, 1 BvR 1215/07.

²⁰ Nous reviendrons plus loin sur l'affirmation de la Cour de justice selon laquelle il est loisible au juge *a quo* d'appliquer ses standards nationaux de protection des droits fondamentaux (pts 29 et 36 de l'arrêt).

tout par le souci d'assurer la primauté et l'uniformité d'application du droit primaire, il n'est pas certain que la Cour de Strasbourg eût suivi le même raisonnement vis-à-vis de la Convention. On épinglera à cet égard la tendance récente, décelable dans la jurisprudence de la Cour²¹ et confirmée dans la Déclaration de Brighton²², à laisser aux juges nationaux une marge d'appréciation importante dans l'application de la Convention. Il semble ainsi que les juges du Kirchberg se préoccupent davantage de l'harmonisation du droit européen des droits de l'homme que leurs homologues strasbourgeois.

Nous examinerons un peu plus longuement le troisième indice qui nous oriente vers la piste constitutionnelle plutôt que vers la dynamique conventionnelle, et qui nous emmène sur le terrain de l'interprétation de la Charte. Pour commencer, on observera que la Cour rappelle au juge *a quo* que la sanction administrative infligée au préalable à M. Fransson pourrait fort bien constituer en réalité une sanction pénale, faisant ainsi échec à l'imposition d'une nouvelle peine. La Cour répète à cet égard les critères forgés par la Cour de Strasbourg dans sa jurisprudence *Engel* (qualification en droit interne, nature de l'infraction, et nature et sévérité de la peine). Fait remarquable cependant, la Cour se garde bien d'opérer la moindre référence aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, préférant faire comme si elle était l'auteur de cette jurisprudence. A l'instar de certaines cours constitutionnelles, la Cour de Luxembourg paraît ainsi soucieuse d'autonomiser son corpus de droits de l'homme.

On croit pouvoir déceler la trace de cette tentative d'autonomisation au-delà du simple registre cosmétique. Il convient d'épingler à cet égard la limite posée au principe *ne bis in idem* par la Cour, qui considère que son application ne doit pas compromettre le caractère effectif, proportionné et dissuasif des sanctions pour violation du droit de l'Union (pt. 36). Des conditions que l'on ne retrouve évidemment pas du côté de Strasbourg.

En l'occurrence, la Cour semble implicitement – et en partie – suivre la suggestion émise par l'avocat général Cruz Villalón dans ses conclusions précédant l'arrêt, qui considère que le principe *ne bis in idem* consacré dans la Charte doit recevoir une interprétation « partiellement autonome » par rapport au contenu donné par la Cour de Strasbourg à l'article 4 du Protocole n°7 à la Convention, qui consacre pourtant ce même principe. La raison avancée par l'avocat général est que tous les Etats de l'Union n'ont pas ratifié sans réserves (voire pas ratifié du tout) le Protocole n°7 à la Convention. L'avocat général en déduit que « le seuil de protection auquel la Cour doit se tenir doit être le fruit d'une interprétation indépendante et exclusivement fondée sur les dispositions et la portée de l'article 50 [de la Charte] » (pt. 87). Cette conclusion n'est remise en cause ni par l'article 6, § 3, du TUE (selon lequel les droits garantis par la Convention font partie du droit de l'Union en tant que

²¹ Voy. par exemple *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), 7 février 2012, pt. 107 (et jurisprudence citée) : « Si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes » ; *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, pts 86 et 88 : « Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation se concilient avec les dispositions invoquées de la Convention. (...) Si la mise en balance de ces deux droits par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes ». On admettra cependant que cette jurisprudence s'applique principalement aux situations particulières de conflits entre droits fondamentaux.

²² Voy. le paragraphe 15, d), de la Déclaration de Brighton (consultable à l'adresse : <http://hub.coe.int/fr/20120419-brighton-declaration>) : « une requête devrait être considérée comme manifestement irrecevable au sens de l'article 35(3)(a), entre autres, dans la mesure où la Cour estime que la requête soulève un grief qui a été dûment examiné par un tribunal interne appliquant les droits garantis par la Convention à la lumière de la jurisprudence bien établie de la Cour, y compris, le cas échéant, sur la marge d'appréciation » (paragraphe 15, d)).

principes généraux), ni par l'article 52, § 3, de la Charte (qui prévoit que les droits de la Charte correspondant à des droits de la Convention reçoivent les mêmes sens et portée que ceux-ci).

Il n'est pas exclu qu'en omettant toute référence à l'article 4 du Protocole n°7 de la Convention et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la Cour de justice ait implicitement avalisé la position de son avocat général. Or, sous des dehors très « westphaliens » – on ne lie pas les Etats au-delà de ce à quoi ils ont consenti –, cette position nous paraît en réalité procéder d'un processus d'émancipation constitutionnelle de grande ampleur. Il faut en effet rappeler que les explications afférentes à l'article 50 de la Charte précisent expressément que le principe *ne bis in idem* garanti par cet article, en ce qui concerne son application à l'intérieur d'un même Etat membre, a le même sens et la même portée que celui consacré à l'article 4 du Protocole n°7. Cette correspondance est encore rappelée dans les explications *ad* l'article 52 de la Charte, qui précisent par ailleurs que la référence à la Convention doit s'entendre comme visant aussi la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Or, on ne saurait trop insister sur le fait que ces explications, rédigées par les présidents et vice-présidents de la Convention qui accoucha de la Charte, ont été revues, amendées et approuvées par les Etats membres eux-mêmes. Ces mêmes Etats membres contraignent du reste les juges de l'Union, par le truchement de l'article 6, § 1^{er}, al. 3, du TUE, à « prendre dûment en considération », dans l'interprétation des dispositions de la Charte, les explications y afférentes.

Il résulte de ce qui précède que la position de l'avocat général, apparemment entérinée par la Cour, procède d'un double mouvement d'émancipation par rapport à la volonté des « maîtres des traités ». D'une part, cette position foule au pied l'injonction faite par ceux-ci à la Cour de Luxembourg de tenir dûment compte des explications, lesquelles établissent explicitement une correspondance entre l'article 50 de la Charte et l'article 4 du Protocole n°7²³. D'autre part, cette attitude aboutit à méconnaître la volonté des Etats membres, exprimée dans la Charte et les explications y afférentes, de respecter les standards établis par l'article 4 du Protocole n°7 lorsqu'ils agissent dans le cadre du droit de l'Union.

En fin de compte, on ne peut exclure que cette émancipation tous azimuts ne porte préjudice aux droits fondamentaux eux-mêmes, et au principe *ne bis in idem* en particulier. On rappellera à cet égard que la Cour semble assortir d'une limite la jurisprudence *Engel*, estimant que l'application du principe *ne bis in idem* ne doit pas compromettre le caractère effectif, proportionné et dissuasif des sanctions pour violation du droit de l'Union (pt. 36).

²³ Le peu de considération accordée aux explications par l'avocat général espagnol ressort également d'autres passages de ses conclusions, dans lesquels il s'interroge sur leur valeur juridique (« pour ce qu'elles valent ») et les traite comme le reflet d'une opinion ni plus éclairée, ni plus autorisée que les autres (« Je pense [que les explications] sont exactes à quelques nuances près ») (pt. 25).

III. Le niveau de protection de la Charte

L'aspiration constitutionnelle décelée dans *Fransson* se retrouve dans *Melloni*. Le cœur de cet arrêt concerne non pas les articles 51 et 52, mais bien l'article 53 de la Charte, en vertu duquel « [a]ucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les Etats membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres ».

Pour rappel, la troisième question posée par le Tribunal constitutionnel espagnol portait sur la possibilité d'utiliser l'article 53 pour garantir une protection plus élevée du droit à un procès équitable et des droits de la défense. Cette disposition a fait couler beaucoup d'encre, certains n'hésitant pas à y voir une entaille dans le principe de primauté du droit de l'Union²⁴, la plupart estimant cependant qu'il ne fallait y voir guère plus qu'une clause de style ou qu'une invitation faite à la Cour à ne pas se laisser « dépasser » par l'évolution des droits constitutionnels nationaux²⁵.

En réalité, derrière cette controverse sourd à nouveau la question du statut de la Charte. Soit, dans une perspective *conventionnelle*, on considère que celle-ci constitue un rempart ultime dans la garantie des droits fondamentaux, assurant un niveau « plancher » laissant libre chaque Etat de pousser plus loin le degré de protection de tel ou tel droit. Dans cette optique, l'article 53 de la Charte correspond *grosso modo* à l'article 53 de la Convention, qui prévoit que cette dernière ne peut être interprétée comme limitant ou restreignant les droits reconnus par tout Etat contractant. Soit, suivant une approche *constitutionnelle*, on estime que la Charte constitue la structure faîtière de l'ordre juridique européen et qu'à ce titre, elle assure une harmonisation exhaustive – et pas seulement minimale – du droit des droits de l'homme au sein de cet ordre juridique. Dans cette perspective, l'article 53 apparaît simplement comme une clause de répartition des compétences, qui confirme que la Charte n'a pas vocation à empiéter sur l'autonomie des Etats membres lorsqu'ils agissent en dehors du droit de l'Union.

Cette alternative est bien décrite par l'avocat général Bot dans ses conclusions dans l'affaire *Melloni*, qui opte résolument pour l'approche constitutionnelle dès lors qu'admettre l'autre lecture « reviendrait à méconnaître la jurisprudence constante de la Cour relative à la primauté du droit de l'Union » (pt. 99) et « porterait également atteinte à une application uniforme et efficace du droit de l'Union » (pt. 101). Poursuivant son raisonnement, l'avocat général estime à cet égard que « s'il est vrai que l'interprétation des droits protégés par la Charte doit tendre vers un niveau élevé de protection (...), il importe, cependant, de préciser qu'il doit s'agir d'un niveau de protection *adapté au droit de l'Union* » (pt. 106 – nous soulignons). Observant que la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice – à laquelle contribue le mandat d'arrêt européen – est mentionnée dans le préambule de la Charte, l'avocat général conclut qu'« il n'est donc pas possible de raisonner uniquement en

²⁴ Voy. par exemple G. BRAIBANT, « Conclusions », *R.U.D.H.*, 2000, p. 69 : « si une constitution nationale va plus loin que la Charte, c'est toujours la constitution nationale qui doit l'emporter, mais je reconnais que cette idée peut choquer » ; L.F.M. BESSELINK, « The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter », *Maastricht Journal*, vol. 8, 2001, pp. 68-80.

²⁵ Voy par exemple L. AZOULAI, « Article II-113 », in L. BURGORGUE-LARSEN e.a. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 689-714 ; P. CAROZZA, « The Member States », in S. PEERS & A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland OR, Hart Publishing, 2004, pp. 35-58.

termes de niveau plus ou moins élevé de protection des droits fondamentaux sans prendre en compte les impératifs liés à l'action de l'Union et la spécificité du droit de l'Union » (pt. 108). Revenant au cas de l'espèce, l'avocat général affirme qu'« il s'agit certes, de respecter les droits fondamentaux, mais en même temps de faire en sorte que, dans le cadre de la dimension transfrontalière qui est celle de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les garanties procédurales ne soient pas utilisées pour faire obstacle à l'exécution des décisions de justice » (pt. 120).

On le sait, la Cour épousera le point de vue de son avocat général, rappelant au passage sa conception absolue de la primauté du droit de l'Union sur les droits internes. S'agissant du mandat d'arrêt européen, la Cour note que les conditions de son exécution coulées dans la décision-cadre sont le reflet d'un consensus entre les Etats membres, de sorte que permettre à un Etat membre de s'opposer à cette exécution au prétexte d'une conception plus stricte des droits des personnes condamnées par défaut « aboutirait (...) à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelle » qui sont au cœur de la décision-cadre.

Surgit ici, dans toute sa clarté, la différence entre la Charte et la Convention. Alors que la seconde est un instrument largement « désincarné » flottant dans l'éther international des droits de l'homme, la première est arrimée à un *body politic* concret et actif, animé par un projet intégrateur fort. La filiation entre la Charte et les constitutions nationales apparaît évidente.

Pour autant, l'Union européenne n'est pas un Etat, ni la Charte une constitution. La preuve en est que l'avocat général et la Cour tempèrent quelque peu la rigueur de leurs propos.

L'un comme l'autre interprètent ainsi l'article 53 comme autorisant les Etats membres à « appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union » (pt. 60 de l'arrêt)²⁶.

S'efforçant de donner un effet utile à l'article 53, la solution est élégante, encore que floue. La Cour semble l'appliquer dans l'affaire *Fransson* (pts 29 et 36 de l'arrêt), laissant entendre que le juge suédois pourrait *in casu* adopter une conception plus généreuse du principe *ne bis in idem* que celle, minimale, qui sous-tend son arrêt. La marge d'appréciation laissée au juge suédois paraît en réalité illusoire, se réduisant à l'application fidèle de la jurisprudence *Engel* dans le respect de la condition « communautaire » d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion des sanctions. L'arrêt *Fransson* est cependant éclairant en ce qu'il indique que cette faculté accordée aux Etats membres trouve à s'appliquer lorsque l'action de ces derniers « n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union » (pt. 29) – ce qui paraît de bon sens.

²⁶ Dans le même sens, l'avocat général Bot indique qu'il convient de « distinguer les situations dans lesquelles une définition au niveau de l'Union du degré de protection qui doit être garanti à un droit fondamental dans le cadre de la mise en œuvre d'une action de l'Union et celles où ce niveau de protection n'a pas fait l'objet d'une définition commune » (pt. 124) ajoutant que « dans le second cas, les Etats membres bénéficient d'une marge de manœuvre plus importante pour appliquer, dans le champ d'application du droit de l'Union, le niveau de protection [...] qu'ils souhaitent [...] aussi longtemps qu'un tel niveau est conciliable avec la bonne mise en œuvre du droit de l'Union et ne porte pas atteinte à d'autres droits fondamentaux protégés en vertu du droit de l'Union » (pt. 127).

Pour comprendre la portée de cette exception au principe d'une harmonisation européenne des droits de l'homme, il convient de se pencher sur les limites qui l'enserrent. Relative au respect du niveau de protection de la Charte, la première condition posée dans *Melloni* ne paraît pas poser problème, tant il semble évident que les Etats ne pourraient se prévaloir de l'article 53 pour s'écarter par le bas des exigences du *Bill of Rights* de l'Union. La seconde condition est moins évidente. La sauvegarde de la primauté du droit de l'Union s'apparente à une tautologie dès lors que, par hypothèse, le régime dérogatoire national trouverait son habilitation dans le droit de l'Union lui-même, à savoir l'article 53 de la Charte. La limite tenant à l'unité du droit de l'Union ne semble pas non plus particulièrement judicieuse puisque cette unité est nécessairement compromise par le régime plus favorable mis en place par un Etat. La troisième condition est sans doute plus pertinente, mais aussi plus dangereuse que les deux autres. Les droits de l'homme ont en effet pour vocation historiquement première d'entraver l'exercice du pouvoir et, partant, de freiner son effectivité.

La Cour sera ici encore amenée à préciser sa position en optant soit pour une interprétation stricte, soit pour une lecture extensive de cette dernière condition. Selon une interprétation restrictive, la condition d'effectivité s'opposerait uniquement à un « cavalier seul » des Etats membres dans les domaines régis par le principe de reconnaissance mutuelle. On comprend sans peine que dans ces cas de figure – dont l'affaire *Melloni* constitue une illustration paradigmatique – le « solo » d'un Etat membre anéantirait purement et simplement le principe même de l'intervention du législateur de l'Union.

En revanche, appliquée de façon extensive, la condition d'effectivité pourrait virtuellement réduire à néant la fenêtre d'opportunité offerte aux Etats membres. Pour s'en convaincre, qu'il nous soit permis d'évoquer un arrêt (à ce jour inédit) de la Cour d'appel de Bruxelles rendu le 5 mars 2013²⁷, soit quelques jours à peine après l'arrêt *Melloni*. La Cour se penche sur l'applicabilité, aux juristes d'entreprises, du principe de confidentialité de la correspondance entre un avocat et son client, lequel principe fait obstacle à la saisie de cette correspondance par les autorités de la concurrence dans le cadre de perquisitions menées dans les locaux d'une entreprise. Dans un arrêt *Akzo Nobel*²⁸, la Cour de justice s'était prononcée contre une telle extension du principe de confidentialité au terme d'un examen des traditions constitutionnelles communes des Etats membres, tout en laissant entendre que les Etats restaient libres de prévoir pareille extension dans la mise en œuvre de leur règles *nationales* de concurrence (pt. 102 de l'arrêt). Forte de cette autorisation, la Cour d'appel de Bruxelles estime qu'en droit belge, ce principe doit également couvrir la correspondance échangée avec un juriste d'entreprise. S'appuyant sur l'arrêt *Akzo* et sur le libellé de l'article 22, § 2, du Règlement n° 1/2003²⁹, la Cour précise à cet égard que ce principe s'applique non seulement dans le cadre de la mise en œuvre du droit belge de la concurrence mais aussi lorsque les autorités belges procèdent à des inspections à la demande de la Commission, l'assistant ainsi dans l'application des règles *européennes* de concurrence (pt. 60 de l'arrêt).

Que penser de cette position au regard de l'arrêt *Melloni* ? Elle n'est assurément pas problématique si l'on retient une interprétation restrictive de la notion d'effectivité, dès lors qu'aucune question de reconnaissance mutuelle ne se trouve en cause. La position de la Cour d'appel ne réduit pas à néant le principe même du droit européen de la concurrence. Cette jurisprudence paraît en revanche nettement plus contestable au regard d'une application

²⁷ N° de R.G. 2011/MR/3.

²⁸ C-550/07 P, *Akzo Nobel*, 14 septembre 2010.

²⁹ Aux termes de cette disposition, « [l]es agents des autorités de concurrence des États membres chargés de procéder aux inspections, ainsi que les agents mandatés ou désignés par celles-ci, exercent leurs pouvoirs conformément à leur législation nationale. »

extensive de la condition d'effectivité. Il n'est en effet pas douteux que l'effectivité du droit européen de la concurrence pâtira(it) d'une telle extension du principe de confidentialité, qui met la Commission face au dilemme suivant : se passer du concours des autorités belges de la concurrence pour les perquisitions menées en Belgique (et donc mobiliser une plus grande partie de ses agents sur le territoire belge, qui ne seraient pas tenus par cette jurisprudence) ou accepter de voir échapper à son radar une masse importante de documents.

Dans ses conclusions, l'avocat général Bot laisse entendre que l'article 53 de la Charte n'est pas la seule disposition susceptible d'autoriser un Etat membre à se démarquer en accordant un niveau accru de protection des droits fondamentaux. Il estime ainsi qu'« un Etat membre qui considérerait qu'une disposition de droit dérivé porte atteinte à son identité nationale pourrait ainsi la contester en se fondant sur l'article 4, § 2, TUE » (pt. 139), lequel prévoit que « l'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ».

Le thème de l'identité constitutionnelle des Etats membres et la question de sa capacité à tenir en échec la primauté du droit de l'Union passionne depuis quelque temps la doctrine³⁰, aiguillonnée par quelques arrêts retentissants de juridictions constitutionnelles nationales³¹. Les références à ce concept se font de plus en plus fréquentes devant la Cour de justice³², et se révèlent parfois gagnantes³³, quoique la Cour se soit jusqu'ici prudemment abstenue d'énoncer le contenu et le régime juridique qui s'y attachent. Sur ce point, l'arrêt *Melloni* ne déroge pas à la règle, puisque la Cour évite soigneusement d'y aborder le thème de l'identité constitutionnelle.

Courageux, l'avocat général Bot s'efforce pour sa part d'éprouver ce concept en l'appliquant au cas de l'espèce. Il conclut que la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol relative aux droits d'une personne condamnée par défaut ne relève pas de l'identité constitutionnelle espagnole et n'autorise dès lors aucun dépassement du standard commun défini dans la décision-cadre relative au mandat d'arrêt. L'avocat général apporte deux arguments au soutien de cette affirmation. D'une part, « la détermination de ce qui constitue 'le contenu absolu' du droit de se défendre reste discutée au sein même du Tribunal Constitucional ». D'autre part, « le Royaume d'Espagne a lui-même indiqué, lors de l'audience, en s'appuyant notamment sur les exceptions existant en droit espagnol [...], que la participation de l'accusé à son procès ne relève pas de l'identité constitutionnelle du Royaume d'Espagne » (pt. 141).

³⁰ Voy. par exemple L.F.M. BESSELINK, « National and constitutional identity before and after Lisbon », *Utrecht Law Review*, vol. 6, 2010, pp. 36-49 ; A. VON BOGDANDY & S. SCHILL, « Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty », *C.M.L.Rev.*, vol. 48, 2011, pp. 1417-1453 ; L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011.

³¹ Voy. not. la décision du Conseil constitutionnel français n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, not pt. 19: « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » ; l'arrêt « Lisbonne » rendu le 30 juin 2009 par le Tribunal constitutionnel allemand, not. pt. 239 (trad. fr. par extraits in *R.T.D.E.*, vol. 45, 2009, pp. 799-824, avec une note de K.M. BAUER, pp. 824-843. Une autre trad. fr. par extraits figure à la suite de l'étude de A. VON UNGERN-STERNBERG « L'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne ? », *Rev. dr. publ.*, 2010, n°1, pp. 171-183).

³² Voy. C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, pt. 92; C-391/09 *Malgožata Runevič-Vardyn*, 12 mai 2011, pt. 86; C-51/08 *Commission c. Luxembourg*, 24 mai 2011, pt. 72; C-393/10 *Dermod Patrick O'Brien*, 1^{er} mars 2012, pt. 49; T-453/10 *Northern Ireland Department of Agriculture and Rural Development v. Commission*, 6 mars 2012, pt. 31; C-202/11 *Las*, conclusions présentées par l'avocat général Jääskinen le 12 juillet 2012, pt. 60.

³³ C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* et C-391/09 *Malgožata Runevič-Vardyn* précités, note n°29.

S'il ne nous appartient pas de remettre en doute la conclusion à laquelle aboutit l'avocat général, on se permettra en revanche d'émettre quelques réserves sur le raisonnement par lequel il y parvient. L'argument pris de la nature controversée du contenu d'un droit pour lui refuser le statut d'identité constitutionnelle manque de convaincre. Il est bien connu que plus un principe est fondamental, voire structurant, plus la définition exacte de son contenu est sujette à controverses. A la limite, c'est la controverse elle-même qui forme la trame de cette identité constitutionnelle en perpétuelle mutation. Il n'est que de penser au principe de la laïcité en France ou au concept de dignité humaine en Allemagne pour s'en convaincre. Le second argument ne paraît pas davantage percutant dès lors qu'il aboutit à faire des agents du *gouvernement* espagnol (ceux qui ont comparu à l'audience) les porte-paroles attitrés du *constituant* espagnol. Il nous semble en effet que, si le concept d'identité constitutionnelle devait un jour être réellement pris au sérieux, la Cour de justice ne pourrait faire l'économie d'un dialogue préjudiciel « inversé » avec la juridiction constitutionnelle de l'Etat concerné pour en définir les contours exacts³⁴.

Conclusion

Les arrêts *Fransson* et *Melloni* contribuent à clarifier la portée et la statut de la Charte des droits fondamentaux. La Cour semble y marquer sa préférence pour une lecture constitutionnelle, plutôt qu'intergouvernementale ou conventionnelle, du *Bill of Rights* de l'Union européenne. Cette option était prévisible, tout comme l'était la volonté d'afficher une certaine sympathie à l'égard des Etats membres, que ce soit en consacrant implicitement l'autonomie partielle de l'article 49 de la Charte par rapport à son correspondant strasbourgeois (*Fransson*) ou en ménageant l'une ou l'autre possibilité d'un cavalier seul des Etats dans la protection des droits fondamentaux (*Melloni*). Mais entre le souhait de favoriser l'intégrité de l'ordre juridique européen et le souci de ménager (un peu) les Etats membres, il ne faudrait pas que la Cour néglige la mission principale que lui confie la Charte, à savoir la protection des droits fondamentaux.

³⁴ Dans un sens analogue, mais moins exigeant, voy. les propos tenus par l'avocat général Poiras Maduro dans ses conclusions présentées le 20 septembre 2005 dans l'affaire C-53/04 *Marrosu*, pt. 40, qui fait des autorités nationales en général, et *notamment* des juridictions constitutionnelles, les interlocuteurs les mieux placés pour définir l'identité constitutionnelle des Etats membres.